

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

29. janúar 2005

í máli nr. 3/2004

Ker hf. (áður Olíufélagið hf.),

Olíuverzlun Íslands hf.,

Skeljungur hf. og

Bensínorkan ehf.

gegn

samkeppnisráði

Efnisyfirlit

I. HLUTI	7
I Hinn kærði úrskurður og kröfur málsaðila	7
II Helstu málavextir og ákvörðunarorð hins kærða úrskurðar	8
III Helstu sjónarmið málsaðila	16
1. Sjónarmið Skeljungs hf.	16
1.1. Um ákvæði 70. gr. stjórnarskrár, 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og almennra hegningarlaga	17
1.2. Um meint brot á andmælarétti	19
1.3. Um sönnun brota gegn 10. gr. samkeppnislaga	21
1.4. Um að meint brot séu öll fyrnd	23
1.5. Um sektir samkeppnisráðs	27
1.6. Um málshraða	33
1.7. Um varakröfur áfrýjanda	34
2. Sjónarmið Olfuverzlunar Íslands hf.	35
2.1. Um að sektir sem samkeppnisráð ákveði séu refsingar	35
2.2. Um málsmeðferð	35
2.3. Um sönnun brota á 10. gr. samkeppnislaga	38
2.4. Um fyrningu	39
2.5. Um fésektir	39
3. Sjónarmið Kers hf.	40
3.1. Um lagalegan grundvöll við meðferð málsins	40
3.2. Um málsmeðferð	41
3.3. Um sönnun brota á 10. gr. samkeppnislaga	44
3.4. Um fyrningu	44
3.5. Um sektir	45
4. Sjónarmið Bensínorkunnar ehf.	46
4.1. Um málavexti	46
4.2. Um galla á málsmeðferð samkeppnisyfirvalda	47
4.3. Um skort á sönnunum	47
4.4. Um málsástæður varakröfu	48
4.5. Um málsástæður þrautavarakröfu	48
4.6. Um kröfu á frestun réttaráhrifa	49
5. Sjónarmið samkeppnisráðs	49
5.1. Um atriði sem tengjast formi og málsmeðferð samkeppnisyfirvalda	49
5.2. Um atriði sem tengjast túlkun á samkeppnislögum	53
5.3. Um atriði sem varða meinta fyrningu	56
5.4. Um atriði sem tengjast álögðum stjórnvaldssektum	61
5.5. Um kæru Orkunnar	71
II. HLUTI	73
I Tengsl refsinga og stjórnýsluviðurlaga	73
II Um lögmæti samhliða rannsóknar	74
III Andmælaréttur og fleira	76
IV Rannsókn málsins	81
V Upplýsingar gefnar á röngum forsendum	81
VI Skýring 10. gr. samkeppnislaga	82

VII Samfelld samráð á samkeppnismarkaði.....	85
VIII Lagaskil.....	87
IX Fyrning.....	87
X Sönnun og sönnunarmat	89
XI Málefni Bensínorkunnar ehf.	90
XII Markaðurinn og staða fyrirtækja á honum	92

III. HLUTI 93

IV Samráð um gerð tilboða.....	93
1. Samráð vegna útboða fram til ársins 1996.....	94
1.1. Útboð/verðkönnun Reykjavíkurborgar	94
1.2. Útboð Íslenska járnblendifélagsins.....	94
1.3. Útboð Flugleiða 1994 vegna innanlandsflugs.....	94
1.4. Útboð Allrahanda 1995.....	94
1.5. Útboð/verðkannanir Vegagerðarinnar 1994-2001	95
1.6. Útboð Ístaks 1996.....	96
2. Útboð Reykjavíkurborgar, Landhelgisgæslunnar og ÚA á árinu 1996	97
Samkomulag um viðræður í öllum útboðunum	97
2.1 Útboðin auglýst.....	97
2.2 Skeljungur hvetur til samstarfs	97
2.3 Samkomulag 16. september 1996.....	97
2.4 Útboð ÚA	99
2.5. Heildarsamkomulag.....	101
3. Útboð dómsmálaráðuneytisins í október 1996 og samráð á fundi í október 1998.....	102
4. Útboð Ríkiskaupa á smurþjónustu bifreiða 1996.....	104
5. Útboð Flugleiða 1996 og 1997 vegna eldsneytiskaupa á Keflavíkflugvelli	106
6. Útboð Vestmannaeyjabæjar 1997.....	109
7. Útboð ÍSALS 1997.....	111
8. Útboð/verðkönnun vegna fyrirhugaðrar magnesíumverksmiðju	112
9. Útboð Norðuráls 1997.....	114
10. Útboð Flugleiða 1994 og Flugfélags Íslands 1998 (innanlandsflug).....	116
11. Útboð/verðkönnun Landssímans 1998 og samráð vegna Íslandspósts	119
12. Útboð Íslenska járnblendifélagsins 1994 og 2000	120
13. Útboð Reykjavíkurborgar 2001.....	124
V Samráð um sölu til erlendra skipa	126
1. Gildissvið.....	126
2. Samkomulagið frá 1993 og endurnýjun þess 1995	126
VI Samráð um verðlagningu á olíuvörum.....	128
1. Samráð um verðlagningu á eldsneyti 1993-1996	129
1.1. Atvik á árunum 1993-1996	129
1.2. Samkomulag 1995-1998 um að takmarka framboð á SD olíu Skeljungs	132
1.3. Atvik á árinu 1996.....	134
1.4. Niðurstaða.....	139
2. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 1997.....	139
2.1. Samráð um verðbreytingar og aukningu álagningar í janúar til apríl 1997.....	139
2.2. Olís og Orkan hækka verð o.fl.....	142
2.3. Umræður um sérstaka hækku á gasolíu og önnur samvinna um verð frá maí til ágúst 1997.....	143
2.4. Samvinna um að minnka sjálfsafgreiðsluafslátt o.fl. í september 1997.....	145
2.5. Samvinna um veitingu afsláttar til björgunarbáts á Ísafirði.....	146
2.6. Álagning gjalda á viðskiptavini á árunum 1997-1998.....	146

2.7. Niðurstaða.....	147
3. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 1998.....	148
3.1. Atvik frá janúar til maí 1998.....	148
3.2. Þrír fundir forstjóra olíufélaganna í maí 1998.....	150
3.3. Samráðsnefnd olíufélaganna ákveður framlegðartölur í maí 1998 og 1999.....	151
3.4. Fundur forstjóra olíufélaganna í júlí 1998.....	151
3.5. Kvartanir forstjóra OHF yfir veitingu afsláttar til m.a. lögreglunnar í Borgarnesi og KEA.....	152
3.6. Samvinna Olís og Orkunnar um að lækka ekki verð o.fl. í september 1998.....	152
3.7. Fundir olíufélaganna 29. október og 11. nóvember 1998.....	153
3.8. Samvinna um að hrinda í framkvæmd ákvörðunum frá fundum í október og nóvember 1998 o.fl.....	155
3.9. Fundir forstjóra olíufélaganna í desember 1998.....	156
3.10. Samráð 1997–1999 vegna viðskipta við m.a. Granda og Þormóð Ramma.....	157
3.11. Niðurstöður.....	158
4. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 1999.....	159
4.1. Atvik frá janúar til mars 1999.....	159
4.2. Samkomulag um að gefa ekki tiltekinn afslátt af gasolíuverði.....	160
4.3. Atvik frá apríl til ágúst 1999.....	161
4.4. Viðræður Olís og Skeljungs um stóra viðskiptavinum í september 1999.....	163
4.5. Atvik frá september til desember 1999.....	163
4.6. Niðurstaða.....	165
5. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 2000.....	166
5.1. Atvik í janúar og febrúar 2000.....	166
5.2. Samráð um afslátt á svartolíu.....	167
5.3. Framkvæmd á samkomulagi frá 1998 um að hækka verð á gasolíu til landnotkunar.....	168
5.4. Athugasemdir við afslátt OHF til Bílabúðar Benna.....	169
5.5. Samkomulag um að keppa ekki vegna tímabundinna tilboða.....	170
5.6. Framkvæmd á 1-2-3 kr. afsláttarkerfinu.....	171
5.7. Kvartanir Olís yfir tilboðum OHF og Skeljungs.....	172
5.8. Atvik frá mars til júlí 2000.....	173
5.9. Atvik frá júlí til desember 2000.....	174
5.10. Samráð gegn aðgerðum LIÚ til að lækka verð.....	179
5.11. Niðurstaða.....	181
6. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 2001.....	182
6.1. Atvik frá janúar til mars 2001.....	182
6.2. Gagnaeyðing, „verðstríð“ og önnur atvik í apríl og maí 2001.....	186
6.3. Framkvæmd á samkomulagi um að hækka verð á gasolíu og umræður um afgangið, verðlagningu til bænda o.fl.....	187
6.4. Atvik frá júní til desember 2001.....	188
6.5. Tilraunir olíufélaganna til að hækka verð í Færeyjum.....	190
6.6. Upplýsingaskipti olíufélaganna um sölu á eldsneyti.....	192
6.7. „Leyniþjónusta“ Olíudreifingar.....	193
6.8. Niðurstaða.....	194
7. Samráð um verðlagningu á smurolíu.....	195
7.1. Aðgerðir til að koma Bílanausti út af smurolíumarkaðnum.....	195
7.2. Atvik á árinu 1998.....	197
7.3. Atvik á árinu 1999.....	198
7.4. Atvik á árinu 2000.....	200
7.5. Atvik á árinu 2001.....	201
7.6. Niðurstaða.....	203
8. Samráð um verðlagningu á gasi.....	203
8.1. Atvik fram til 1996.....	203
8.2. Atvik á árunum 1996–1997.....	204
8.3. Atvik á árinu 1998.....	204
8.4. Atvik á árinu 1999.....	205
8.5. Atvik á árunum 2000-2001.....	206
8.6. Niðurstaða.....	208
VII Samráð við sölu á eldsneyti á Keflavíkurflugvelli og Reykjavíkurflugvelli.....	208

1. Aðdragandi samstarfsins	208
2. Atvik á Keflavíkurflugvelli	209
2.1. Samráð um verð og skipting á sölu ósamningsbundinna viðskiptavina	209
2.2. Markaðsskipting og samráð vegna útboða erlendra flugfélaga	210
3. Atvik á Reykjavíkurflugvelli	211
3.1. Samráð um verð og skipting sölu ósamningsbundinna viðskiptavina	211
3.2. Markaðsskipting á samningsbundnum viðskiptavinum á Reykjavíkurflugvelli	212
VIII Markaðsskipting	212
1. Landfræðileg skipting olúfélaganna í bensínstöðvarekstri 1993–2001	213
1.1. Landfræðileg markaðsskipting á tíu stöðum á landinu	213
1.2. Umræður um markaðsskiptingu á árinu 1995	214
1.3. Markaðsskipting á Neskaupstað	215
1.4. Samningur frá 1996 um markaðsskiptingu á níu stöðum á landinu	215
1.5. Markaðsskipting í Varmahlíð	216
1.6. Markaðsskipting á Ólafsfirði	217
1.7. Uppskipti Skeljungs og Olís árið 1997	219
1.8. Viðræður olúfélaganna um uppskiptingu bensínstöðva 1997–2001	219
2. Markaðsskipting í Grindavík	221
4. Markaðsskipting í Stykkishólmi	222
5. Markaðsskipting á Raufarhöfn	222
6. Markaðsskipting vegna sölu til SR-mjöls	223
6.1. Stofnun SR-mjöls á árinu 1993 og samkomulag um olúviðskipti í kjölfar þess	223
6.2. Samningar vegna olúviðskipta við SR-mjöl haustið 1996 og aðdragandi þeirra	223
6.3. Samningur Olís og Skeljungs vegna olúviðskipta við nótaveiðiskipið Svein Benediktsson og samstarf félaganna um að verjast kröfu um afslátt	224
6.4. Samstarf olúfélaganna um viðbrögð við beiðni SR-mjöls um endurskoðun viðskiptakjara á árunum 2000–2001	226
6.5. Niðurstaða	227
7. Markaðsskipting vegna sölu til Jökuls	227
7.1. Skiptisala olúfélaganna vegna viðskipta við Jökul og samkomulag um sérstakan afslátt	227
7.2. Skiptisölu vegna Jökuls hætt í kjölfar sameiningar félagsins við Útgerðarfélag Akureyringa	228
7.3. Niðurstaða	229
8. Markaðsskipting vegna sölu til SBK og áhaldahúss Keflavíkur	229
9. Markaðsskipting vegna sölu til ÍSAL	229
10. Markaðsskipting vegna sölu til Kísiliðjunnar við Mývatn	231
11. Markaðsskipting vegna sölu til Íslenska járnblendifélagsins, Reykjavíkurborgar, dómsmálaráðuneytisins, Vestmannaeyjabæjar o.fl.	231
11.1. Atvik á árinu 1997	232
11.2. Atvik á árinu 1998	232
11.3. Atvik á árinu 1999	234
11.4. Atvik á árinu 2000	235
11.5. Umræður 2001 um lok skiptisölu og nýja markaðsskiptingu	236
11.6. Niðurstaða	237
12. Samkomulag um að keppa ekki um samningsbundna viðskiptavini	238
IX Samstarf í rekstri bensínstöðva	240
1. Samrekstur bensínstöðva fram að gildistöku samkeppnislaga	240
2. Erindi FÍB 1993 og bréf Olís 1994	240
3. Samrekstur bensínstöðva 1993–2001	241
IV. HLUTI	242
Ákvörðun viðurlaga	242
I Almenn skýringaatriði	242

II Sjónarmið áfrýjunarnefndar samkeppnismála	245
V. HLUTI	254
Niðurstaða	254
ÚRSKURÐARORÐ	256

I. HLUTI

I Hinn kærði úrskurður og kröfur málsaðila

Með kærum sem bárust áfrýjunarnefnd samkeppnismála hinn 29. nóvember 2004 hafa Ker hf. (áður Olíufélagið hf.), Olíuverzlun Íslands hf., Skeljungur hf. og Bensínorkan ehf. kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004](#) sem tekin var þann 28. október 2004. Ákveðið var að sameina kærur þessar í eitt mál fyrir áfrýjunarnefndinni.

Í hinni kærðu ákvörðun komst samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur hefðu brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. 3. gr. laga nr. 107/2000, með samningum og/eða samstilltum aðgerðum. Með heimild í 52. gr. samkeppnislaga, sbr. 17. gr. laga nr. 107/2000, lagði samkeppnisráð stjórnvaldssektir á áfrýjendur vegna brota þeirra. Þá beindi samkeppnisráð, með heimild í 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, tilteknum fyrirmælum til Kers hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og Skeljungs hf. annars vegar og til Olíuverzlunar Íslands hf. og Kers hf. hins vegar. Ákvörðunarorð samkeppnisráðs eru birt í heild síðar í úrskurði þessum.

Af hálfu Kers hf. er þess aðallega krafist að áfrýjunarnefnd samkeppnismála felli úr gildi hina kærðu ákvörðun. Til vara er þess krafist að sá hluti ákvörðunar samkeppnisráðs um að beita félagið viðurlögum skv. 52. gr. samkeppnislaga, nánar tiltekið 3. og 4. gr. ákvörðunarorðanna, verði felldur úr gildi. Til þrautavara krefst Ker hf. þess að sektir þær sem samkeppnisráð mælti fyrir um í ákvörðun sinni verði lækkaðar verulega. Komi til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála úrskurði stjórnvaldssektir á hendur Keri hf. er þess krafist að félagið njóti a.m.k. helmingsafsláttar af grunnfjárhæð sektar.

Af hálfu Olíuverzlunar Íslands hf. er þess aðallega krafist að áfrýjunarnefnd samkeppnismála felli úr gildi hina kærðu ákvörðun. Til vara er þess krafist að sá hluti ákvörðunar samkeppnisráðs að beita félagið viðurlögum skv. 52. gr. samkeppnislaga, nánar tiltekið 3. og 4. gr. ákvörðunarorðanna, verði felldur úr gildi. Til þrautavara krefst félagið þess að sektir þær sem samkeppnisráð mælti fyrir um í ákvörðun sinni verði lækkaðar verulega.

Af hálfu Skeljungs hf. er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni að því er félagið varðar. Til vara er þess krafist að 3. og 4. gr. ákvörðunarorða í hinni kærðu ákvörðun verði felldar úr gildi að því er félagið varðar. Þess er jafnframt krafist að skilyrði 1. tl. 5. gr. ákvörðunarorða nái ekki til innflutnings á svartolíu og flugvélabensíni og skilyrði í 3. tl. 5. gr. ákvörðunarorða verði fellt niður. Til þrautavara er krafist verulegrar lækkunar sekta sem lagðar voru á Skeljung hf. í hinni kærðu ákvörðun. Enn fremur gerir Skeljungur hf. sjálfstæða kröfu um að Olíuverzlun Íslands hf. og Keri hf. verði gert að hætta samstarfi um rekstur Olíudreifingar ehf. Verði ekki fallist á þá kröfu félagsins er þess krafist að viðurkennt verði að Ker hf. og Olíuverzlun Íslands hf. skuli tryggja Skeljungi hf. aðgang að sömu þjónustu og á sömu kjörum og fyrrnefndu félögin njóta hjá Olíudreifingu ehf.

Af hálfu Bensínorkunnar ehf. er þess aðallega krafist að 2., 3. og 4. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verði felldar úr gildi að því er félagið varðar. Til vara krefst félagið þess að 3. og 4. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verði felldar úr gildi að því er það varðar. Til þrautavara krefst Bensínorkan ehf. verulegrar lækkunar á þeirri sekt sem félaginu var gerð með hinni kærðu ákvörðun, sbr. 3. gr. ákvörðunarorða hennar.

Af hálfu samkeppnisráðs er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II Helstu málavextir og ákvörðunarorð hins kærða úrskurðar

Í hinni kærðu ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að málið varði umfangsmikið og skipulagt ólögmett samráð, aðallega Olíufélagsins hf. (hér eftir OHF), Olíuverzlunar Íslands hf. (hér eftir Olís) og Skeljungs hf. (hér eftir Skeljungur). Þátttaka Bensínorkunnar ehf. (hér eftir Orkan) í samráði því sem málið fjalli um sé mun takmarkaðri en þátttaka hinna félaganna. Í málinu sé oft vísað til OHF, Olís og Skeljungs í einu lagi sem „olíufélaganna“ og taki sú tilvísun ekki til Orkunnar. Sami háttur mun verða hafður á í úrskurði þessum.

Fyrir liggur í málinu að í desember 2001 hóf Samkeppnisstofnun rannsókn á því hvort olíufélögin hefðu haft með sér ólöglegt samráð og brotið þar með gegn 10. gr. samkeppnislaga. Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að í ljósi vísbendinga sem fram höfðu komið um að olíufélögin hefðu í starfsemi sinni brotið gegn bannákvæðum samkeppnislaga hafi verið ákveðið að fara á starfsstöðvar félaganna og framkvæma þar leit að gögnum og upplýsingum sem varpað gætu frekara ljósi á málið. Að fenginni heimild Héraðsdóms Reykjavíkur hafi sú leit verið framkvæmd 18. desember 2001. Lagt hafi verið hald á fjölda gagna og myndi hluti þeirra grundvöll málsins. Í ákvörðuninni er lýst samskiptum Samkeppnisstofnunar við olíufélögin vegna frekari rannsóknar málsins, skömmu eftir húsleitina, m.a. bréfaskiptum vegna tölvugagna og annarra atriða.

Þann 1. mars 2002 ritaði OHF Samkeppnisstofnun bréf þar sem fram kom m.a. að stjórn félagsins hefði falið lögmanni félagsins að ganga til viðræðna og/eða samstarfs við Samkeppnisstofnun um að upplýsa meint brot félagsins á samkeppnislögum til fulls. Ef nokkur kostur væri skyldi freistað að ná samkomulagi við Samkeppnisstofnun um lyktir málsins. Í bréfinu var einnig óskað eftir samvinnu og samstarfi við Samkeppnisstofnun um að upplýsa málið. Að höfðu samráði við samkeppnisráð svaraði Samkeppnisstofnun félaginu með bréfi dags. 5. mars 2002. Í bréfinu kom m.a. fram að ef rannsókn stofnunarinnar á meintu ólöglegu samráði olíufélaganna leiddi í ljós að þau hefðu brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga mætti búast við að samkeppnisráð birti rökstudda ákvörðun í málinu og beitti heimildum sínum samkvæmt 52. gr. laganna og legði á stjórnvaldssektir. Í 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga væri kveðið á um að ráðið gæti við ákvörðun fjárhæðar sektar m.a. haft hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis. Þar sem samkeppnisyfirvöld hefðu þegar undir höndum margvísleg gögn sem gæfu til kynna ólöglegt samráð olíufélaganna gæti ekki komið til álita að fella niður sektir OHF ef meint brot teldust sönnuð. Hins vegar yrðu sektir sem hugsanlega yrðu lagðar á OHF lækkaðar ef tiltekin skilyrði væru uppfyllt. Í bréfinu kom jafnframt fram að OHF gæti vænst 30–50% lækkunar á hugsanlegri sekt að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Í framhaldi af þessum bréfaskiptum átti Samkeppnisstofnun níján fundi með ýmsum núverandi og fyrrverandi starfsmönnum OHF á tímabilinu apríl til desember 2002 og í apríl 2003. Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að fundirnir hafi verið haldnir vegna umræddrar óskar OHF um samvinnu við að upplýsa málið. Að beiðni félagsins hafi

starfsmennirnir veitt ýmsar upplýsingar á fundunum um samstarf félagsins við Skeljung og Olís. Samkeppnisstofnun ritaði fundargerð og staðfestu fulltrúar félagsins upplýsingar sem þeir höfðu veitt með því að kynna sér og undirrita fundargerðirnar.

Þann 5. mars 2002 sendi Olís bréf til Samkeppnisstofnunar. Í bréfinu var vísað til þess að OHF hefði boðið fram aðstoð sína við að upplýsa málið og lýsti Olís einnig yfir vilja til samstarfs um að upplýsa málið. Í kjölfar bréfsins var haldinn fundur þann 14. mars 2002 með fyrirvarsmönnum Olís. Á þeim fundi var rætt um samstarf OHF við Samkeppnisstofnun og var Olís afhent afrit af framangreindu bréfi Samkeppnisstofnunar til OHF þar sem tilgreind voru þau skilyrði sem samkeppnisyfirvöld settu fyrir slíku samstarfi og tekið fram að félaginu stæði þessi leið til boða. Gæti félagið fengið 20–30% lækkun á hugsanlegri sekt ef skilyrðin yrðu uppfyllt. Á fundi 9. ágúst 2002 tóku fyrirvarsmenn Olís fram að í nefndu bréfi hafi ætlunin verið að sækja um sams konar málsmeðferð og umbun og OHF hafði sótt um. Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að vegna þessarar óskar Olís hafi Samkeppnisstofnun á tímabilinu ágúst til desember 2002 átt sex fundi með ýmsum núverandi og fyrrverandi starfsmönnum Olís. Á sama hátt og á fundunum með OHF hafi fulltrúar Olís veitt upplýsingar um samstarf olíufélaganna og undirritað fundargerðir Samkeppnisstofnunar til staðfestingar á því að þar væri rétt eftir þeim haft.

Í lok maí 2002 sendi Samkeppnisstofnun olíufélagunum bréf og óskaði eftir ýmsum upplýsingum og gögnum. Var olíufélagunum veittur frestur til 31. júlí sama ár til að veita umbeðnar upplýsingar. Olís og og Skeljungur óskuðu eftir frekari fresti til að svara bréfinu og bárust umbeðnar upplýsingar frá félögunum í ágúst, september og október 2002.

Þá kemur fram í hinni kærðu ákvörðun að í október 2002 hafi Samkeppnisstofnun átt fund með Skeljung. Á fundinum hafi verið rætt um hugsanlega aðstoð félagsins við að upplýsa málið. Í kjölfar fundarins hafi Samkeppnisstofnun sent bréf til lögmannna þess og vakið athygli á ákvæðum reglna samkeppnisráðs nr. 397/2002 um atvik sem leitt gætu til niðurfellingar sekta eða ákvarðana um að lækka sektir í málum er vörðuðu ólögmaett samráð fyrirtækja. Svar hafi borist með bréfi dags. 5. nóvember 2002 þar sem fram kom m.a. að Skeljungur hefði í fyrri bréfaskriftum við stofnunina

ítrekað lýst yfir fullum vilja til að veita henni upplýsingar um þau tilvik sem rannsókn hennar beindist að. Teldi stofnunin að félagið kynni við þá upplýsingagiöf að falla undir ákvæði II. kafla reglna 397/2002 væri þess óskað að upplýsingagiöf fyrirtækisins yrði metin með hliðsjón af þeim reglum. Í kjölfar þessara bréfaskrifa voru haldnir fimm fundir með starfsmönnum Skeljungs í október og nóvember 2002 og var fyrirkomulag og fundarritun á þeim með sama hætti og á fundunum með OHF og Olís.

Þann 8. janúar 2003 sendi Samkeppnisstofnun olíufélagunum fyrri frumathugun stofnunarinnar í málinu (frumathugun I), ásamt lista yfir gögn málsins. Í henni var fjallað um samráð olíufélaganna um gerð tilboða, samráð við sölu eldsneytis á Keflavíkurflugvelli og Reykjavíkurflugvelli og um samráð við sölu á eldsneyti til erlendra skipa í íslenskum höfnum. Í bréfi sem fylgdi frumathugun I til olíufélaganna kom fram að Samkeppnisstofnun teldi á því stigi allt benda til þess að olíufélögin þrjú hefðu, a.m.k. frá gildistöku samkeppnislaga, haft með sér heildarsamkomulag í skilningi samkeppnisréttarins. Tekið var fram að málið væri mjög umfangsmikið og flókið og að rannsókn þess væri lengst komin varðandi framangreind atriði. Því hefði stofnunin talið rétt að veita olíufélagunum þá þegar færi á að koma að skriflegum athugasemdum vegna þessara atvika. Að mati Samkeppnisstofnunar væri þá unnt að fjalla sjálfstætt um þessi atvik málsins. Taldi stofnunin í bréfinu að miðað við umfang og eðli málsins myndi þetta verklag horfa til einföldunar og stuðla að skjótari málsmeðferð, sbr. 9. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Sagt var að olíufélagunum yrði síðar send frumathugun málsins í heild sinni og gætu félögin, auk þess að tjá sig um málið í heild sinni, komið að frekari sjónarmiðum varðandi framangreind atvik ef þau teldu þörf á því. Í seinni frumathuguninni yrði m.a. gerð grein fyrir öðrum meintum brotum olíufélaganna og hugsanlegum viðurlögum vegna málsins í heild sinni. Var olíufélagunum veittur frestur til 20. febrúar 2003 til að gera athugasemdir við frumathugun I eða leggja fram ný gögn.

Eftir að olíufélögin höfðu kynnt sér efni frumathugunar I óskuðu þau eftir viðræðum við Samkeppnisstofnun í því skyni að kanna grundvöll þess að ljúka málinu með sátt, sbr. 18. gr. reglna nr. 922/2001 um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda. Af því tilefni voru haldnir fundir með lögmonnum olíufélaganna þar sem rætt var um mögulega

sátt. Viðræðunum lauk um miðjan mars 2003 og skiluðu þær ekki árangri vegna mismunandi sjónarmiða um hvað teldust vera hæfileg viðurlög í málinu.

Olúfélögin óskuðu eftir auknum fresti til að koma að athugasemdum við frumathugun I. Samkeppnisstofnun varð við því og veitti félögunum frest til 25. apríl 2003. Þann dag bárust athugasemdir frá OHF. Í bréfi Skeljungs til stofnunarinnar, dagsettu sama dag, var hins vegar vísað til þess að félagið hefði áður óskað eftir því að frumathugun Samkeppnisstofnunar yrði ekki birt í áföngum heldur í einu lagi. Það væri mat félagsins að athugasemdum við einstaka þætti málsins yrði ekki komið á framfæri með fullnægjandi hætti án tilvísunar til annarra þátta sem eftir atvikum kynnu að falla utan þess hluta frumathugunar sem til umfjöllunar væri hverju sinni. Í ljósi þessa tilkynnti Skeljungur að félagið myndi ekki skila athugasemdum á þessu stigi málsins við frumathugun I. Athugasemdum og eftir atvikum nýjum gögnum yrði hins vegar skilað þegar félagið hefði fengið eðlilegan frest til að kynna sér frumathugun stofnunarinnar í heild sinni. Olís tilkynnti með vísan til sams konar sjónarmiða að félagið myndi ekki á þessu stigi gera athugasemdir við frumathugun I.

Í lok maí 2003 sendi Samkeppnisstofnun olúfélögunum bréf og óskaði eftir tilteknum gögnum. Jafnframt var vísað til óska félaganna um samstarf við að upplýsa málið í því skyni að lækka mögulegar sektir. Var félögunum boðið að koma á framfæri frekari gögnum um samráð olúfélaganna sem Samkeppnisstofnun væri ókunnugt um en engar slíkar upplýsingar bárust. Í bréfi Samkeppnisstofnunar til Skeljungs var einnig tilkynnt að gögn málsins gæfu til kynna að Orkan hefði verið þátttakandi í meintu ólögsmætu samráði um verðlagningu bifreiðaeldsneytis og fjallað yrði um það í seinni frumathugun Samkeppnisstofnunar. Vísað var til þess að Skeljungur og Orkan teldust til fyrirtækjasamstæðu í skilningi samkeppnislaga. Yrði ekki gerð við það athugasemd af hálfu Skeljungs liti Samkeppnisstofnun svo á að fyrirtækið færi með fyrirvar fyrir Orkuna í málinu. Samkeppnisstofnun sendi einnig bréf til Orkunnar og greindi frá þessu. Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að hvorugur þessara aðila gerði athugasemdir við þennan skilning stofnunarinnar.

Fyrir liggur í málinu að ríkislögreglustjóri hefur frá hausti 2003 haft til rannsóknar meint brot olúfélaganna á samkeppnislögum og mun rannsóknin ná til tímabilsins frá 1. janúar 1993 til 31. desember 2001. Þá liggur fyrir að fulltrúar Samkeppnisstofnunar

áttu fund með ríkislögreglustjóra sumarið 2003 þar sem þeir vöktu athygli hans á málinu. Rannsókn ríkislögreglustjóra lýtur í senn að ætluðum brotum félaganna annars vegar og brotum starfsmanna félaganna hins vegar. Mun Samkeppnisstofnun samkvæmt beiðni ríkislögreglustjóra hafa afhent öll gögn málsins, þ.á m. þær skýrslur starfsmanna félaganna sem gefnar voru á fundum með stofnuninni.

Í október 2003 var Skeljungu boðið að mæta á fund Samkeppnisstofnunar og veita upplýsingar um samstarf olíufélaganna. Í bréfi til stofnunarinnar, dags. 24. október 2003, greindi félagið frá því að opinber rannsókn væri hafin á sömu málsatvikum og rannsókn Samkeppnisstofnunar næði til. Grundvöllur lögreglurannsóknarinnar væri m.a. þær skýrslur starfsmanna félagsins sem fram kæmu í fundargerðum Samkeppnisstofnunar. Teldi félagið að þessi aðferð við hina opinberu rannsókn í andstöðu við grundvallarregluna um réttláta málsmeðferð. Hjá Samkeppnisstofnun hefðu viðkomandi einstaklingar gefið skýrslur skv. beiðni stofnunarinnar og samkvæmt 57. gr. samkeppnislaga væri refsivert að gefa stofnuninni rangar skýrslur. Hjá lögreglu hefðu sömu menn réttarstöðu sakbornings. Þetta tvennt gæti ekki farið saman. Í ljósi þessa myndi félagið ekki leita eftir því við viðkomandi einstaklinga að þeir tjáðu sig frekar um málsatvik hjá Samkeppnisstofnun.

Með bréfum dags. 5. desember 2003 var Skeljungu, OHF og Olís send seinni frumathugun Samkeppnisstofnunar (frumathugun II) til andmæla, ásamt lista yfir gögn málsins. Var félögunum veittur frestur til 15. febrúar 2004 til að skila skriflegum athugasemdum og leggja fram ný gögn. Bárust andmæli félaganna í byrjun maí 2004 en stofnunin hafði áður veitt þeim aukinn frest til að skila andmælunum.

Eftir að olíufélögin höfðu fengið frumathugun II í hendur óskuðu þau á ný eftir að kannaðir yrðu möguleikar á því að ljúka málinu með sátt. Haldnir voru fundir með lögmönnum olíufélaganna en viðræðurnar skiluðu ekki árangri.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Á fundi samkeppnisráðs 28. nóvember 2004 var tekin ákvörðun í máli þessu.

Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„1. gr.

Ker hf. (áður Olíufélagið hf.), Olíuverzlun Íslands hf. og Skeljungur hf. hafa brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 með samningum og/eða samstilltum aðgerðum, sem lýst er nánar í IV.–VIII. kafla þessarar ákvörðunar. Brot þessi hafa varað a.m.k. frá 1. mars 1993 til 18. desember 2001.

Í aðalatriðum felast brotin í eftirfarandi samningum og/eða samstilltum aðgerðum:

- Samráði um verðlagningu á fljótandi eldsneyti, gasi, smurolíu og tengdum vörum og um aðrar aðgerðir sem geta haft áhrif á verð þessara vara.
- Samráði um aðgerðir til að auka álagningu og bæta framlegð af sölu á m.a. fljótandi eldsneyti.
- Samráði um gerð tilboða í útboðum tiltekinna viðskiptavina.
- Samráði um markaðsskiptingu og eftir atvikum verðsamráð vegna sölu til einstakra viðskiptavina, tiltekinna hópa viðskiptavina eða á einstökum landssvæðum.

2. gr.

Bensínorkan ehf. hefur brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með samningum og/eða samstilltum aðgerðum sem lýst er nánar í VI. kafla í þessari ákvörðun, og lutu að eða var ætlað að hafa áhrif á verð bifreiðaeldsneytis. Brot þessi hafa varað frá a.m.k. nóvember 1995 til maí 2001.

3. gr.

Vegna brota á 10. gr. samkeppnislaga sem nefnd eru í 1. og 2. gr. hér að framan og með heimild í 52. gr. samkeppnislaga leggur samkeppnisráð á eftirfarandi stjórnvaldssektir:

- Ker hf. skal greiða kr. 605.000.000 (sexhundruð og fimm milljónir króna).
- Olíuverzlun Íslands hf. skal greiða kr. 880.000.000 (áttahundruð og áttatíu milljónir króna).
- Skeljungur hf. skal greiða kr. 1.100.000.000 (eittþúsund og eitthundrað milljónir króna).
- Bensínorkan ehf. skal greiða kr. 40.000.000 (fjörutíu milljónir króna).

4. gr.

Stjórnvaldssektir skv. 3. gr. ákvörðunarorðs skulu greiðast í ríkissjóð eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.

5. gr.

Með heimild í 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga beinir samkeppnisráð eftirfarandi fyriræmum til Kers hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og Skeljungu hf. (olíufélögin):

1. Olíufélögin skulu leggja af viðskiptalega samvinnu í tengslum við innkaup og innflutning á fljótandi eldsneyti.
2. Olíufélögin skulu leggja af viðskiptalega samvinnu í tengslum við innkaup, innflutning og sölu á gasi.
3. Olíufélögin skulu leggja af viðskiptalega samvinnu í tengslum við sölu á fljótandi eldsneyti á Keflavíkurflugvelli.
4. Olíufélögin skulu hætta samrekstri á bensínstöðvum og samvinnu tengdum þeim samrekstri.
5. Olíufélögin skulu upplýsa Samkeppnisstofnun um samvinnu félaganna þriggja vegna birgðahalds, afgreiðslu og móttöku á eldsneyti frá birgðastöð. Hið sama gildir um samstarf á vettvangi OW Icebunker.

Olíufélögin skulu upplýsa Samkeppnisstofnun um allar aðgerðir sem gripið er til í því skyni að fara að fyriræmum í 1.–4. tl. Skal það gert áður en aðgerðirnar koma til framkvæmda.

6. gr.

Með heimild í 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga beinir samkeppnisráð eftirfarandi fyriræmum til Olíuverzlunar Íslands hf. og Kers hf.:

1. Stjórnarmenn og starfsmenn Olíuverzlunar Íslands hf. og Kers hf. skulu ekki sitja í stjórn Olíudreifingar ehf. Hið sama gildir um stjórnarmenn og starfsmenn félaga, annarra en Olíudreifingar ehf., sem eru undir virkum yferráðum Olíuverzlunar Íslands hf. og Kers hf.
2. Olíuverzlun Íslands hf. er óheimilt að óska eftir því að Olíudreifing ehf. afli eða miðli hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins. Hið sama gildir um önnur félög undir virkum yferráðum Olíuverzlunar Íslands hf.
3. Keri hf. er óheimilt að óska eftir því að Olíudreifing ehf. afli eða miðli hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins. Hið sama gildir um önnur félög undir virkum yferráðum Kers hf.
4. Olíuverzlun Íslands hf. og Ker hf. skulu tryggja að Olíudreifing ehf. afli ekki og miðli þeim upplýsingum sem tilgreindar eru í tl. 2 og 3 hér að framan.

5. Stjórnarmenn og hlutaðeigandi starfsmenn Olíuverzlunar Íslands hf. og Kers hf. skulu undirrita sérstaka yfirlýsingu um að þeir muni fara eftir fyrirmælum í tl. 2.–4. Olíuverzlun Íslands hf. og Ker hf. skulu tryggja að hið sama geri stjórnarmenn og hlutaðeigandi starfsmenn í félögum undir virkum yfirlýsingum Olíuverzlunar Íslands hf. og Kers hf., þ.m.t. stjórnarmenn og starfsmenn Olíudreifingar ehf. Afrit af yfirlýsingum þessum skulu afhent Samkeppnisstofnun.

7. gr.

Fyrirmæli þau sem tilgreind eru í 5.–6. gr. ákvörðunarorðs skulu koma til framkvæmda eigi síðar en sex mánuðum frá dagsetningu þessarar ákvörðunar.

8. gr.

Brot á fyrirmælum sem sett eru í ákvörðun þessari sæta viðurlögum samkvæmt XIII. kafla samkeppnislaga.“

Mál þetta var flutt skriflega og munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð samkeppnisráðs barst nefndinni 17. desember 2004. Á fundi nefndarinnar 10. janúar 2005 var málsaðilum veitt tækifæri á að reifa sjónarmið sín munnlega.

III Helstu sjónarmið málsaðila

Í kafla þessum er að finna umfjöllun um helstu sjónarmið áfrýjenda og samkeppnisráðs. Ljóst er að áfrýjendur byggja málatilbúnað sinn að nokkru leyti á sömu sjónarmiðum, ekki síst um lagaatriði. Af þeim sökum verður í þeim tilvikum látið nægja að vísa til málsástæðna sem þegar hafa komið fram til að koma í veg fyrir óþarfa endurtekningar.

1. Sjónarmið Skeljungs hf.

Af hálfu áfrýjanda er í upphafi vísað til þess að hann hafi skilað ítarlegum andmælum við frumathugun Samkeppnisstofnunar 3. maí 2004. Ekki verði séð að samkeppnisráð hafi í neinu fallist á þær athugasemdir sem voru gerðar við málsmeðferð stofnunarinnar og þær ályktanir sem settar voru fram í frumathugun hennar. Áfrýjandi

vísar til stuðnings kröfum sínum fyrir áfrýjunarnefndinni til umræddra andmæla í heild sinni.

1.1. Um ákvæði 70. gr. stjórnarskrár, 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og almennra hegningarlaga

Sektir sem samkeppnisráð ákveður teljast til refsinga

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að sektir sem lagðar eru fyrirtæki á grundvelli 52. gr. samkeppnislaga teljist til refsinga eins og það hugtak sé skilgreint í refsirétti. Vísar áfrýjandi í því sambandi til 19. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (alm.hgl.). Engu máli skipti hvort löggjafinn kjósi að kalla umræddar sektir fésektir, stjórnvaldssektir eða einhverju öðru nafni. Það sem líta beri til sé eðli viðurlaganna og brotsins. Vísar áfrýjandi til túlkunar mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) á inntaki 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu (MSE). Dómstóllinn hafi skýrt hugtakið refsiverð háttsemi með þeim hætti að það skipti ekki sköpum við mat á hvort 6. gr. MSE eigi við hvort umrætt brot hafi verið skilgreint sem refsing í landsrétti. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi m.a. til dóma MDE í máli *Engel og fl. gegn Hollandi* frá 8. júní 1976, *Bendenoun gegn Frakklandi* frá 24. febrúar 1994 og *Özturk gegn Þýskalandi* frá 21. febrúar 1984, sem og ákvörðunar mannréttindanefndarinnar í máli *Societe Stenuit gegn Frakklandi*, sbr. dómur MDE frá 27. febrúar 1992.

Ríkar kröfur um skýrleika bannákvæða samkeppnislaga

Áfrýjandi bendir á að litla leiðbeiningu sé að finna í 10. gr. samkeppnislaga eða greinargerð með frumvarpi að lögunum um það hvernig beri að skýra einstök hugtök eða tiltekna staflíði ákvæðisins. Ákvæðinu hafi verið breytt með lögum nr. 107/2000 sem tóku gildi 6. desember 2000. Að mati áfrýjanda geti þessar breytingar skipt máli við mat á einstökum tilvikum sem tiltekin séu í ákvörðun samkeppnisráðs. Mörg þeirra sjónarmiða sem samkeppnisráð hafi byggt á við mat á sönnun eigi sér enga stoð í texta 10. gr., eins og hún hafi verið orðuð fyrir setningu laga nr. 107/2000, eða lögskýringargögnum. Núgildandi ákvæði 10. gr. samkeppnislaga taki einungis til lítills hluta þess tímabils sem ákvörðun samkeppnisráðs taki til. Enginn vafi geti leikið á því að beita beri sömu meginreglum um skýringu bannákvæða samkeppnislaga og við skýringu refsilaga almennt. Þá verði að sama skapi að gera sömu kröfur til skýrleika bannákvæða samkeppnislaga og til annarra refsheimilda. Þau lagaákvæði sem hér

skipti mestu máli séu 1. gr. alm.hgl., 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 7. gr. MSE. Jafnvel þótt litið yrði svo á að samkeppnisyfirvöld teldust ekki beita refsheimildum þegar beitt væri sektum á grundvelli brots gegn bannákvæðum samkeppnislaga þá væri talið að sömu sjónarmið og leiða megi af meginreglunni um lögbundnar refsheimildir giltu í stjórnsýslunni.

Áfrýjandi hafnar því sjónarmiði samkeppnisráðs að jafnvel þótt brot gegn 10. gr. samkeppnislaga teldist til refsiverðrar háttsemi í skilningi 6. gr. MSE leiddi það ekki sjálfkrafa til þess að sama háttsemi teldist refsiverð háttsemi og refsing í skilningi íslenskra laga. Telur áfrýjandi þessa niðurstöðu fara þvert gegn framangreindum meginreglum. Ákvæði 6. gr. MSE svipi um margt til ákvæða 70. gr. stjórnarskrárinnar og sé litið svo á að skýra beri ákvæði 70. gr. með hliðsjón af ákvæði 6. gr. MSE. Í 6. gr. MSE og 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar sé tiltekið að hver sá sem borinn sé sökum um refsiverða háttsemi skuli talinn saklaus uns sekt hans er sönnuð. Mikilvægur þáttur reglunnar birtist í 45. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991 þar sem mælt sé fyrir um að sönnunarbyrði um sekt sakbornings og atvik sem telja megi honum í óhag hvíli á ákærvaldinu (in dubio pro reo). Ákvæði 2. mgr. 70. gr. sé afdráttarlausari og gangi lengra en áður nefnt ákvæði 45. gr. laga um meðferð opinberra mála. Regla 2. mgr. 70. gr. sé almenn regla og sé ekki bundin við sönnunarbyrði um sekt í refsimáli. Hún taki því einnig til tilvika þar sem stjórnvöldum sé falin heimild til að beita refsingum og í henni felist að refsingu verði ekki beitt nema fyrir liggi gögn sem sanni ótvírætt sekt þess sem í hlut á.

Beita ber íslenskum samkeppnisreglum og lögskýringarsjónarmiðum

Áfrýjandi bendir á að í ákvörðun samkeppnisráðs sé víða að finna tilvísanir til ákvarðana framkvæmdastjórnar og dómstóla EB. Ráðið virðist hafa, með vísan til þess að 10. gr. samkeppnislaga eigi sér fyrirmynd í EES-samningnum og með vísan til 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, reynt að réttlæta að ákvarðanir og dómar úr EES/EB-rétti verði færð beint yfir á íslenskan rétt. Hafa verði í huga að EES-samningurinn sé þjóðréttarsamningur sem skuldbindi Ísland að þjóðarétti. Þótt eðli hans sé um margt frábrugðið öðrum þjóðréttarsamningum sem Ísland er aðili að þá hafi fram til þessa dags verið talið að tvenndarkenningin svokallaða (dualismi) væri enn í fullu gildi hér á landi. Tilvísun 3. gr. laga nr. 2/1993 til þess að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem unnt er, til samræmis við EES-samninginn felur

að mati áfrýjanda ekki annað í sér en staðfestingu þeirrar lögskýringarreglu að skýra skuli landsrétt til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar. Þau ákvæði samkeppnislaga sem til umfjöllunar eru í máli þessu hafi verið sett af Alþingi og sé eingöngu ætlað að gilda hér á landi. Við skýringu samkeppnislaga gildi hefðbundin lögskýringarsjónarmið og það sama gildi um beitingu sönnunarreglna.

Nánar um skýringu á 10. gr. samkeppnislaga

Áfrýjandi kveðst vera ósammála þeirri túlkun samkeppnisráðs að af orðalagi 10. gr. samkeppnislaga verði ráðið að samráð sé bannað án tillits til þess hvaða markmið liggi til grundvallar og telur að af orðalagi ákvæðisins verði ekki annað ráðið en að í tilvikum þar sem ekki sé sýnt fram á afleiðingar tiltekinnar háttsemi þurfi að sýna fram á hvert markmið hennar sé. Í ákvörðun samkeppnisráðs sé sjaldnast sýnt fram á eða reynt að sýna fram á að tiltekin samskipti hafi leitt til aðgerða eða haft neikvæð áhrif á samkeppni.

1.2. Um meint brot á andmælarétti

Andmælaréttur án innihalds

Áfrýjandi bendir á að síðari hluti frumathugunar Samkeppnisstofnunar hafi verið kynntur honum í desember 2003 og honum veittur frestur til þess að koma að athugasemdum og andmælum við efni frumathugunarinnar. Í henni hafi verið lýst atvikum og athöfnum einstaklinga sem haldið sé fram að feli í sér brot gegn samkeppnislögum sem félagið beri ábyrgð á. Í andmælum áfrýjanda til stofnunarinnar hafi verið gerð grein fyrir því að félög bryti ekki af sér með eigin athöfnum heldur væri ábyrgð þeirra fólgin í því að geta borið ábyrgð á athöfnum þeirra sem fyrir þau starfa. Áfrýjandi telur sig ekki geta krafist þá einstaklinga, sem nú sæti lögreglurannsókn sem sakborningar vegna ætlaðra brota gegn samkeppnislögum, um upplýsingar til þess að byggja andmæli á. Upplýsingagjöf frá þessum einstaklingum til Samkeppnisstofnunar í formi andmæla gegn atvikalýsingu í frumathuguninni geti ekki samrýmst grundvallarrétti sakbornings til þess að þurfa ekki að svara spurningum um sakarefnið. Þar af leiðandi hafi félagið Skeljungur ekki getað lagt fram andmæli eða sett fram athugasemdir við samantekt eins og frumathugun Samkeppnisstofnunar, án þess að slíkt byggðist á upplýsingum frá þeim einstaklingum sem hlut ættu að máli

hverju sinni. Vísar áfrýjandi sjónarmiðum sínum til frekari stuðnings til dóms MDE í máli *Saunders gegn Bretlandi* frá 17. desember 1996.

Samkeppnisstofnun bar að fella niður eða fresta rannsókn sinni

Áfrýjandi bendir á að í 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka við MSE, sbr. lög nr. 62/1994, sé lagt bann við tvöfaldri saksókn. Að mati áfrýjanda stenst það ekki ákvæði viðaukans að á sama tíma standi yfir lögreglurannsókn á ætluðum samkeppnislagabrotum félagsins og fyrirsvarsmanna þess og stjórnvaldsrannsókn á hendur því vegna sömu atvika. Í báðum tilvikum sé markmið rannsókna að koma fram refsingum eða refsikenndum viðurlögum sem að fullu verði jafnað til refsingar á hendur þolendum rannsókna. Samhliða rannsókn tveggja opinberra rannsóknaraðila, eins og lögreglu og Samkeppnisstofnunar, á sama málinu feli í sér hættu á tvöfaldri saksókn eða tvöfaldri refsingu auk þess sem upp komi augljós vandamál við að reyna að afmarka hlutverk hvors rannsóknaraðila um sig.

Munnleg reifun málsins fyrir samkeppnisráði

Áfrýjandi vísar til þess að lögmönnum olíufélaganna hafi verið gefinn kostur á að reifa málið munnlega fyrir samkeppnisráði 18. október 2004. Við reifunina hafi komið í ljós að það eintak frumathugunar Samkeppnisstofnunar sem samkeppnisráð hafði undir höndum virtist ekki það sama og stofnunin hafði afhent olíufélagunum. Að mati áfrýjanda var eintak samkeppnisráðs drög að ákvörðun í málinu sem Samkeppnisstofnun hefði þá þegar unnið fyrir samkeppnisráð. Telur áfrýjandi það fara þvert á grunnreglur andmælaréttarins og rétt hans til aðgangs að gögnum að samkeppnisráð hafi við munnlega reifun málsins haft undir höndum gögn sem hann hafði ekki fengið aðgang að.

Rannsókn málsins verulega ábótavant

Áfrýjandi telur að af því sem að framan er rakið um brot gegn andmælarétti hans leiði jafnframt að rannsókn málsins teljist verulega ábótavant. Skylda stjórnvalds til að sjá til þess að mál sé nægilega upplýst, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga, áður en ákvörðun er tekin, 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.

1.3. Um sönnun brota gegn 10. gr. samkeppnislaga

Beita ber ströngum sönnunarreglum

Áfrýjandi telur að við meðferð málsins verði að gera strangar kröfur til sönnunar á brotum gegn bannákvæðum samkeppnislaga og beri þar að öllu leyti að fara eftir þeim reglum sem gildi um sönnun í refsimálum. Vísar hann í því sambandi til 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar. Sönnunarbyrði um að áfrýjandi hafi brotið gegn samkeppnislögum hvíli að öllu leyti á samkeppnisyfirvöldum og allan vafa beri að skýra honum í hag.

Áfrýjandi telur samkeppnisráð í fjölmörgum tilvikum draga víðtækar ályktanir af ummælum í tölvupóstum eða af minnisblöðum sem gjarnan beri ekki með sér frá hverjum þau stafi eða af hvaða tilefni þau séu rituð. Víðtækar ályktanir séu dregnar af tímasetningum funda þótt ekki liggi fyrir bein sönnunargögn um efni fundanna. Beitt sé óbeinum sönnunargögnum og slegið fram fullyrðingum á grundvelli þeirra sem í mörgum tilvikum eigi sér ekki nokkra stoð. Af þeim ástæðum sem raktar hafi verið varðandi yfirstandandi lögreglurannsókn sé áfrýjanda ómögulegt að færa fram andmæli gegn einstökum tilvikum. Þær sérstæðu reglur um sönnunarmat sem samkeppnisráð hafi beitt telur áfrýjandi ráðið réttlæta með vísan til fordæma frá framkvæmdastjórn og dómstólum EB. Að mati áfrýjanda sé augljóst að samkeppnisráð virðist telja það hlutverk sitt að ganga eins langt og mögulegt er í öllum ályktunum og láta olúfélögin um að færa fram sönnunargögn sem benda til hins gagnstæða. Þessi framsetning sé ekki í nokkru samræmi við þá hlutlægnisskyldu sem hvílir á stjórnvaldi sem hefur verið falið vald til að refsa fyrirtækjum fyrir ólögsmæta háttsemi.

Áfrýjandi nefnir nokkur dæmi úr ákvörðun samkeppnisráðs sem hann telur óeðlilega meðferð á sönnunarreglum. Hann bendir á að á bls. 128-130 í ákvörðun samkeppnisráðs sé fjallað um útboð Allrahanda á árinu 1995. Telur áfrýjandi að ekki sé vísað til neinna gagna sem gefi tilefni til að ætla að hann hafi verið þátttakandi í þeim samskiptum sem vísað er til. Tilvik af þessu tagi, þar sem samskipti tveggja félaga eru talin liður í samfelldu samráði olúfélaganna þriggja, séu fjölmörg í ákvörðun samkeppnisráðs. Önnur tilvik sem áfrýjandi nefnir varðandi óeðlilega meðferð samkeppnisráðs eru umfjöllun á bls. 156 varðandi útboð Útgerðarfélags

Akureyringa á árinu 1996, niðurstaða í kafla 2.5. Þess efnis að samkomulag hafi tekist með olíufélögunum þremur á fundi 16. september 1996 um að ræða saman í öllum útboðum, umfjöllun á bls. 273 þar sem olíufélögin eru sökuð um að hafa haft með sér samráð um að gefa rangar upplýsingar til samkeppnisyfirvalda í svarbréfum sínum við erindi Félags íslenskra bifreiðaeigenda frá 26. maí 1993, umfjöllun á bls. 276-278 varðandi efni minnisblaðs sem framkvæmdastjóri markaðssviðs OHF hafi tekið saman fyrir forstjóra félagsins, umfjöllun á bls. 278 varðandi samvinnu um verðlagningu á frostlegi á árunum 1993-2001, umfjöllun á bls. 285 um ætlað samráð olíufélaganna um að takmarka framboð á SD olíu Skeljungs, umfjöllun á bls. 313-315 þar sem vísað er til samskipta milli Olís og OHF til marks um samráð um verðbreytingar og umfjöllun á bls. 681-682 þar sem fjallað er um meinta markaðsskiptingu Olís og OHF í Stykkishólmi.

Áfrýjandi telur umrædda sönnunarfærslu ekki einungis sýna glögg að verulega vanti upp á að lágmarkskröfum um sönnun sé náð heldur verði ráðið af þessum dæmum að tilvísanir samkeppnisráðs séu í mörgum tilvikum beinlínis alrangar eða villandi. Þá séu þess einnig fjölmörg dæmi að setningar séu teknar úr skjölum og túlkaðar á versta veg. Gildi þá einu þótt skjalið að öðru leyti staðfesti samkeppni um þau viðskipti sem til sé vísað. Þannig sé til að mynda á bls. 415 í ákvörðun samkeppnisráðs tekin upp tilvísun í minnisblað sem forstjóri Skeljungs sendi tveimur stjórnarmönnum félagsins 16. september 1999. Minnisblaðið sé af hálfu samkeppnisráðs talið til marks um samvinnu olíufélaganna sem ætlað hafi verið að tryggja að hvert félag héldi sínum viðskiptum og vinna gegn lækkaðri framlegð. Þegar efni minnisblaðsins sé skoðað í heild sinni birtist lesandanum allt önnur sýn en samkeppnisráð dragi upp.

Meta verður hvert og eitt tilvik í ákvörðun samkeppnisráðs sjálfstætt

Áfrýjandi telur mikilvægt að hvert og eitt tilvik sem hann er sakaður um sé metið sjálfstætt sem og þau sönnunargögn sem til sé vísað hverju sinni. Fyrir liggir að áfrýjandi hafi gengist við tilteknum brotum gegn samkeppnislögum en þessi brot verði hins vegar ekki notuð til sönnunar á öðrum meintum brotum. Áfrýjandi bendir á að í ákvörðun samkeppnisráðs beri mikið á því að ályktanir samkeppnisráðs um tiltekið brot séu notaðar aftur til að færa sönnur fyrir öðru broti. Oft séu síðari tilvikin með öllu ótengd þeim fyrri. Áfrýjandi telur þessa framsetningu afar villandi. Telur áfrýjandi að samkeppnisráð noti kenningar um samfelld samráð olíufélaganna til þess

að tengja hann við tilvik sem hann hafi sannanlega hvergi komið nærri. Með þessu víki ráðið sér ítrekað undan því að sanna aðkomu allra félaganna að tilteknum ákvörðunum.

Mat á hegðun fyrirtækja á fákeppnismarkaði

Áfrýjandi telur samkeppnisráð líta fram hjá eðli þess fákeppnismarkaðar sem hér sé til umfjöllunar. Hann telur að sjónarmið um eðli fákeppnismarkaðar leiði til þess að gera beri ríkari kröfur en ella til sönnunar á að samhliða aðgerðir megi rekja til ólögmæts samráðs. Samkeppnisráð leggi hins vegar mikið upp úr yfirlitum um verðbreytingar olíufélaganna og telji sönnunargildi slíkra gagna augljóslega mikið. Í ljósi markaðsaðstæðna telur áfrýjandi sönnunargildi þessara gagna afar takmarkað og að þau verði ekki notuð til að styðja ófullkomin sönnunargögn um ólögmætt samráð olíufélaganna.

1.4. Um að meint brot séu öll fyrnd

Almennt um fyrningu

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að þau brot sem hann hafi verið sakaður um séu öll fyrnd. Þar sem brot gegn bannákvæðum samkeppnislaga teljast refsiverð háttsemi og sektir sem ákveðnar eru vegna slíkra brota teljast til refsinga, þá leiði af því að um fyrningu slíkra gildi ákvæði alm.hgl. Áfrýjandi bendir á að samkvæmt ákvæði 1. mgr. 81. gr. alm.hgl., eins og ákvæðið var fyrir breytingu með lögum nr. 39/2000, hafi verið kveðið á um að sök fyrndist á tveimur árum, þegar ekki lægi þyngri refsing við broti en árs fangelsi eða refsing sú, sem til var unnið, færi ekki fram úr sektum. Í 52. gr. samkeppnislaga sé samkeppnisráði falin heimild til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn bannákvæðum laganna eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim. Með 5. gr. laga nr. 39/2000 hafi verið bætt nýrri málsgrein við ákvæði 81. gr. alm.hgl. þar sem tiltekið er að fyrningarfrestur vegna refsíabýrgðar lögaðila sé fimm ár. Lög nr. 39/2000 hafi verið birt í Stjórnartíðindum 26. maí 2000 og öðlast þegar gildi. Af framangreindu megi vera ljóst að þau brot sem áfrýjandi sé sakaður um í frumathugun Samkeppnisstofnunar, og eigi að hafa átt sér stað fyrir 26. maí 2000, hafi fyrnst á tveimur árum. Brot sem sannanlega hafa átt sér stað eftir þetta tímamark fyrnist á fimm árum. Áfrýjandi telur að framangreind sjónarmið um fyrningu brota gegn

ákvæðum samkeppnislaga eigi sér enn fremur stoð í nýlegum dómi Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 í svokölluðu grænmetismáli.

Upphaf fyrningarfrests

Áfrýjandi bendir á að samkvæmt 1. ml. 1. mgr. 82. gr. alm.hgl. teljist fyrningarfrestur frá þeim degi er refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi ljúki. Rannsókn Samkeppnisstofnunar hafi náð aftur til ársins 1993 og í einhverjum tilvikum sé í ákvörðun samkeppnisráðs byggð á gögnum sem séu enn eldri. Áfrýjandi telur að öll brot sem hann er sakaður um og eiga að hafa verið fullframin fyrir 26. maí 2000, þ.e. fyrir gildistöku laga nr. 39/2000, séu fyrnd.

Hvað varðar tilvísun samkeppnisráðs þess efnis að meint brot olíufélaganna teljist vera samfelld samráð bendir áfrýjandi á að í töflu á bls. 104-113, sem ráðið vísi til í þessu samhengi og telji sýna með ótvíræðum hætti reglubundin og áframhaldandi ólögmat samskipti olíufélaganna, sé í engu getið í hverju hin ólögmatu samskipti eigi að hafa falist. Enga tilvísun sé að finna til haldlagðra gagna eða hvar í ákvörðun ráðsins sé gerð grein fyrir þessum samskiptum.

Að mati áfrýjanda sýna breytingar á markaðshlutdeild olíufélaganna virka samkeppni þeirra á milli. Í ákvörðun samkeppnisráðs sé t.d. lýst markaðshlutdeild félaganna í fljótandi eldsneyti árin 1991 til 2001. Þegar litið sé á markaðshlutdeild félaganna í fljótandi eldsneyti í heild sjáist að hlutdeild áfrýjanda á markaðnum hafi vaxið jafnt og þétt allan athugunartímann úr 27% í 40%. Vissulega skipti kaup Flugleiða á flugeldsneyti miklu máli í þessum samanburði en þau viðskipti hafi flust frá OHF til Skeljungs á tímabilinu. Áfrýjandi vekur athygli á að jafnvel þótt horft sé alveg framhjá áhrifum Flugleiða á markaðnum sjáist skýr breyting markaðshlutdeildar í olíuvörum á tímabilinu Skeljungi í hag en á kostnað keppinautanna. Það sé vissulega rétt að ákvörðun Flugleiða um að færa viðskipti sín frá OHF til áfrýjanda frá árinu 1999 vegi þungt í heildarmyndinni vegna umfangs viðskiptanna en áfrýjandi telur það hins vegar sérkennilega afstöðu af hálfu samkeppnisráðs að telja breytingar á markaðshlutdeild, sem stafi af því að stærsti einstaki kaupandinn á markaðnum flytji viðskipti sín á flugeldsneyti á milli keppinauta, séu með einhverjum hætti ómarktækari en aðrar hreyfingar á markaðnum.

Áfrýjandi telur fullyrðingu samkeppnisráðs um að olíufélögin hafi frá gildistöku samkeppnislaga og allt til ársins 2001 haft með sér yfirgripsmikið samráð, þ.e. svokallað „heildarsamkomulag“, ekki standast. Undir þetta hugtak séu felldar ólíkar tegundir meintra brota olíufélaganna og virðist sem í þessu felist að samkeppnisráð telji að olíufélögin hafi frá gildistöku samkeppnislaganna með kerfisbundnum hætti unnið að sameiginlegu markmiði um að takmarka samkeppni á markaðnum. Telur áfrýjandi að ef einhver sannleikur reyndist í fullyrðingum um samkomulag af þessu tagi milli olíufélaganna yrði að ætla að lítil sem engin hreyfing hefði átt sér stað í markaðshlutdeild félaganna á meintu samráðstímabili.

Þá bendir áfrýjandi á að samkeppnisráð álykti að leiða megi vaxandi markaðshlutdeild áfrýjanda í sölu eldsneytis af íbúapróun í landinu fremur en markaðsaðgerðum félagsins. Bendi ráðið á að sennileg skýring á styrkingu áfrýjanda á markaðnum sé fjölgun íbúa höfuðborgarsvæðisins á kostnað landsbyggðarinnar. Þá sé bent á að áfrýjandi hafi haft sterkari markaðsstöðu á höfuðborgarsvæðinu en annars staðar á landinu. Af hálfu áfrýjanda er því haldið fram að þetta sé ekki rétt og hefur hann lagt fram yfirlit yfir söluþróun eftir landshlutum 1998-2001 sem að hans mati sýnir að skoðun samkeppnisráðs um ástæðu vaxandi markaðshlutdeildar Skeljungs eigi sér ekki stoð.

Áfrýjandi vísar til þess að samstarf olíufélaganna hafi einungis tekið til lítils hluta markaðarins. Þótt samstarf olíufélaganna hafi verið víðtækt áður en samkeppnislögin tóku gildi og of langan tíma hafi tekið að losa um hið nána samband sem þá var milli félaganna hafi samvinnan síðustu árin verið á afmörkuðum sviðum og einungis náð til óverulegs hluta markaðarins. Áfrýjandi kannast hvorki við að hafa tekið þátt í almennu verðsamráði á markaðnum síðustu árin né lítur hann svo á að ýmis tilvik sem samkeppnisráð telur fela í sér brot, eins og t.d. viðskiptasamkomulag olíufélaganna þriggja við SR-mjöl eða samstarf félaganna um eignarhald Gasfélagsins, um eldsneytisafgreiðslu á stærstu flugvöllum landsins o.fl., hafi falið í sér brot gegn samkeppnislögum.

Af hálfu áfrýjanda er því mótmælt að samskipti sem einstaka starfsmenn olíufélaganna hafi átt á meintu brotatímabili hafi sjálfstæða þýðingu án tillits til um hvað hafi verið rætt hverju sinni. Þannig komi ekki fram í ákvörðun samkeppnisráðs

að stór hluti samskiptanna árin 2000 og 2001 hafi lotið að því að ljúka því samstarfi sem enn hafi verið fyrir hendi milli félaganna.

Áfrýjandi vekur athygli á því að þrátt fyrir að þau brot sem hann sé sakaður um séu öll felld undir sama lagaákvæðið sé fjölmargt sem aðskilji einstök meint brot. Þannig séu tilvikin heimfærð undir mismunandi liði eldra ákvæðis 10. gr. samkeppnislaga. Afar mismunandi sé hvernig aðild að einstökum brotum sé háttað. Þá verði að hafa í huga að þau brot sem áfrýjandi sé sakaður um eigi að hafa verið framin við afar mismunandi kringumstæður. Sum hinna meintu brota séu bein afleiðing af ástandi sem móttast hafði fyrir tilstuðlan ríkisvaldsins. Önnur tilvik helgist af áratugagömlum samningum sem fylgt hafi verið eftir gildistöku samkeppnislaga. Þá liggja fyrir að afar mismunandi sé hvaða markaður sé til skoðunar í einstökum tilvikum. Að mati áfrýjanda sé því langsótt að halda því fram að tilvikin séu samkynja eða eðlislík.

Áfrýjandi telur að þótt fallist yrði á þá framsetningu samkeppnisráðs að meint brot olúfélaganna séu þessi eðlis að þau teljist til samfellds samráðs í skilningi EB/EES-samkeppnisréttar þá leiddi ekki af því að fara bæri með þessi tilvik sem eitt brot í skilningi refsiréttar. Til þess að unnt sé að fara með meint brot áfrýjanda sem eitt samfellt brot við mat á því hvort þau séu fyrnd þurfi skilyrði íslensks refsiréttar að vera uppfyllt. Áfrýjandi telur það ágalla á niðurstöðu samkeppnisráðs að halda því fram að ekki sé þörf á að greina meint samráð í einhvern af undirflokkum rýmkaðra brota í skilningi refsiréttar.

Verði ekki fallist á sjónarmið áfrýjanda um að ekki hafi verið um eitt rýmkað brot að ræða telur hann ljóst að upphaf fyrningarfrests sé í síðasta lagi 18. desember 2001. Rannsókn Samkeppnisstofnunar, og þar með ákvörðun samkeppnisráðs, taki til tímabilsins frá gildistöku samkeppnislaga fram að húsleit sem fram fór hjá félögunum 18. desember 2001.

Lagaskil: Fyrningarfrestur meintra brota er tvö ár

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að ef sannað teldist að tiltekið ólöglegt ástand hafi skapast þá skipti máli hvort slíkt ástand hefði hafist fyrir eða eftir gildistöku laga nr. 39/2000 um breytingu á alm.hgl. Um brot sem sé fullframið áður en fyrningarfrestur brota lögaðila hafi verið lengdur í fimm ár úr tveimur árum gildi

skemmri fresturinn. Það sama gildi um ástand sem komið sé á í gildistíð eldri laga en ljúki ekki fyrr en eftir lagabreytingu. Leiði þetta af 2. gr. alm.hgl. og 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 7. gr. MSE um bann við afturvirkni refsíákvæða. Áfrýjandi telur að ef niðurstaða áfrýjunarnefndar verði sú að um eitt rýmkað brot olúfélaganna hafi verið að ræða beri eftir sem áður að leitast við að skipta brotinu á milli tímabilanna tveggja. Gildi þá sitt hvor fyrningarfresturinn um hvort tímabilið fyrir sig. Ef þessi aðgreining sé af einhverjum ástæðum ekki talin möguleg sé ljóst að beita ber vægari ákvæðinu, þ.e. brotið í heild sinni teljist þá fyrnast á tveimur árum.

Rof fyrningarfrests

Áfrýjandi telur að af ákvæði 4. mgr. 82. gr. alm.hgl. megi leiða að fyrningarfrestur geti fyrst rofnað við ákvörðun samkeppnisráðs. Það sé það stjórnvald sem fari með sektarvaldið, í skilningi ákvæðisins. Af þessum sökum geti ásökun Samkeppnisstofnunar gagnvart áfrýjanda um brot á samkeppnislögum ekki rofið fyrningarfrestinn. Sú staðreynd að Samkeppnisstofnun undirbúi mál sem lögð séu fyrir samkeppnisráð og annist dagleg störf breyti engu þar um. Áfrýjandi vísar í þessu sambandi til þeirra lagasjónarmiða sem fram koma í áliti umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3047/2000. Þá telur áfrýjandi að dómur Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 í svokölluðu grænmetismáli leiði til þeirrar niðurstöðu að fyrningarfrestur hafi í umræddu tilviki fyrst getað rofnað við ákvörðun samkeppnisráðs.

1.5. Um sektir samkeppnisráðs

Lagaskil varðandi heimild til veltutengingar sektar

Áfrýjandi bendir á að heimild samkeppnisráðs samkvæmt samkeppnislögum til að leggja veltutengdar sektir á fyrirtæki vegna sannaðra brota gegn samkeppnislögum hafi lengst af verið bundin við sönnun ávinnings af brotinu og að brotið hafi valdið skaða. Breytingin á skilyrðum veltutengingar sekta hafi verið gerð með 17. gr. laga nr. 107/2000, sem öðluðust gildi 6. desember 2000. Frumathugun Samkeppnisstofnunar á starfsemi olúfélaganna, sem ákvörðun samkeppnisráðs byggist á, taki til tímabilsins frá því samkeppnislögin öðluðust gildi þann 1. mars 1993 og þar til húsrannsókn hafi verið gerð á starfsstöðvum félaganna 18. desember 2001. Á umræddu tímabili hafi heimildin til að leggja veltutengdar sektir án sönnunar ávinnings eða skaða verið í gildi tímabilið frá 6. desember 2000 til 18. desember 2001.

Mat samkeppnisráðs á ávinningi af ætluðu samráði

Áfrýjandi telur að þróun arðsemi eigin fjár eða hagnaðar veiti mikla vísbendingu um að hann hafi ekki tekið til sín mikinn ávinning af ólögmætri starfsemi. Að mati áfrýjanda er nálgun samkeppnisráðs á ávinningi víðs fjarri raunveruleikanum og hafi með aðferðinni sem notuð var verið stuðst við ónothæfan mælikvarða. Í fyrsta lagi hafi á fyrri hluta samanburðartímabilsins verið að ljúka erfiðri efnahagslægd en á síðara tímabilinu hafi verið samfelld hagvaxtarskeið. Þá sýni frumathugunin í heild og gögn málsins að samvinna olúfélaganna hafi verið mun meiri á fyrri hluta þess tímabils sem var til rannsóknar en hún var síðustu ár tímabilsins. Þá veki það athygli að ráðið hafi breytt þeim grundvelli sem Samkeppnisstofnun hafði notað við útreikning á ávinningi olúfélaganna af ólögmætu samráði í frumathuguninni, þ.e. þótt niðurstaða samkeppnisráðs sé fengin með útreikningsaðferð Samkeppnisstofnunar sé forsendunum breytt. Útkoman sé fengin með því að breyta um tímabil, þ.e. borin er saman einingaframlegð árána 1993-1995 við einingaframlegð árána 1996-2001, á sama verðlagi, og síðan ályktað sem svo að hærri einingaframlegð síðara tímabilsins stafi af ólögmætu samráði og teljist ávinningur hinna brotlegu. Í ákvörðun samkeppnisráðs séu engar skynsamlegar skýringar gefnar á þessum breyttu vinnubrögðum og virðist nærtækast að líta svo á að ráðið hafi kosið að hagræða forsendum útreikninga sinna til að vega upp á móti áhrifum þess að villur hafi verið í ávinningsútreikningum Samkeppnisstofnunar.

Sérfræðiálit um mat Samkeppnisstofnunar á ávinningi olúfélaganna af meintu ólögmætu samráði tímabilið 1998-2001

Áfrýjandi vísar til þess að olúfélögin hafi, meðan á rannsókn málsins stóð, leitað til tveggja sérfræðinga í því skyni að fá fram álit þeirra á mati Samkeppnisstofnunar á ávinningi félaganna af meintu ólögmætu samráði tímabilið 1998 til 2001. Helstu niðurstöður sérfræðinganna hafi verið að sú aðferð sem Samkeppnisstofnun hafi notað til að meta áætlaðan ávinning af meintu samráði hafi ekki tekið tillit til að á hverjum tíma eru margir þættir sem hafa áhrif á verð, kostnað og framlegð fyrirtækja – þættir eins og heimsmarkaðsverð, arðsemiskrafa, þróun gengis, almennt efnahagsástand, næmni neytenda fyrir verðbreytingum o.s.frv. Þá telja þeir að ekki verði séð að sú framlegðaraukning sem á að hafa orðið í kjölfar meints samráðs hafi leitt til verðhækkana olúvara á Íslandi eftir 1997 umfram almennar verðlagshækkanir. Benda þeir á að í frumathugun Samkeppnisstofnunar sé engin sérstök skýring gefin á því

hvers vegna einblínt sé á einingaframlegð sem krónutölu en ekki álagningarhlutfall eins og almennt sé gert í samkeppnisrannsóknum. Sterk hagfræðileg rök séu fyrir því að miða eigi við álagningarhlutfall ef nota á framlegð sem viðmið yfir höfuð. Þá telja þeir niðurstöður Samkeppnisstofnunar ekki í fullu samræmi við bókhaldsgögn áfrýjanda. Sjálfstæð úttekt skýrsluhöfunda á einingaframlegð áfrýjanda á tímabilinu 1994 til 2003 leiði í ljós aðra mynd en Samkeppnisstofnun dragi fram af þróun einingaframlegðar. Þá sé meðferð Samkeppnisstofnunar varðandi umboðslaun ekki rétt. Bent er á að horft sé framhjá áhrifum þróunar gengis, áhrifum heimsmarkaðsverðs á olíu og þess að verðmyndun í fíakeppni fylgi hagsveiflunni. Enn fremur sé bent á það í skýrslu sérfræðinganna að á grundvelli tölfræðirannsóknar, sem þeir hafi unnið, sé ekki hægt að draga þá ályktun að háttsemi olíufélaganna á árabílinu 1998 til 2002 hafi leitt til minni samkeppni og aukinnar álagningar, að teknu tilliti til annarra þátta sem hafa áhrif á jaðarkostnað, svo sem þróunar gengis, heimsmarkaðsverðs, fjármagnskostnaðar og efnahagsástands. Meginniðurstaða skýrslu hagfræðinganna sé sú að mat Samkeppnisstofnunar á meintum ávinningi sé algjörlega órökstutt og að líkur séu á að hækkun framlegðar sem lögð er til grundvallar eigi sér aðrar og eðlilegar skýringar.

Áfrýjandi vísar til þess að samkeppnisráð hafi hafnað greinargerð og röksemdum sérfræðinganna í nánast öllum atriðum. Að fenginni ákvörðun ráðsins hafi olíufélögin leitað aftur til umræddra sérfræðinga og óskað álits þeirra á umfjöllun samkeppnisráðs um greinargerð þeirra um mat Samkeppnisstofnunar á ávinningi olíufélaganna af meintu ólögum samráði tímabilið 1998-2001. Álit sérfræðinganna komi fram í nýrri greinargerð dags. 23. nóvember 2004. Standi þeir við fyrra álit sitt um að aðferðir Samkeppnisstofnunar við mat á ávinningi af ólögum samráði, sem samkeppnisráð hafi gert að sínum, standist ekki hagfræðilega gagnrýni.

Um hugtakið „ávinning“ í skilningi 52. gr. samkeppnislaga

Áfrýjandi bendir á að í samkeppnislögum, öðrum íslenskum lögum eða reglugerðum sé ekki að finna leiðbeiningar um hvernig meta skuli skaða af samkeppnishömlum eða ávinning sem þær geta haft í för með sér fyrir brotlegt fyrirtæki. Í ákvörðun samkeppnisráðs sé ávinningur af ætluðum brotum olíufélaganna fyrst og fremst metinn með því að bera saman framlegð á milli tveggja tímabila og álykta sem svo að framlegðaraukning síðara tímabilsins stafi af samráði og sé því ávinningur af samráði.

Ráðið túlki löginn svo að allar tekjur áfrýjanda af olíusölu, þar sem félagið hafi verið í samvinnu við annað olíufélag, hafi skapað félaginu ávinning eða ábata í skilningi lagaákvæðisins sem sé jafn brúttósölutekjunum. Telur áfrýjandi að túlka beri ákvæðið samkvæmt orðanna hljóðan en í orðabókum er sett jafnaðarmerki milli orðanna ávinnings og hagnaðar. Það fái ekki samrýmst íslenskri orðnotkun að telja að heildarsöluandvirði í viðskiptum jafngildi ávinningi eða hagnaði nema fyrir liggi að kostnaður seljanda við innkaup, opinber gjöld, dreifingu, afgreiðslu o.s.frv. hafi enginn verið. Einnig beri að hafa í huga við túlkun lagareglu eins og þeirrar sem var í eldra ákvæði 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga að reglan feli í sér heimild til þess að beita refsingu. Af því leiði að beita beri þröngri skýringu.

Fjárhæð sekta

Áfrýjandi fellst ekki á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að heildarávinningur olíufélaganna af ólögmetu samráði árin 1996-2001 hafi numið 6.487 milljónum króna. Bendir áfrýjandi á að 2. mgr. 52. gr. eldri samkeppnislaga, sem gilt hafi 90% þess tímabils sem hér er til rannsóknar, hafi kveðið á um að við ákvörðun sektar skyldi litið til þess ávinnings sem samkeppnishömlur hefðu haft í för með sér. Af niðurstöðu samkeppnisráðs um mat á ávinningi leiði að telji ráðið skilyrði til veltutengingar sekta uppfyllt beri að ákveða félögunum sektir í samræmi við ávinning þeirra af ætluðum brotum. Það sé ekki gert.

Áfrýjandi telur að í ákvörðun samkeppnisráðs felist að félögunum sé mismunað með þeim hætti að þeim sem mest ávinnings hafi notið af ólögmetu samráði, að mati samkeppnisráðs, sé gert að greiða lægstu sektina, en þeim sem minnsts ávinnings hafi notið sé gert að greiða mest. Þessi niðurstaða sé í augljósri andstöðu við efni 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga eins og það var fram til 6. desember 2000.

Áfrýjandi telur sjálfgefið að fjárhæð sektarinnar sem honum var ákvörðuð hafi verið ákveðin á grundvelli veltutengingar, þótt það komi hvergi fram. Rannsókn Samkeppnisstofnunar í þessu máli hafi tekið til tímabilsins frá 1. mars 1993 til 18. desember 2001. Í ákvörðun samkeppnisráðs sé komist að þeirri niðurstöðu að tilvísun til veltu í 52. gr. samkeppnislaga vísi til veltu síðasta reikningsárs áður en ákvörðun sé tekin í málinu að því gefnu að fyrir liggi fullnægjandi upplýsingar. Að mati áfrýjanda hljóti tilvísunin til veltu síðasta almanaksárs, með eðlilegri orðskýringu, að vísa til

síðasta heila almanaksárs sem rannsókn hafi tekið til þar sem brot teljast sönnuð. Samkvæmt því hefði samkeppnisráði borið að hafa veltutölur ársins 2000 til viðmiðunar við ákvörðun sektarinnar.

Áfrýjandi bendir á að rannsókn samkeppnisyfirvalda hafi ekki tekið til allrar starfsemi olúfélaganna heldur einungis til sölu þeirra á eldsneyti og olíuvörum. Auk þess varnings selji áfrýjandi aðrar vörur. Heimildin til veltutengingar sektar sé bundin við þann hluta starfseminnar sem við eigi, sbr. eldri útgáfu 2. mgr. 52. gr. Því beri að miða við þann hluta veltu áfrýjanda árið 2000 sem varð af sölu á eldsneyti og olíuvörum. Þá telur áfrýjandi að ekki sé eðlilegt að telja hlut opinberra gjalda í eldsneytisverðinu til veltu félagsins.

Áfrýjandi telur að þegar horft sé til fordæma varðandi sektir þá sé af innlendum fordæmum frátöldum mikilvægast að líta til dómsúrlausna í samkeppnismálum í þeim ríkjum sem búi við sambærilegt réttarkerfi og Íslendingar, þ.e. Norðurlandanna. Ákvörðun samkeppnisráðs feli í sér mun hærri sektarákvörðun í þessu eina máli en nemi samanlögðum öllum sektum sem lagðar hafi verið á í öllum málum vegna samkeppnisbrota frá upphafi í Danmörku, Noregi og Svíþjóð.

Að mati áfrýjanda geti þær ákvarðanir sem teknar hafi verið í EES/EB-samkeppnisrétti og sem samkeppnisráð vísi í ekki veitt leiðbeiningu um hvernig beri að fara með viðurlög vegna ætlaðra brota íslensku olúfélaganna gegn samkeppnislögum. Sá grundvallarmunur sé fyrir hendi að í öllum málunum sem samkeppnisráð vísi til sé um að ræða brot yfir landamæri gegn samkeppnisreglum.

Um afslátt af sektum

Af hálfu áfrýjanda er til þess vísað að hann hafi frá því að rannsókn Samkeppnisstofnunar hófst í desember 2001 svarað skriflega og munnlega fjölmörgum fyrirspurnum stofnunarinnar þar sem óskað hafi verið upplýsinga og afrita fjölmargra gagna. Þá hafi starfsmenn áfrýjanda mætt til skýrslugjafar. Á fundi Samkeppnisstofnunar með fulltrúum áfrýjanda 25. október 2002 hafi farið fram umræður um hugsanlega afslætti af sektum kæmi til þess að samkeppnisráð tæki ákvörðun um að sekta olúfélögin. Stofnunin hafi fylgt umræðunum eftir með bréfi, dags. 28. sama mánaðar, þar sem fram kom að óskaði áfrýjandi afsláttar af sektum

yrði að berast skriflegt erindi þar um frá félaginu. Áfrýjandi hafi orðið við ábendingu stofnunarinnar og sent skriflegt erindi 5. nóvember 2002 og óskað þess að upplýsingagjöf félagsins yrði metin með hliðsjón af II. kafla reglna nr. 397/2002. Enn fremur vísar áfrýjandi til þess að er lögmenn olíufélaganna hafi átt fund með fulltrúum Samkeppnisstofnunar daginn eftir að húsleit var framkvæmd hjá félögunum hafi þeir f.h. umbjóðenda sinna lýst yfir fullum vilja til samstarfs með stofnuninni við að upplýsa málið. Ef það verði nokkru máli talið skipta í hvaða röð olíufélögin hafi lýst yfir vilja til samstarfs við Samkeppnisstofnun þá sé ljóst að framangreind bréfaskipti geti ekki skipt sköpum í því sambandi. Áfrýjandi kveðst ekki vita til annars en að stofnunin hafi frá upphafi rannsóknarinnar haft öll gögn undir höndum sem mögulega geti tengst þeim tilvikum sem til rannsóknar séu. Af þeim sökum hafi hann talið óljóst hvaða gögn hann gæti fært fram sem teldust mikilvæg viðbót við þau gögn sem stofnunin hafði þegar undir höndum.

Áfrýjandi telur þá ákvörðun samkeppnisráðs að veita honum ekki afslátt líkt og hinum olíufélögunum fela í sér mismunun á refsingu og vera andstætt jafnræðisreglum. Telur hann samkeppnisráð gera of mikið úr samstarfsvilja OHF og Olís í þeim þætti ákvörðunarinnar sem fjallar um afslætti af sektum og vísar til þess að á mörgum stöðum í frumathugun Samkeppnisstofnunar, sem samkeppnisráð byggi ákvörðun sína á, sé rakið að stofnunin telji skýringar og útlistanir fyrirsvarsmanna OHF og Olís á atvikum málsins beinlínis rangar og ekki í samræmi við gögn málsins. Á hinn bóginn sé of lítið gert úr samstarfsvilja áfrýjanda.

Áfrýjandi telur að mismunandi viðurlög í máli sem þessu verði að eiga rót sína að rekja til þess að aðkoma félaganna að þeim atvikum sem refsað sé fyrir hafi verið mismikil. Sjaldan sé auðvelt að gera mun á þátttöku í samráði en að mati áfrýjanda sé samt enginn vafi á því í þessu máli að eftir að OHF varð stór eigandi í Olís og eftir að náíð samstarf þessara félaga hófst með stofnun Olíudreifingar ehf. þá hafi samskipti þessara félaga orðið miklu meiri og á allt öðrum forsendum en samstarf þeirra hvors um sig eða saman við áfrýjanda. Í þessu sambandi sé einnig rétt að hafa í huga að samkeppnisráð telur sjálft í niðurstöðum sínum að ávinningur olíufélaganna af ólögmetu samráði hafi verið mjög mismikill.

Áfrýjandi vísar til þess að reglur nr. 397/2002 hafi verið settar, með heimild í lögum nr. 107/2000, um hálfu ári eftir að rannsókn Samkeppnisstofnunar hófst. Rannsókn Samkeppnisstofnunar nái frá árinu 2001 og aftur til ársins 1993. Stærstan hluta þess tímabils hafi ekki verið að finna í samkeppnislögum sérstaka heimild til að beita mismunandi viðurlögum gagnvart fyrirtækjum sem sökuð væru um sömu eða sambærileg brot. Ljóst sé að þeim heimildum sem lögfestar voru með lögum nr. 107/2000 verði ekki beitt um atvik sem eigi að hafa átt sér stað fyrir 6. desember 2000.

Um nána samvinnu Olís og OHF

Áfrýjandi vekur athygli á að samstarf OHF og Olís hafi verið náið í gegnum tíðina. Félögin hafi verið bundin eignatengslum allt það tímabil sem rannsókn Samkeppnisstofnunar tiki til, hafi staðið sameiginlega að innkaupum á olíuvörum og hafi rekið í sameiningu félag sem annast geymslu og dreifingu olíuvara, Olíudreifingu ehf. Keppinautar áfrýjanda hafi því notið hagræðis af samnýtingu margvíslegs búnaðar til geymslu og dreifingar olíuvara. Samstarf Olís og OHF hafi af eðlilegum ástæðum haft mikil áhrif á samkeppnisstöðu áfrýjanda. Þetta samstarf Olís og OHF hafi hlotið blessun samkeppnisráðs í ákvörðun nr. 23/1995. Eftir stofnun Olíudreifingar ehf. mætti segja að áfrýjandi hafi með réttu getað litið svo á að félagið væri í samkeppni við eitt gríðarlega sterkt félag. Þetta aukna samstarf Olís og OHF hafi óhjákvæmilega leitt til aukinna samskipta milli félaganna. Þótt Samkeppnisstofnun láti þess í engu getið megi glöggt sjá við lestur frumathugunarinnar í heild sinni að samskipti áfrýjanda við hin félögin tvö hafi farið minnkandi eftir því sem leið á það tímabil sem stofnunin hafði til rannsóknar. Nefnir áfrýjandi máli sínu til stuðnings nokkur dæmi úr frumathuguninni um samstarf keppinautanna sem hann telur sig enga aðild hafa átt að.

1.6. Um málshraða

Áfrýjandi telur að rannsókn Samkeppnisstofnunar á meintum brotum hans hafi tekið óhæfilega langan tíma og að sá dráttur sé alfarið á ábyrgð samkeppnisyfirvalda. Sé þetta andsætt 6. gr. MSE, 70. gr. stjórnarskrár og 9. gr. stjórnsýslulaga. Bendir áfrýjandi á að af álitum mannréttindanefndar Evrópu, dómum MDE og dómum Hæstaréttar verði ráðið að óhæfilegur dráttur á málsmeðferð geti leitt til þess að gripið

sé til vægari refsinga eða þær felldar niður. Telur áfrýjandi að líta beri til dráttar á rannsókn málsins við mat á fjárhæð sekta, komi til beitingar þeirra.

1.7. Um varakröfur áfrýjanda

Hvað varðar þá kröfu áfrýjanda að skilyrði nr. 1 í 5. gr. ákvörðunarorða takmarkist þannig að það nái ekki til innflutnings á svartolíu og flugvélabensíni þá er af hálfu áfrýjanda vísað til þess að innflutningur þessara tegunda sé í litlu magni þannig að það muni leiða til verulegs kostnaðarauka sé innflytjendum ekki heimilað að standa sameiginlega að innflutningi á þessum tegundum eldsneytis. Hvað varðar þá kröfu að skilyrði nr. 3 í 5. gr. ákvörðunarorða, um að olúfélögin skuli leggja af viðskiptalega samvinnu í tengslum við sölu á fljótandi eldsneyti á Keflavíkurflugvelli, verði fellt úr gildi vísar áfrýjandi til þess að öll rök, m.a. um hagkvæmni og öryggi, standi til þess að einungis verði ein afgreiðslustöð fyrir flugeldsneyti á Keflavíkurflugvelli. Að mati áfrýjanda sé eðlilegra að sett verði sérstök skilyrði fyrir samrekstri félaganna á afgreiðslustöðinni.

Áfrýjandi gerir sjálfstæða kröfu til þess að Olís og OHF verði gert að hætta samstarfi um rekstur Olíudreifingar ehf. Fyrir liggja sú staðreynd að félögin hafi eftir stofnun Olíudreifingar ehf. beitt sér gagnvart áfrýjanda með ýmsum hætti. Auk þeirrar samkeppnisröskunar sem augljóslega sé í því fólgin að heimila tveimur af stærstu olúfélögunum á markaði að samnýta krafta sína þá kalli samstarf þeirra í Olíudreifingu ehf. óhjákvæmilega á margvísleg samskipti félaganna. Fyrirmæli af því tagi sem tilgreind eru í 6. gr. ákvörðunarorða samkeppnisráðs séu ekki til þess fallin að útiloka slík samskipti. Þá sé ljóst að þessi fyrirmæli breyti engu um stöðu annarra keppinauta á markaðnum sem ekki fái notið þessarar sameiginlegu aðstöðu félaganna. Enn fremur bætist við sú staðreynd að í ákvörðun samkeppnisráðs sé komist að þeirri niðurstöðu að félögin hafi misnotað þessa sameiginlegu aðstöðu sína og brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Verði ekki fallist á kröfu áfrýjanda um bann við samrekstrinum krefst hann þess að eigendum Olíudreifingar ehf., Olís og OHF, verði gert skylt að veita honum aðgang að sömu þjónustu og á sömu kjörum og núverandi eigendur njóti hjá Olíudreifingu ehf.

2. Sjónarmið Olúuverzlunar Íslands hf.

2.1. Um að sektir sem samkeppnisráð ákveði séu refsingar

Að mati áfrýjanda eru stjórnvaldssektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga refsingar í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE, 70. gr. stjórnarskrár og samkvæmt refsirétti. Af því leiði að sjónarmið og réttarvernd þessara réttarheimilda gildi um alla meðferð samkeppnisyfirvalda á máli olúfélaganna vegna meints samráðs. Koma hér fram sambærileg sjónarmið og hjá Skeljungu og vísast til þess.

2.2. Um málsmeðferð

Rétturinn til að fella ekki sök á sjálfan sig

Áfrýjandi vísar til þess að í g-lið 3. mgr. 14. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi sé berum orðum tekið fram að sakborningi verði ekki þröngvað til að bera gegn sjálfum sér eða játa sök. Jafnframt hafi fyrirmæli 6. gr. MSE um réttláta málsmeðferð verið skýrð svo, að þau feli í sér bann við því að hverjum, sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi, sé gert skylt að svara spurningum um þá háttsemi, þ.á m. að játa á sig sök. Í 3. mgr. 32. gr. laga um meðferð opinberra mála sé skýrt kveðið á um að sakborningi sé óskylt á öllum stigum opinbers máls að svara spurningum varðandi refsiverða hegðun sem honum er gefin að sök.

Áfrýjandi bendir á í þessu máli liggja fyrir að starfsmenn áfrýjanda hafi gefið skýrslur hjá Samkeppnisstofnun með vísan til 39. gr. samkeppnislaga en samkvæmt 2. mgr. 57. gr. sömu laga skuli sá sem gefur stofnuninni rangar skýrslur sæta refsingu samkvæmt alm.hgl. Við skýrslutökurnar hafi umræddum mönnum ekki verið gefinn kostur á að njóta réttarstöðu samkvæmt ofangreindum grundvallarreglum þrátt fyrir að það hafi legið fyrir að þeir gætu verið að fella sök á félagið og sjálfa sig með framburði sínum. Fullyrðir áfrýjandi að áður en til skýrslugjafarinnar hafi komið hafi réttarstaða þessi verið rædd við fulltrúa Samkeppnisstofnunar sem hafi lýst því yfir að ef starfsmenn áfrýjanda féllust á að gefa skýrslu hjá stofnuninni þýddi það að málið yrði rannsakað þar og stofnunin myndi ekki beina rannsókninni í farveg opinberra mála. Ekki hafi verið staðið við þetta loforð þar sem fyrir atbeina Samkeppnisstofnunar sé málið nú til opinberrar rannsóknar hjá ríkislögreglustjóra.

Áfrýjandi telur að skýrslutökur Samkeppnisstofnunar hafi brotið gegn rétti sínum samkvæmt 6. gr. MSE, ásamt öðrum grundvallarreglum á sviði mannréttinda og ólöglegt sé að byggja á þeim fundargerðum. Vísar áfrýjandi í þessu samhengi til dóms MDE í máli *Saunders gegn Bretlandi* frá 17. desember 1996 sem áfrýjandi telur að fjalli um sambærileg tilvik á stjórnarsýslustigi. Þá vísar áfrýjandi til þess að lögaðilar njóti réttinda samkvæmt MSE líkt og einstaklingar og hafi mannréttindanefndin staðfest sérstaklega í máli ákvörðunar mannréttindanefndarinnar í máli *Societe Stenuit gegn Frakklandi*, sbr. dómur MDE frá 27. febrúar 1992, að lögaðilar nytu réttinda samkvæmt 6. gr. MSE.

Áfrýjandi bendir enn fremur á að framangreind sjónarmið hafi verið staðfest í evrópskum samkeppnisrétti. Samkvæmt honum hafi framkvæmdastjórn EB ekki rétt til að skaða vörn fyrirtækis gagnvart sér. Hafi sérstaklega verið talið að ekki væri hægt að neyða fyrirtæki til að gefa framkvæmdastjórninni svör sem hefðu í för með sér játningu á brotum. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi til dóma dómstóla EB í málum nr. 46/87 og 227/88 *Hoechst AG* og nr. T-112/98, *Mannesmannröhren*.

Áfrýjandi hafnar sjónarmiðum samkeppnisráðs um túlkun 39. gr. samkeppnislaga sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjandi telur ljóst að ósk um gögn á grundvelli ákvæðisins feli í sér lagaskyldu til að veita upplýsingar.

Bann við tvöfaldri saksókn og refsingu

Áfrýjandi telur það ekki standast ákvæði 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka við MSE, sbr. lög nr. 62/1994, að á sama tíma standi yfir lögreglurannsókn á ætluðum samkeppnislagabrotum félagsins og fyrirsvarsmanna þess og stjórnvaldsrannsókn á hendur félaginu vegna sömu atvika. Er hér um að ræða sambærileg sjónarmið og fram komu hjá Skeljungu og vísast til þess. Að auki vísar áfrýjandi til 7. tl. 14. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi.

Brot á andmælarétti og jafnræði aðila

Af hálfu áfrýjanda er því haldið fram að sú staða sem upp sé komin í málinu eftir að lögreglurannsóknin hófst leiði til þess að hann geti ekki neytt lögmæts andmælaréttar. Félög brjóti ekki af sér með eigin athöfnum heldur sé ábyrgð þeirra fólgin í því að geta borið ábyrgð á athöfnum þeirra sem fyrir þau starfi. Áfrýjandi geti þar af leiðandi

ekki sett fram andmæli eða athugasemdir við samantekt eins og frumathugun Samkeppnisstofnunar eða við ákvörðun samkeppnisráðs, án þess að slíkt byggist á upplýsingum frá þeim starfsmönnum sem hlut eigi að máli hverju sinni. Er hér um að ræða sambærileg sjónarmið og fram komu hjá Skeljungu og vísast til þess.

Þá vísar áfrýjandi til þess að á honum hafi verið brotinn réttur sem hann eigi samkvæmt 13. gr. stjórnisýslulaga og b-lið 3. mgr. 6. gr. MSE. Hann hafi annars vegar ekki fengið afhent ákveðin gögn og honum hafi hins vegar ekki verið ekki heimilað að andmæla hluta af málatilbúnaði samkeppnisyfirvalda. Samkeppnisstofnun hafi lagt fyrir samkeppnisráð skrifleg drög að niðurstöðu sem hafi síðan orðið að lokaákvörðun samkeppnisráðs í málinu sem áfrýjandi hafi ekki fengið að sjá eða tjá sig um. Þessi háttsemi hafi verið sérstaklega varhugaverð í ljósi þess að í umræddum drögum hafi líklega verið að finna upplýsingar um ný viðmiðunartímabil, nýjar tölur og nýjar forsendur vegna útreikninga á meintum ávinningi félaganna af hækkun einingaframlegðar. Þá hafi formaður ráðsins tilkynnt, eftir að munnlegri málsreifun lögmanna olíufélaganna fyrir samkeppnisráði lauk, að ráðið myndi sitja áfram og fjalla um niðurstöðu í málinu. Á fundi ráðsins hafi setið áfram þeir þrír einstaklingar sem borið hafi hitann og þungann af rannsókn Samkeppnisstofnunar á ætluðum brotum áfrýjanda. Að mati áfrýjanda sé það fráleitt og til þess fallið að hindra málefnalega niðurstöðu í málinu ef samkeppnisráð hafi setið á fundi með þessum starfsmönnum Samkeppnisstofnunar að málsreifun lokinni í því skyni að taka ákvörðun í málinu. Hafi starfsmenn Samkeppnisstofnunar fengið að flytja mál sitt og tjá sig um málflutning áfrýjanda án þess að hann hefði tækifæri til að koma að andmælum.

Brot á rannsóknarreglu

Áfrýjandi telur að rannsóknarregla 10. gr. stjórnisýslulaga hafi verið brotin við meðferð málsins. Á fjölmörgum stöðum í hinni kærðu ákvörðun sé að finna fullyrðingar, ályktanir eða aðdróttanir sem ekki séu studdar fullnægjandi gögnum. Nefndar séu meintar umræður á milli félaganna á einhverju sviði til að rökstyðja að samráð hafi átt sér stað án þess að kanna hvort einhver fótur sé fyrir því í raun. Ekki sé reynt að upplýsa hvort einhverjar tilraunir hafi verið gerðar til að hrinda meintum hugmyndum í framkvæmd eða hvort þær hafi orðið að veruleika. Á sama hátt séu dregnar víðtækar ályktanir af tímasetningum funda án þess að nokkuð liggi fyrir um

efni þeirra. Ódagsettir tölvupóstar og óundirrituð skjöl séu sett í samhengi við önnur mál eftir hentugleika þrátt fyrir að ekkert liggi fyrir um tilurð eða tímasetningu þeirra.

2.3. Um sönnun brota á 10. gr. samkeppnislaga

Áfrýjandi telur að við sönnun í máli þessu verði að hafa hliðsjón af ákvæðum 70. gr. stjórnarskrár og 6. gr. MSE, sem kveði á um að hver sá sem sé borinn sökum um refsiverða háttsemi sé saklaus uns sekt hans hafi verið sönnuð. Samkeppnisyfirvöld beri sönnunarbyrðina fyrir því að áfrýjandi hafi brotið gegn samkeppnislögum. Þá sé það almenn meginregla varðandi sönnunarbyrði að sá sem haldi fram staðhæfingu þurfi að færa sönnur fyrir henni. Ráðið kasti ítrekað fram ófullnægjandi gögnum sem leiði líkur að því að félögin hafi rætt saman um ýmis mál. Ráðið geri hins vegar oft engar tilraunir til að sýna á nokkurn hátt fram á að gripið hafi verið til samstilltra aðgerða eða að markmið umræðnanna hafi verið að koma í veg fyrir samkeppni.

Áfrýjandi vísar enn fremur til grunnreglna réttarfars um sönnun þar sem meginreglan um frjálst sönnunarmat dómara sé lögfest í 1. mgr. 44. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 og 46.-47. gr. laga um meðferð opinberra mála. Telur áfrýjandi að sama regla gildi innan stjórnáslunnar þegar lög bindi hendur stjórnvalda ekki að öðru leyti. Þar sem stjórnvaldssektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga teljist til refsinga leiði það óhjákvæmilega til þess að gera verði sömu kröfur til sönnunarmats vegna meintra brota á samkeppnislögum og í öðrum refsimálum.

Áfrýjandi telur að ákvörðun samkeppnisráðs sé byggð að töluverðu leyti á líkindasönnun sem gangi út á að staðhæfingu megi sanna með rökréttri ályktun af staðreyndum sem liggi fyrir, staðreyndum sem veiti þó ekki beina sönnun fyrir staðhæfingunni. T.d. sé blásið upp að olíufélögin hafi breytt útsöluverði á sama degi og að lítill munur sé á verðlagningu þeirra og það talið sanna samráð. Áfrýjandi vísar til þess að eldsneyti sé einsleit vara og að olíuverslun sé í eðli sínu fákeppnisgrein. Í samkeppnisrétti sé viðurkennt að fyrirtæki á fákeppnismarkaði kunni að hegða sér líkt og samkomulag hafi tekist um vöru og þjónustu, án þess að sú sé raunin.

Af hálfu áfrýjanda er því haldið fram að samkeppnislög taki ekki til meints samráðs olíufélaganna um sölu til erlendra skipa og flugvéla. Vísar áfrýjandi því til stuðnings

til 3. gr. samkeppnislaga og greinargerðar með þeim. Hafnar áfrýjandi þeim sjónarmiðum samkeppnisráðs að meint samráð olíufélaganna um sölu til erlendra skipa og flugvéla hafi áhrif hér á landi. Það að gildissvið samkeppnislaga hafi verið túlkað rúmt í dómafordæmum úr EB-rétti geti ekki breytt þessari stöðu enda hafi þau fordæmi ekkert gildi í þessu máli.

Um sönnun í máli þessu að öðru leyti byggir áfrýjandi á sambærilegum sjónarmiðum og Skeljungur og vísast til þess er þar kemur fram, m.a. um að ríkar kröfur verði að gera til skýrleika bannákvæða samkeppnislaga.

2.4. Um fyrningu

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að meint brot hans séu fyrnd og því sé ekki unnt að beita hann sektum. Sjónarmið áfrýjanda varðandi fyrningu, m.a. að reglur alm.hgl. gildi um fyrningu meintra brota og um upphaf, tímalengd og fyrningarfrest, eru í meginatriðum þau sömu og komu fram hjá Skeljungu og vísast til þess.

2.5. Um fésektir

Áfrýjandi telur að ef áfrýjunarnefndin komist að þeirri niðurstöðu að beita skuli sektum í málinu beri að lækka þær verulega. Enginn sannanlegur ávinningur sé af meintu broti hans og því geti sektir aldrei numið hærri fjárhæð en 40 milljónum króna. Jafnframt telur áfrýjandi sýnt að ef tekið sé mið af sektarframkvæmd í sambærilegum málum á Norðurlöndum komi í ljós að sektarákvörðun samkeppnisráðs sé fjarstæðukennd.

Áfrýjandi vísar til þess að þau tilvik, sem komi til greina sem hugsanleg brot á samkeppnislögum sem leitt hafa til þess að tekjur hafi komið í hlut áfrýjanda séu ekki mörg og tekjurnar séu fyrst og fremst til komnar af samrekstri bensínstöðva. Tekjur vegna starfsemi sem samstarf hafi verið um milli félaganna hafi þannig á umræddum tíma numið frá 6,5% niður í 3,71% af heildarsölu félagsins.

Áfrýjandi lagði fram með kæru sinni samantekt framkvæmdastjórnar félagsins um úttekt á rekstri þess, staðfest af löggiltum endurskoðendum. Telur áfrýjandi úttektina

sýna að hugmyndir samkeppnisráðs um að félagið hafi haft milljarða hagnað af samráði, fái ekki staðist.

Af hálfu áfrýjanda koma að meginstefnu til sömu grunnsjónarmið og hjá Skeljungu varðandi sektarheimildir, lagaskil varðandi heimild til beitingar til veltutengdra sekta, um mat samkeppnisráðs af ávinningi olúfélaganna af hinum meintu brotum og sönnun á ávinningi. Þá vísar áfrýjandi líkt og Skeljungur til sjónarmiða sem fram komi í greinargerðum sérfræðinganna.

3. Sjónarmið Kers hf.

Af hálfu áfrýjanda er í upphafi vísað til þess að hann byggi málatilbúnað sinn fyrir áfrýjunarnefndinni á kæru sinni til hennar, en ekki síður andmælum sem hann hafi kynnt samkeppnisráði. Þá byggi hann á sérfræðiskýrslum um mat Samkeppnisstofnunar/samkeppnisráðs á ávinningi olúfélaganna af meintu ólöglegu samráði. Óskar áfrýjandi eftir að litið verði á framangreind málsgögn sem órofa heild til stuðnings og grundvallar kröfugerð hans fyrir áfrýjunarnefndinni.

3.1. Um lagalegan grundvöll við meðferð málsins

Réttarheimildir

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að um íslenskt stjórnsýslumál sé að ræða sem fari að öllu leyti eftir reglum íslensks réttar. Varhugavert sé að horfa um of til framkvæmdar EES- og EB-samkeppnisréttar við túlkun íslenskra samkeppnislaga líkt og samkeppnisráð hafi gert. Ákvæði 3. gr. laga nr. 2/1993 eigi ekki að leiða til þess að túlka eigi íslensk samkeppnislög til samræmis við EES-samkeppnisrétt heldur gildi þau einungis í þeim tilvikum sem Ísland hafi skuldbundið sig gagnvart öðrum samningsaðilum til að haga löggjöf sinni til samræmis við EES-samninginn. Bendir áfrýjandi á að flestöll atvik þessa mál hafi gerst fyrir gildistöku laganna nr. 107/2000, en með þeim hafi ákvæði samkeppnislaga verið færð nær efnisákvæðum EB/EES-réttar. Þá verði að skoða framkvæmd EB-samkeppnisréttar með þeim fyrirvara að munur sé á EB-rétti og EES-rétti, jafnvel þótt um efnislega samhljóða ákvæði sé að ræða. Dómstóll EB túlki samkeppnisreglur bandalagsins með hliðsjón af markmiði

EB þegar hann metur hvort brotið hafi verið gegn 81. gr. Rómarsáttmálans. Markmið EB eigi ekki við sem túlkunarsjónarmið í íslenskum rétti og dragi það því mjög úr leiðbeiningargildi EES- og EB-réttar við túlkun íslensku samkeppnislaganna. Skoða verði viðurlagaákvæði EES- og EB-réttar annars vegar og íslensku samkeppnislaganna hins vegar í ljósi ólíks lagaumhverfis. Sá grundvallarmunur sé á þessum tveimur réttarkerfum að í EES- og EB-rétti sé enginn refsiréttur. Til þess að ná fram þeim varnaðaráhrifum sem viðurlögum við brotum gegn EES- og EB-samkeppnislögum er ætlað að hafa sé nauðsynlegt að grípa til harðra stjórnvaldssekta.

Lagaskil

Áfrýjandi vísar til þess að veruleg breyting hafi verið gerð á 10. gr. samkeppnislaga með lögum nr. 107/2000. Litlar leiðbeiningar hafi verið að finna í greinargerð með upphaflega ákvæðinu um það hvernig beri að skýra einstök hugtök eða tiltekna stafliði ákvæðisins. Að mati áfrýjanda geti þessar breytingar skipt máli við mat á einstökum tilvikum sem tiltekin eru í ákvörðun samkeppnisráðs. Mörg þeirra sjónarmiða sem samkeppnisráð hafi byggt á við mat á sönnun eigi sér enga stoð í texta 10. gr., eins og hún hafi verið orðuð fyrir setningu laga nr. 107/2000, eða lögskýringargögnum. Núgildandi ákvæði 10. gr. samkeppnislaga taki einungis til lítils hluta þess tímabils sem ákvörðun samkeppnisráðs fjalli um.

Sektir skv. 52. gr. samkeppnislaga teljast til refsinga

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að sektir sem samkeppnisráð beiti teljist til refsinga. Af því leiði að reglur refsiréttarins eigi við um túlkun á bannákvæðum samkeppnislaga. Er hér um að ræða sömu sjónarmið og Skeljungur heldur fram og vísast til þess.

3.2. Um málsmeðferð

Upplýsingar gefnar á röngum forsendum

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að fulltrúar Samkeppnisstofnunar hafi við meðferð málsins lýst því yfir að stofnunin myndi ekki hlutast til um lögreglurannsókn í málinu. Sú yfirlýsing hafi hins vegar ekki staðist þar sem fyrir liggir að Samkeppnisstofnun átti fund með ríkislögreglustjóra í því skyni að vekja athygli hans á rannsókn sinni á meintu ólögumætu samráði olúfélaganna. Réttarstaða starfsmanna

við að upplýsa málavexti sé því önnur en til hafi verið stofnað í upphafi og af því leiði að skýrslur sem starfsmenn hans hafi gefið á fundum hjá Samkeppnisstofnun, ótilneyddir en undir framangreindum forsendum, verði að skoða í þessu ljósi.

Áfrýjandi telur að sú staða sem komin sé upp í málinu eftir að lögreglurannsókn hafi hafist sé í andstöðu við grundvallarregluna um réttláta málsmeðferð. Starfsmenn hans hafi gefið skýrslur hjá Samkeppnisstofnun á þeim forsendum að stofnunin myndi ekki hafa forgöngu um lögreglurannsókn á málinu. Samkvæmt 57. gr. samkeppnislaga sé refsivert að gefa stofnuninni rangar upplýsingar. Hjá lögreglu hafi sömu aðilar hins vegar réttarstöðu sakbornings og þar með réttinn til þess að neita að svara spurningum. Þetta tvennt geti ekki farið saman. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi til dóms MDE í máli *Saunders gegn Bretlandi* frá 17. desember 1996.

Áfrýjandi bendir enn fremur á að í 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka við MSE, sbr. lög nr. 62/1994, sé lagt bann við tvöfaldri saksókn. Telur áfrýjandi það ekki standast ákvæði viðaukans að á sama tíma standi yfir lögreglurannsókn á ætluðum samkeppnislagabrotum félagsins og fyrirsvarsmanna þess og stjórnvaldsrannsókn á hendur félaginu vegna sömu atvika. Er hér í meginatriðum um að ræða sömu sjónarmið og Skeljungur heldur fram og fjallað er um hér að framan.

Brot á andmælarétti

Áfrýjandi telur að 13. gr. stjórnsýslulaga hafi verið brotin við meðferð málsins. Hefur hann hér uppi sömu sjónarmið og Skeljungur þess efnis að þegar lögmennt olúfélaganna hafi reifað mál sitt munnlega fyrir samkeppnisráði hafi komið í ljós að það eintak frumathugunar Samkeppnisstofnunar sem samkeppnisráð hafði undir höndum virtist ekki það sama og stofnunin hafði afhent olúfélögunum. Enn fremur að samkeppnisráð hafi lengt eldra tímabilið sem Samkeppnisstofnun hafði miðað við aftur til ársins 1993, en yngra tímabilið aftur til ársins 1996.

Brot á rannsóknarreglu

Áfrýjandi telur rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga hafa verið brotna af Samkeppnisstofnun og samkeppnisráði. Fyrir liggir að í ákvörðun samkeppnisráðs séu í mörgum tilvikum dregnar víðtækar ályktanir um brot áfrýjanda af gögnum sem ekki gefi nokkurt tilefni til þess. Í sumum þessara tilvika liggja fyrir önnur gögn og/eða

framburðir þeirra einstaklinga sem í hlut hafi átt sem bendi til gagnstæðrar niðurstöðu. Um einstök dæmi vísar áfrýjandi til umfjöllunar í andmælum hans við frumathugun Samkeppnisstofnunar, þar sem gerður hafi verið margvíslegur ágreiningur um sönnun brota. Þar sem umrædd andmæli áfrýjanda voru að mestu leyti tekin upp í ákvörðun samkeppnisráðs verða þau ekki endurtekin hér.

Þá telur áfrýjandi að rannsókn Samkeppnisstofnunar og ákvörðun samkeppnisráðs beri þess merki að einstök tilvik hafi verið skoðuð með það að markmiði að komast að niðurstöðu um að brotið hafi verið gegn samkeppnislögum. Þessi háttur á rannsókninni sé ekki í nokkru samræmi við þær hlutlægnisskyldur sem hvíla á stjórnvöldum við rannsókn mála. Áfrýjandi telur að benda megi á mörg tilvik þar sem ástæða hafi verið til ítarlegri rannsóknar á því hvort eðlilegar skýringar gæti verið á gögnum sem stofnunin noti til sakfellingar.

Áfrýjandi bendir á að í ákvörðun samkeppnisráðs sé mikið lagt upp úr því að verðlistaverð á bifreiðaeldsneyti hafi verið nánast það sama hjá olúfélögunum á rannsóknartímabilinu. Augljóst sé að stöðugt væri fylgst með verðbreytingum hinna félaganna og iðulega brugðist við breytingum þeirra samdægurs. Þótt viðurkennt sé að olúfélögin hafi að einhverju marki rætt saman um verðbreytingar á fyrri hluta rannsóknartímabilsins þá hafi því alfarið verið hafnað að slíkt hið sama eigi við um síðari hluta tímabilsins. Fullyrðir áfrýjandi að við rannsókn málsins virðist engin tilraun hafa verið gerð til að upplýsa nánar um markaðsaðstæður og ástæður þess að upplýsingar hafi getað borist hratt á milli félaganna án nokkurs ólögsmæts samráðs.

Áfrýjandi telur að ein alvarlegasta brotalömin í rannsókn samkeppnisyfirvalda sé þó rannsókn á meintum ávinningi hans af meintum brotum. Virðist vali á aðferð við útreikning ávinnings vera ábótavant og það ekki til þess fallið að leiða í ljós hvort ávinningur hafi í raun verið af brotunum.

Áhrif brota á málsmeðferðarreglum

Áfrýjandi telur að rannsókn Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs hafi verið haldin slíkum ágöllum að þeir hljóti að teljast verulegir. Viðurkennt sé að veruleg vanræksla á rannsókn máls geti leitt til þess að ákvörðun teljist ógildanleg. Þetta á ekki hvað síst við um íþyngjandi ákvarðanir. Það er mat áfrýjanda að hver og einn

framangreindra annmarka á meðferð málsins eigi að nægja til þess að áfrýjunarnefnd felli ákvörðun samkeppnisráðs úr gildi. Jafnvel þótt áfrýjunarnefndin fallist ekki á þau sjónarmið ætti hún hins vegar að geta fallist á það mat áfrýjanda með því að líta til þessara annmarka heildstætt. Verði þrátt fyrir framangreint talið að ekki beri að fella ákvörðun samkeppnisráðs úr gildi telur áfrýjandi engu að síður að það beri að líta til ofangreindra annmarka á rannsókn málsins, telji áfrýjunarnefndin efni til að beita heimild til viðurlaga, til refsilækkunar.

3.3. Um sönnun brota á 10. gr. samkeppnislaga

Áfrýjandi telur að við meðferð málsins beri að horfa til 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar. Af reglunni leiði að ríkar kröfur beri að gera til þeirra sönnunargagna sem notuð séu til að sanna brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Sönnunarbyrði um að áfrýjandi hafi brotið gegn samkeppnislögum hvíli að öllu leyti á samkeppnisyfirvöldum og allan vafa beri að skýra honum í hag. Er hér um sömu sjónarmið að ræða og fram komu í umfjöllun um málsástæður Skeljungs og vísast til þess.

Áfrýjandi vísar máli sínu til stuðnings til fjölmargra tilvika sem hann hafi mótmælt í andmælum sínum við frumskýrslu Samkeppnisstofnunar og sýni glögggt að lágmarkskröfur um sönnun séu ekki uppfylltar í málinu.

Þá vísar áfrýjandi til þess að dómstóll EB hafi staðfest að meginregla 2. mgr. 6. gr. MSE um sakleysi uns sekt er sönnuð gildi fullum fetum í samkeppnismálum. Af umfjöllun í fræðiritum á sviði samkeppnisréttar verði auk þess ekki annað ráðið en að strangar sönnunarkröfur séu gerðar í málum af þessu tagi og að dómstóll EB hafi reynst gagnrýnn á gildi þeirra sönnunargagna sem framkvæmdastjórn EB hafi byggt ákvarðanir sínar á. Þessi sjónarmið eigi ekki hvað síst við á fákeppnismörkuðum.

3.4. Um fyrningu

Áfrýjandi telur meint brot sín vera fyrnd að öllu leyti og því sé ekki unnt að beita viðurlögum vegna þeirra. Sjónarmið áfrýjanda varðandi fyrningu, m.a. um að reglur alm.hgl. gildi um fyrningu meintra brota og um upphaf, tímalengd og rof

fyrningarfrests, eru í meginatriðum þau sömu og komu fram hjá Skeljungu og vísast til þess.

3.5. Um sektir

Áfrýjandi telur að ákvarðaðar sektir séu úr öllu hófi og í engum tengslum við það sem eðlilegt geti talist. Verði ekki fallist á kröfur áfrýjanda um ógildingu ákvörðunar eða niðurfellingu sekta telur hann að það beri að lækka grunnfjárhæð sekta verulega. Af hálfu áfrýjanda koma að meginstefnu fram sömu grunnsjónarmið og hjá Skeljungu um sektarheimildar, lagaskil varðandi heimild til beitingar veltutengdra sekta, mat samkeppnisráðs af ávinningi olíufélaganna af hinum meintu brotum og sönnun á ávinningi. Þá byggir hann líkt og Skeljungur á þeim sjónarmiðum sem fram koma í álitu sérfræðinganna um mat Samkeppnisstofnunar á ávinningi olíufélaganna af meintu ólögumætu samráði tímabilið 1998 til 2001. Vísast til þeirrar umfjöllunar.

Af hálfu áfrýjanda er gerð athugasemd við þá niðurstöðu samkeppnisráðs að veita honum ekki fullan afslátt af grunnfjárhæð sekta en hann telur sig hafa uppfyllt öll skilyrði þess. Erfitt hefði verið fyrir Samkeppnisstofnun að sanna meint brot án fulltingis hans. Samkeppnisráð viðurkenni í ákvörðun sinni að aðstoð áfrýjanda hafi fullnægt skilyrðum fyrir lækkun sekta auk þess sem fram hafi komið að hann hafi gert sitt ítrasta til að tryggja upplýsingagjöf starfsmanna sinna. Áfrýjandi telur að val samkeppnisráðs á prósentustigi afsláttar sé ekki frjálst, þótt um matskennda ákvörðun kunnri að vera að ræða. Þegar fyrir liggir að áfrýjandi hafi gert allt sem í hans valdi hafi staðið til að upplýsa málið og hafi auk þess uppfyllt öll lagaskilyrði lækkunar verði ráðið að rökstyðja hvers vegna ekki hafi verið beitt hámarksafslætti. Það minnki afsláttinn um 5% vegna þess að um sé að ræða „*viss tilvik þar sem starfsmenn OHF hafa ekki gefið fullnægjandi skýringar á gögnum.*“ Áfrýjandi telur þetta sjónarmið við ákvörðun afsláttar ekki vera málefnalegt. Ekki verði séð að lög eða lögskýringargögn heimili að einstaka ófullnægjandi skýringar einstaka starfsmanns á einstaka gögnum geti valdið því að afsláttur sektar minnki. Áherslan sé fyrst og fremst á samvinnu fyrirtækisins, hvenær fyrirtækið hafi lagt fram sönnunargögn og þýðingu gagnanna. Áfrýjandi telur einnig vafasamt að leggja til grundvallar ákvörðunar um lækkun afsláttar ófullnægjandi skýringar starfsmanna á einstaka gögnum og vísar um það til reglna um þagnarrétt einstaklinga og rétt þeirra til að fella ekki sök á sjálfa sig.

4. Sjónarmið Bensínorkunnar ehf.

4.1. Um málavexti

Áfrýjandi vísar til þess að þegar húsleit, samkvæmt úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur, hafi hafist í húsnæði Skeljungs hinn 18. desember 2001, hafi einnig verið leitað hjá áfrýjanda sem sé með starfsstöð í sama húsi. Leitinni hafi hins vegar fljótlega verið hætt, þar sem ekki hafi komið fram í úrskurðarorði að húsleitin næði til starfsstöðvar áfrýjanda. Áfrýjandi hafi því ekki verið rannsóknarandlag á upphafsstigum rannsóknarinnar. Það hafi ekki verið fyrir en með bréfi Samkeppnisstofnunar dags. 22. maí 2003 til áfrýjanda að honum hafi verið tilkynnt að gögn málsins virtust gefa til kynna að hann hefði einnig verið þátttakandi í meintu ólögmaetu samráði um verðlagningu bifreiðaeidsneytis hér á landi. Í bréfinu hafi komið fram að þar sem Skeljungur hefði frá árinu 2000 átt 2/3 hluta í áfrýjanda, teldust áfrýjandi og Skeljungur til fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Út frá því ályktaði Samkeppnisstofnun að Skeljungur bæri ábyrgð að lögum á meintum brotum áfrýjanda. Framvegis yrði svo litið á að Skeljungur færi með fyrirvar fyrir hans hönd í málinu. Áfrýjandi bendir á að lögmaður Skeljungs hafi svarað bréfinu með bréfi dags. hinn 13. júní 2003, þar sem fram hafi komið að ekki yrði séð að ályktun Samkeppnisstofnunar um hugsanlega ábyrgð Skeljungs væri bundin við það tímamark, þegar Skeljungur hafi eignast meirihluta hlutafjár í áfrýjanda. Skeljungur hafi því mótmælt túlkun stofnunarinnar, þar sem Skeljungur hefði ekki eignast meirihluta hlutafjár í áfrýjanda fyrir en um áramótin 1999/2000, þegar eignarhlutur Skeljungs jókst úr 1/3 í 2/3. Í niðurlagi bréfs lögmannsins hafi verið tekið fram að Skeljungu væri óljóst hver ábyrgð félagsins gæti verið á meintum brotum áfrýjanda. Áskilinn hafi verið réttur til að koma að frekari mótmælum og skýringum á síðari stigum ef niðurstaða frumathugunar stofnunarinnar gæfi tilefni til þess. Við þessu bréfi hafi ekki borist svar, sem þó hefði verið full ástæða til, enda kæmi skýrt fram í bréfinu að skilningi Samkeppnisstofnunar væri mótmælt. Það sé því beinlínis rangt sem haldið sé fram í ákvörðun samkeppnisráðs á bls. 841 að hvorki áfrýjandi né Skeljungur hafi gert athugasemd við nálgun Samkeppnisstofnunar.

Áfrýjandi kveður að honum hafi ekki verið tilkynnt um framvindu málsins, eða hafi honum gefist kostur á að tjá sig um þau sakarefni sem hafi snúið að honum. Telur

áfrýjandi að ekki hafi verið nægjanlegt að senda lögmanni Skeljungs frumathuganir málsins f.h. áfrýjanda, enda sé áfrýjandi sjálfstæður lögaðili, sem ekki hafi nema að 1/3 hluta verið í eigu Skeljungs mestan hluta þess tíma sem hin meintu ólögsmætu brot áfrýjanda áttu að hafa verið framin á. Með þessu hafi Samkeppnisstofnun brotið gegn andmælarétti áfrýjanda og þeirri rannsóknarreglu sem hvílir á samkeppnisyfirvöldum.

4.2. Um galla á málsmeðferð samkeppnisyfirvalda

Áfrýjandi telur að fella eigi úr gildi 2., 3. og 4. gr. hinnar kærðu ákvörðunar hvað hann varðar á þeim grundvelli að hann hafi aldrei átt þess kost að tjá sig formlega um þau gögn sem Samkeppnisstofnun hafi aflað og dregin hafi verið saman í frumathugun stofnunarinnar. Allt þetta feli í sér brot á andmælarétti, sbr. 13. gr. stjórnsýslulaga. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi til þess að sektir sem samkeppnisráði sé heimilt að leggja á fyrirtæki skv. 52. gr. samkeppnislaga teljist til „ákæru um refsiverða háttsemi“ í skilningi 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár, sbr. og 1. mgr. 6. gr. MSE og því beri að veita áfrýjanda ríka réttarvernd. Er hér um að ræða sambærileg sjónarmið og komið hafa fram hjá öðrum áfrýjendum og vísast til þess.

4.3. Um skort á sönnunum

Áfrýjandi telur að í málinu hafi ekkert verið sannað þess efnis að hann hafi tekið þátt í samráði við önnur félög á olíumarkaðnum hér á landi, eða að tjón hafi hlotist af því. Með því að beita þyngstu sekt sem samkeppnislögin heimili, hafi verið brotið gegn reglum stjórnsýsluréttarins um meðalhóf. Á þeim grundvelli beri að lækka sektirnar eða fella þær alveg niður.

Áfrýjandi vísar til þess að í hinni kærðu ákvörðun séu talin upp sönnuð brot hans að mati samkeppnisráðs. Fjallar áfrýjandi í kærunni um hvert tilfelli fyrir sig og telur að þessi atriði sanni ekkert þess efnis að hann hafi gerst sekur um ólögsmætt samráð á markaðnum með bifreiðaeldsneyti.

4.4. Um málsástæður varakröfu

Áfrýjandi telur að meint brot séu fyrnd að öllu leyti, komist áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að málsmeðferð samkeppnisyfirvalda leiði ekki til ógildingar á hinni kærðu ákvörðun. Samkvæmt 6. mgr. 82. gr. alm.hgl. leiði fyrning til sýknu. Ljóst sé af hinni kærðu ákvörðun að brot áfrýjanda teljist til refsiverðrar háttsemi, sbr. 52. gr. samkeppnislaga, eða að jafna megi þeim við refsiverða háttsemi, sbr. og niðurstöðu í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 37/2003.

Áfrýjandi bendir á að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar sé reist á því að um samfellda brotastarfsemi hafi verið að ræða. Eins og mál áfrýjanda sé vaxið sé ljóst að þrátt fyrir að áfrýjunarnefndin kæmist að þeirri niðurstöðu að brotin teldust sönnuð, hafi svo langt liðið á milli þeirra að ekki geti verið um samfellda brotastarfsemi að ræða, heldur beri að virða hvert tilvik sem sjálfstætt brot. Vísar áfrýjandi til sjónarmiða sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun þess efnis að samkeppnisráð líti ekki svo á að hann hafi verið þátttakandi í hinu samfellda samráði hinna olúfélaganna. Þó svo væri talið að um eina samfellda brotastarfsemi væri að ræða, sé ekki hægt að miða við síðara tímamark en 18. desember 2001 varðandi upphaf fyrningar, en þann dag hafi verið gerð húsleit hjá olúfélögunum hér á landi. Fyrning hafi ekki verið rofin fyrr en með ákvörðun samkeppnisráðs hinn 28. október 2004. Á því tímabili hafi hin meintu brot verið fyrnd, þar sem tæp þrjú ár hafi verið liðin frá upphafi fyrningarfrests en áfrýjandi byggir á því að tveggja ára fyrningarfrestur gildi um brot hans. Sjónarmið áfrýjanda varðandi fyrningu eru að öðru leyti þau sömu og hafa komið fram hjá öðrum áfrýjendum og vísast til þess.

4.5. Um málsástæður þrautavarakröfu

Áfrýjandi byggir kröfu um lækkun á því að þó svo talið yrði sannað að hann hefði gerst brotlegur í þeim tilvikum, sem rakin séu í hinni kærðu ákvörðun, verði að telja að sektarfjárhæðin sé án tengingar við veruleikann. Vísar áfrýjandi til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 14/2001 þar sem hæstu sektir hafi numið 25 milljónum króna, þrátt fyrir að mun umfangsmeira samráð hafi verið leitt í ljós í því máli en áfrýjanda sé gert að sök. Þá gerir áfrýjandi þær kröfur að komist

áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að hluti brotanna sé ósannaður, en ekki öll, þá leiði það einnig til lækkunar á sektarfjárhæðinni.

4.6. Um kröfu á frestun réttaráhrifa

Áfrýjandi gerir þá kröfu að áfrýjunarnefnd samkeppnismála fresti réttaráhrifum úrskurðar síns þar til endanlegur dómur liggir fyrir staðfesti nefndin að einhverju leyti eða öllu hina þungu stjórnvaldssekt á hendur áfrýjanda.

5. Sjónarmið samkeppnisráðs

Af hálfu samkeppnisráðs er í upphafi bent á að málatilbúnaður áfrýjenda sé í öllum aðalatriðum samhljóða málatilbúnaði þeirra á fyrri stigum málsins. Samkeppnisráð hafi í hinni kærðu ákvörðun farið yfir andmæli olúfélaganna, bæði um form og efni málsins. Af þeim sökum vísi ráðið í einu og öllu til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar og ber að líta á allar röksemdir og sjónarmið sem þar eru rakin sem hluta af málatilbúnaði ráðsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

5.1. Um atriði sem tengjast formi og málsmeðferð samkeppnisyfirvalda

Meint loforð starfsmanna Samkeppnisstofnunar

Af hálfu samkeppnisráðs er fullyrðingum Olís og OHF þess efnis að þeim hafi verið gefin loforð um að mál þeirra yrði ekki að frumkvæði samkeppnisyfirvalda sent til lögreglu, mótmælt sem röngum. Þeim sé hvað sem öðru líði mótmælt sem ósönnuðum.

Meint brot á þagnarrétti skv. 6. gr. MSE

Hvað varðar fullyrðingar Olís um að skýrslutökur Samkeppnisstofnunar hafi brotið gegn 6. gr. MSE og að ólöglegt sé að byggja á þeim í málinu þá er af hálfu samkeppnisráðs á það bent að lýsing Olís á aðdraganda upplýsingagjafar fyrirtækisins sé í fullkomnu ósamræmi við gögn málsins. Olís hafi þann 5. mars 2002 sent bréf til Samkeppnisstofnunar og óskað eftir samstarfi um að upplýsa málið. Þá hafi félagið á fundi 14. mars 2002 óskað eftir samvinnu við stofnunina um að upplýsa málið gegn

lækkun á sekt ef skilyrði yrðu uppfyllt. Samkeppnisráð vísar til þess að í fundargerðum Samkeppnisstofnunar með Olís, sem undirritaðar séu af fulltrúum félagsins, komi fram að fundurinn hafi verið „haldinn í framhaldi af erindi Olíuverzlunar Íslands hf. dags. 5. mars 2002, þar sem félagið lýsir vilja sínum til samstarfs um að upplýsa þau mál sem Samkeppnisstofnun telur þörf á“. Samkeppnisráð mótmælir túlkun Olís á 39. gr. samkeppnislaga og vísar í því sambandi til umfjöllunar ráðsins í hinni kærðu ákvörðun.

Samkeppnisráð telur ekki ljóst hvort 6. gr. MSE taki til málsmeðferðar fyrir Samkeppnisstofnun og samkeppnisráði. Þá sé einnig óvíst hvort fyrirtæki njóti þagnarréttar samkvæmt ákvæðinu. Enn fremur vísar samkeppnisráð til þess að hér skipti og máli að sú vernd sem dómstólar EB telji að fyrirtæki njóti í samkeppnismálum sé annars eðlis en þagnarréttur skv. 6. gr.MSE.

Samkeppnisráð telur tilvísun Olís til ákvæða alm.hgl. og laga um meðferð opinberra mála enga þýðingu hafa þar sem þessi lög gildi ekki um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda. Ráðið ítrekar að Samkeppnisstofnun hafi ekki gefið Olís loforð varðandi aðkomu lögreglu. Jafnvel þótt slík loforð hefðu verið veitt fái samkeppnisráð ekki séð hvaða þýðingu það hefði í þessu máli. Olís hafi samþykkt að veita upplýsingar sem félaginu hafi verið ljóst að yrðu notaðar í þessu stjórnsýslumáli. Það sem væri þá athugasvert væri hugsanleg notkun lögreglu á þessum upplýsingum en ekki notkun á þeim í stjórnsýslumálinu. Það væri því lögreglu og ákærvalds að taka afstöðu til þess hvort slíkar upplýsingar hefðu eitthvert gildi í opinberri rannsókn.

Samkeppnisráð mótmælir fullyrðingum Skeljungs þess efnis að Samkeppnisstofnun hafi sent lögreglu kæru í þessu máli. Ekki fáist séð hver sé lagaleg þýðing þess að stofnunin hafi ekki rætt við Skeljung um mögulega aðkomu lögreglu að málinu. Þá skipti hér máli að Skeljungi, sem stóru fyrirtæki sem notið hafi aðstoðar lögmanna í málinu, hefði mátt vera það ljóst að samkeppnisyfirvöld hafi ekkert hlutverk eða neinar lagaheimildir varðandi rannsókn lögreglu á brotum á samkeppnislögum. Samkeppnisráð vísar enn fremur til þess að það sé rangt hjá Skeljungi að félagið hafi verið þvingað eða því gert skylt að veita upplýsingar á fundum hjá Samkeppnisstofnun. Bendir ráðið í því sambandi á bréf Samkeppnisstofnunar til

Skeljungs frá 23. október 2002 og bréfs Skeljungs til stofnunarinnar frá 5. nóvember sama ár.

Samkeppnisráð vísar til þess að OHF sjálf tiki það skýrt fram í kæru sinni að það hafi veitt Samkeppnisstofnun upplýsingar á fundum „ótilneytt“ og því telur ráðið að ekki getið verið um að ræða brot á 6. gr. MSE. Þvingunarúrræðum samkeppnislaga hafi ekki verið beitt til þess að afla upplýsinga frá OHF, hvorki fyrir né eftir að lögreglurannsókn hófst.

Samkeppnisráð vísar enn fremur til þess að hafa beri í huga að það hafi verið OHF sem hafi óskað eftir því við stjórnendur félagsins að þeir veittu Samkeppnisstofnun upplýsingar í því skyni að lækka mögulegar sektir félagsins og hafi stofnunin hvergi komið þar nærri. Félagið hljóti að hafa gert þessum starfsmönnum grein fyrir því að lögregla gæti hvenær sem er hafið rannsókn og að Samkeppnisstofnun hefði enga heimild að lögum til þess að koma í veg fyrir slíkt. Þá beri og að hafa í huga að lögmenn OHF hafi setið alla umrædda fundi með Samkeppnisstofnun. Þá vekur samkeppnisráð athygli á að OHF krefjist þess ekki að fundargerðir Samkeppnisstofnunar vegna fundar með starfsmönnum OHF verði felldar á brott úr málinu heldur krefjist aukinnar lækkunar á sektum vegna aðstoðar við að upplýsa málið.

Meint brot á banni við tvöfaldri saksókn

Varðandi sjónarmið áfrýjenda að þessu leyti vísar samkeppnisráð til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun.

Meint brot á andmælarétti

Af hálfu samkeppnisráðs er um þetta atriði vísað til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun. Ráðið telur þó rétt að draga nokkur aðalatriði fram.

Samkeppnisráð telur að tilvísun til 6. gr. MSE hafi hér enga þýðingu. Olúfélögin hafi ekki verið neydd til að tjá sig um frumathugun I og II og starfsmenn félaganna hafi ekki verið ekki neyddir til að gefa skýrslur hjá Samkeppnisstofnun, hvorki fyrir né eftir að lögregla hóf rannsókn.

Þá vísar samkeppnisráð til þess að kjarni andmælaréttar sé að stjórnvald gefi aðila máls kost á því að tjá sig um efni málsins en í honum felist ekki skylda um að aðili tjái sig eða að það sé skilyrði fyrir töku stjórnvaldsákvörðunar að það sé gert.

Af hálfu samkeppnisráðs er ekki fallist á skýringar Skeljungs og Olís á því að fyrirtækin geti ekki tjáð sig. Bendir ráðið á að ef fallist væri á þessar skýringar væri í raun útilokað að setja í lög ákvæði sem bönnuðu bæði fyrirtækjum og starfsmönnum sömu hegðun. Þá bendir ráðið á að ósamkvæmni gæti í málflutningi Skeljungs. Félagið telji sig ekki geta tjáð sig um efni þessa máls en hafi engu að síður tjáð sig um fjölmörg efnisatriði málsins fyrir samkeppnisráði og um enn fleiri tilvik fyrir áfrýjunarnefndinni.

Hvað varðar umfjöllun um það sem fram fór á fundi samkeppnisráðs með lögmönnum áfrýjenda, þ.e. að ráðið hafi haft undir höndum drög að ákvörðun í málinu, þá vísar samkeppnisráð til þess að samkvæmt 8. gr. samkeppnislaga undirbúi Samkeppnisstofnun mál sem lögð séu fyrir samkeppnisráð og annist dagleg störf ráðsins. Að lokinni gagnaöflun leggi Samkeppnisstofnun mál fyrir samkeppnisráð til ákvörðunar, sbr. 1. mgr. 17. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda nr. 922/2001. Þessari lögmæltu málsmeðferð hafi verið fylgt í þessu máli. Jafnframt bendir samkeppnisráð á að vinnuskjöl stjórnvalda séu ekki andlag andmælaréttar, sbr. 16. gr. stjórnslulaga.

Varðandi athugasemdir Olís við viðveru starfsmanna Samkeppnisstofnunar á fundum samkeppnisráðs bendir ráðið á að stofnunin sé ekki aðili að málum fyrir samkeppnisráði. Samkeppnisráð og Samkeppnisstofnun séu í raun aðilar sem beri að vinna sameiginlega að rannsókn og ákvörðunum í samkeppnismálum en ekki aðskilin stjórnvöld eins og fram hafi komið í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 14/2001.

Hvað varðar sjónarmið um að gefa hefði átt áfrýjendum kost á að tjá sig um breytt viðmiðunartímabil bendir samkeppnisráð á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í máli nr. 17-18/2003 Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði komist að þeirri niðurstöðu að andmælarétturinn nái almennt ekki til röksemda sem hugsanlegt er að stjórnvöld noti við töku ákvörðunar eða til þess að aðili skuli

fyrirfram fá vísbendingar um hvernig stjórnvöld muni túlka lög eða eldri ákvarðanir í niðurstöðum sínum. Í ljósi þessara sjónarmiða hafi áfrýjunarnefndin hafnað þeirri málsástæðu Icelandair ehf. að andmælaréttur hefði verið brotinn þar sem félagið hefði ekki fengið vitneskju fyrirfram um hvaða kostnaðarviðmið samkeppnisráð myndi nota við mat á því hvort félagið hefði brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Samkeppnisstofnun hafi gefið olíufélögunum til kynna með ítarlegum rökstuðningi hvernig ólögmætur ávinningur yrði metinn. Samkeppnisráð mótmælir því að það hafi verið íþyngjandi fyrir áfrýjendur að gerð hafi verið breyting á viðmiðunartímabilinu. Þá hafi áfrýjendur hvað sem öðru líði nú getað tjáð sig um þetta atriði fyrir áfrýjunarnefndinni.

Meint brot á rannsóknarreglu

Samkeppnisráð mótmælir fullyrðingum áfrýjenda þess efnis að rannsóknarregla 10. gr. stjórnsýslulaga hafi verið brotin við meðferð málsins og vísar um það atriði til hinnar kærðu ákvörðunar í heild sinni.

5.2. Um atriði sem tengjast túlkun á samkeppnislögum

Sektir skv. 52. gr. samkeppnislaga eru ekki refsing í skilningi íslensks refsiréttar

Af hálfu samkeppnisráðs er því mótmælt að sektir skv. 52. gr. samkeppnislaga teljist til refsinga í skilningi íslensks refsiréttar. Vísar samkeppnisráð til röksemda sem fram koma í hinn kærðu ákvörðun. Tilvísanir áfrýjenda til ákvæða 19. gr. a. og 4. mgr. 82. gr. alm.hgl. breyti engu. Samkeppnisráð áréttar að refsíákvæði samkeppnislaga sé að finna í 57. gr. laganna.

Samkeppnisráð vísar til þess að ákvæði 52. gr. samkeppnislaga feli í sér stjórnsýsluviðurlög og þau teljist ekki til refsingar samkvæmt íslenskum rétti. Hér skipti miklu að þessi viðurlög séu nefnd stjórnvaldssekt en ekki refsing og framkvæmd þeirra sé falin stjórnvaldi sem ákvæði stjórnsýslulaga taki til. Skilgreining löggjafans á viðkomandi viðurlögum hafi ráðandi þýðingu um hvort þau teljist til refsingar eða ekki. Þá skipti máli að 52. gr. samkeppnislaga hafi verið nýmæli í íslenskum rétti og sótt fyrirmynd sína til sams konar ákvæða í EES/EB-samkeppnisrétti. Skýrt sé tekið fram í þeim rétti að ekki sé um að ræða refsingu.

Samkeppnisráð telur að tilvísun áfrýjenda til 6. gr. MSE og framkvæmdar MDE í þessu sambandi breyti ekki þeirri niðurstöðu ráðsins varðandi þetta atriði. Jafnvel þótt fallist væri á að sektirnar teldust falla undir 6. gr. MSE leiddi það ekki sjálfkrafa til þess að þetta úrræði teldist vera refsing í skilningi íslensks refsiréttar og ákvæði alm.hgl. og laga um meðferð opinberra mála ætti við um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda.

Samkeppnisráð telur að rök geti staðið til þess að sektir skv. 52. gr. samkeppnislaga falli undir 6 gr. MSE. Hins vegar telur ráðið óvissu ríkja um hvort eða að hvaða leyti ákvæðið gildi þegar stjórnvöld á fyrsta stjórnslustigi leggi á sektir á fyrirtæki í samkeppnismálum. Hér skipti t.d. máli að ekki fái séð að samkeppnisráð geti talist vera dómstóll í skilningi 6. gr. MSE. Vísar samkeppnisráð til þess að jafnvel þótt málsmeðferðin fyrir Samkeppnisstofnun uppfylli ekki kröfur ákvæðisins feli það ekki í sér brot á sáttmálanum þar sem unnt sé að bera ákvarðanir samkeppnisráðs undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála, sem og dómstóla sem hafi fullt endurskoðunarvald og uppfylli kröfur 6. gr. MSE.

Enn fremur vísar samkeppnisráð til þess að jafnvel þótt fallist væri á að 6. gr. MSE tæki að öllu leyti til málsmeðferðar fyrir Samkeppnisstofnun og samkeppnisráði hefði það einungis þau áhrif að þau réttindi sem greinin tiltaki myndu gilda fyrir samkeppnisyfirvöldum. Sú niðurstaða myndi ekki þýða að ákvæði íslensks refsiréttar giltu fyrir samkeppnisyfirvöldum. Telur samkeppnisráð engan vafa leika á því að meðferð þessa máls fyrir samkeppnisyfirvöldum uppfylli kröfur MSE.

Bannákvæði samkeppnislaga eru nægjanlega skýr

Af hálfu samkeppnisráðs er sjónarmiðum áfrýjenda þess efnis að ákvæði 10. gr. samkeppnislaga séu ekki nægjanlega skýr mótmælt og vísar ráðið til röksemda í hinni kærðu ákvörðun.

Fordæmisgildi EES/EB-samkeppnisréttar

Að mati samkeppnisráðs ber að túlka samkeppnislög með hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti. Samkeppnisráð vísar hér til þeirra sjónarmiða sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Samkeppnisráð vísar sérstaklega til viðhorfs Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) sem birtist í tilkynningu hennar frá 2000 um samstarf milli innlendra

samkeppnisyfirvalda og ESA. Samkeppnisráð vísar einnig til þess að almennur skilningur sé á því í íslenskri lagaframkvæmd að rétt sé við túlkun samkeppnislaga að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti. Telur ráðið áfrýjendur ekki átta sig á lagalegum afleiðingum EES-samningsins og að Ísland, eins og fleiri aðildarríki EES, hafi sett sér samkeppnislög sem byggð séu á EES/EB-samkeppnisrétti. Það sé sameiginlegur vilji aðildarríkja EES að starfrækja eitt efnahagssvæði þar sem m.a. sömu samkeppnisreglur gildi. Af þessu leiði óhjákvæmilega að við túlkun samkeppnislaga í einstökum aðildarríkjum EES sé höfð hliðsjón af EES/EB-rétti.

Af hálfu samkeppnisráðs er áréttað að mál þetta fjalli um ólögmaett verðsamráð, markaðsskiptingu og samráð við gerð tilboða. Þau atriði hafi enn fremur verið bönnuð í eldra ákvæði 10. gr. samkeppnislaga sem að því leyti sótti fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar. Af því leiði óhjákvæmilega að eðlilegt sé að hafa hliðsjón af réttarframkvæmd í EES/EB-rétti sem tengist slíku ólögmaetu samráði.

Um tilgang eða áhrif samráðs

Hvað varðar sjónarmið Skeljungs þess efnis að af orðalagi 10. gr. samkeppnislaga verði ekki annað ráðið en að í tilvikum þar sem ekki sé sýnt fram á afleiðingar tiltekinnar háttsemi þurfi að sýna fram á hvert markmið hennar sé þá er af hálfu samkeppnisráðs vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 37/2003. Þar hafi komið fram að sú háttsemi sem falli undir 10. gr. samkeppnislaga þurfi ekki að hafa haft áhrif á markaði til þess að ákvæðið teljist hafa verið brotið, heldur nægi að keppinautar hafi með sér samráð eða samstilltar aðgerðir, sem lúti að eða ætlað sé að hafa áhrif á m.a. verð. Jafnframt sé ljóst að huglæg afstaða eða tilgangur með tilteknu samráði hafi enga þýðingu við mat á því hvort 10. gr. samkeppnislaga hafi verið brotin. Áréttar ráðið sérstaklega að fyrirtæki geti gerst sek um samstilltar aðgerðir með því einu að eiga viðræður eða önnur samskipti við keppinauta sína um verð, markaðsskiptingu og gerð tilboða.

Sönnun ólögmaets samráðs

Samkeppnisráð vísar til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun um almenn sjónarmið sem það telur gilda um sönnun brota gegn 10. gr. samkeppnislaga. Ráðið ítrekar að í máli þessu sé beitt þeim sönnunarreglum sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi lagt til grundvallar, sbr. m.a. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 14/2001. Samkeppnisráð

telur sönnun í þessu máli uppfylla ströngustu kröfur. Hún sé í öllum aðalatriðum byggð á skýrum beinum sönnunargögnum og ekkert í kærnum áfrýjenda haggi gildi þeirra. Ítrekar samkeppnisráð að sönnunarreglur sem gildi í refsímálum gildi ekki í málum fyrir samkeppnisyfírvöldum.

Varðandi það sjónarmið Skeljungs að samkeppnisráð noti kenningar um samfelld samráð til þess að tengja félagið við tilvik sem félagið hafi hvergi komið nærri þá er af hálfu ráðsins vísað til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun. Sú umfjöllun sýni að sú niðurstaða að olíufélögin þrjú beri öll ábyrgð á hinu samfellda samráði sé bæði eðlileg og lögmæt. Fyrirtæki beri ábyrgð á aðgerðum annarra þátttakenda í samráðinu ef gögn málsins gefi til kynna að fyrirtækið hafi vitað um aðgerðir þeirra eða mátt vera það ljóst að aðrir aðilar samráðsins myndu grípa til aðgerða sem tengdust því.

Hvað varðar umfjöllun í kærðu Olís þess efnis að samráð olíufélaganna um sölu til erlendra skipa og flugvéla falli ekki undir samkeppnislög þá vísar samkeppnisráð til hinnar kærðu ákvörðunar.

Sönnun samráðs á fákeppnismörkuðum

Varðandi umfjöllun um þetta atriði vísar samkeppnisráð til hinnar kærðu ákvörðunar. Ráðið mótmælir því að gögnum um samhliða verðbreytingar olíufélaganna sé gefið of mikið vægi í hinni kærðu ákvörðun. Upplýsingar um verðbreytingar olíufélaganna séu settar fram í hinni kærðu ákvörðun þar sem þær styðji við gögn um ólögmæt samskipti olíufélaganna. Í málinu verði einnig að hafa í huga að sannað sé að olíufélögin hafi haft með sér samráð um fyrirkomulag verðbreytinga. Samhliða hegðun olíufélaganna hafi því aukið vægi í málinu. Þá bendir samkeppnisráð á að gögn sýni að mjög skammur tími hafi liðið milli þess að greint hafi verið innanhúss hjá olíufélagunum frá sömu verðbreytingum upp á eyri. Þetta hafi átt sér stað áður en þessar verðbreytingar voru tilkynntar opinberlega þannig að ekki hafi verið um það að ræða að olíufélögin hefðu með lögmætum hætti getað aflað sér vitneskju um verðbreytingar hvers annars.

5.3. Um atriði sem varða meinta fyrningu

Fyrningarreglur almennra hegningarlaga gilda ekki

Samkeppnisráð telur að þar sem stjórnvaldssektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga teljist ekki til refsingar í skilningi íslensks refsiréttar leiði af því að ákvæði 80. gr. alm.hgl., sem kveði á um fyrningu brota samkvæmt lögnum, taki ekki til beitingar ákvæðisins heldur einungis til þess þegar ákvæðum 57. gr. samkeppnislaga sé beitt í opinberu máli. Hvað varðar tilvísun áfrýjenda til dóms Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 þá er af hálfu samkeppnisráðs vísað til þess að við túlkun þess dóms beri að hafa í huga að það hafi fyrst verið við munnlegan málflutning fyrir Hæstarétti að grænmetisfyrirtækin hafi borið fyrir sig að sakir væru fyrndar. Hæstiréttur hafi bent á að þar sem þessari málsástæðu hefði ekki verið hreyft í héraði yrði ekki á henni byggt í málinu. Verði að skilja ummæli Hæstaréttar um fyrningu með þeim hætti að rétturinn sé að benda á að jafnvel þótt þessi málsástæða hefði komist að og á það fallist að fyrningarreglur alm.hgl. giltu, hefði það engu getað breytt um niðurstöðu málsins.

Brot olúfélaganna eru ekki fyrnd

Fallist áfrýjunarnefnd samkeppnismála á það með áfrýjendum um að fyrningarreglur alm.hgl. gildi í þessu máli þá telur samkeppnisráð að brot olúfélaganna geti ekki talist fyrnd. Vísar ráðið til umfjöllunar þessa efnis í hinni kærðu ákvörðun. Vekur ráðið sérstaklega athygli á að verði talið að brotum félaganna hafi lokið 18. desember 2001 þá hafi rannsókn hafist þann dag og staðið óslitið til þess að ákvörðun hafi verið tekin. Fyrningarfrestur hafi því aldrei byrjað að líða. Félögin hafi frá fyrstu stundu vitað að ætluð brot þeirra gegn 10. gr. samkeppnislaga hefðu verið til rannsóknar. Verði talin hafa verið þörf sérstakra aðgerða til að rjúfa fyrningarfrest eftir 18. desember 2001 þá séu þær aðgerðir til staðar í formi frumathuguna Samkeppnisstofnunar. Þessu til viðbótar telur samkeppnisráð að hugsanleg fyrning hvað sem öllu öðru líður hafi verið rofin með því að forráðamenn félaganna hafi verið sakaðir um brot á samkeppnislögum af ríkislögreglustjóra.

Upphaf fyrningarfrests

Samfellt samráð

Hvað varðar sjónarmið áfrýjenda þess efnis að hvert meint brot fyrnist fyrir sig, þ.e. ekki sé um samfellt brot að ræða, þá er af hálfu samkeppnisráðs vísað til hinnar kærðu ákvörðunar. Þar sé gerð grein fyrir hugtakinu samfelldu samráði í skilningi

samkeppnisréttarins og rökstutt að brot olíufélaganna í þessu máli teljist falla undir það hugtak.

Samkeppnisráð telur að yfirlit á bls. 104-113 í hinni kærðu ákvörðun hafi hér verulega þýðingu því það sýni óslitið og reglubundið samráð olíufélaganna um verð, markaðsskiptingu og gerð tilboða. Mótmælir ráðið fullyrðingum áfrýjenda þess efnis að ekki sé unnt að styðjast við það. Hvað varðar fullyrðingar þeirra um að samskiptin sem greind séu í yfirlitinu hafi enga sjálfstæða þýðingu „án tillits til þess um hvað hafi verið að ræða í hvert og eitt sinn“ og að stór hluti samskiptanna árin 2000 og 2001 hafi miðað að því að ljúka samráði félaganna, þá bendir samkeppnisráð á að hin kærða ákvörðun og þau gögn sem hún byggir á sýni óslitið ólöglegt samráð olíufélaganna um verð, gerð tilboða og markaðsskiptingu. Af hálfu samkeppnisráðs er því mótmælt að samskipti á umræddum árum hafi miðað að því að ljúka samráðinu. Olíufélögin hafi enga sjáanlega tilraun gert til að hætta því, þvert á móti sé að finna fjölmörg dæmi um ráðstafanir til að leyna því og gera félögunum þannig betur kleift að viðhalda samráðinu.

Samkeppnisráð telur breytingu á markaðshlutdeild fyrirtækja geta ekki eina og sér afsannað að þau taki þátt í ólöglegu samráði, sérstaklega ekki í máli eins og þessu þar sem fyrir liggja skýr skrifleg sönnunargögn sem sýni fram á samráðið. Þá getur samkeppnisráð ekki fallist á að almennt séð hafi orðið umtalsverðar almennar breytingar á markaðshlutdeild olíufélaganna.

Samkeppnisráð telur sjónarmið um að ekki geti verið um samfelld samráð að ræða vegna þess að brotin falli undir mismunandi liði 10. gr. samkeppnislaga, aðild að þeim sé mismunandi og þau séu framin á ólíkum mörkuðum eða flokkuð með mismunandi hætti af samkeppnisráði fái engan veginn staðist. Af hálfu samkeppnisráðs er um þetta atriði vísað til hinnar kærðu ákvörðunar.

Af hálfu samkeppnisráðs er því mótmælt að brot olíufélaganna séu framin undir gerólíkum kringumstæðum eða séu afleiðing af ástandi sem hafi mótast fyrir tilstuðlan ríkisvaldsins. Olíufélögunum hafi við gildistöku samkeppnislaga borið að laga rekstur sinn að kröfum þeirra laga, eins allir þegar þessa lands þurfi að gera þegar lög breytist.

Samkeppnisráð vísar á bug fullyrðingum þess efnis að samráð olíufélaganna hafi einungis tekið til lítils hluta markaðarins. Í hinni kærðu ákvörðun sé lýst með ítarlegum hætti langvinnu ólögumætu samráði olíufélaganna og sönnunarfærsla samkeppnisráðs styðjist við skýr gögn frá olíufélögunum sjálfum. Samráðið hafi verið skipulagt og ítrekað hafi verið gripið til aðgerða til þess að leyna því. Jafnframt hafi stór hluti samráðsins verið framkvæmdur og haft skaðleg áhrif á samkeppni. Bendir samkeppnisráð á að jafnvel þótt málið hefði aðeins fjallað um samráð vegna ÍSAL og erlendra skipa þá væri það eitt og sér mjög alvarlegt mál.

Sjálfstætt hugtaksskilyrði rýmkaðra brota í refsirétti

Samkeppnisráð telur að ef reglum refsiréttar um rýmkuð brot yrði beitt fullum fetum í málinu þá breytti það engu um þá niðurstöðu ráðsins að um samfellda brotastarfsemi sé að ræða og að brotið sé ófyrnt. Brotin uppfylli án vafa öll skilyrði sem gerð séu til rýmkaðra brota í refsirétti. Þau varði öll sama lagaákvæði, þau séu framin af sömu aðilum og með sameiginlegt markmið. Einnig séu brotin samfelld en þau telji á fimmta hundrað á tæplega 9 ára tímabili. Ráðið telur að ekki verði séð af dómum Hæstaréttar að rýmkuð brot séu flokkuð sérstaklega í fjölmarga undirflokka slíkra brota heldur virðist slík flokkun einungis eiga sér stað í fræðilegri umfjöllun. Hin samfellda brotastarfsemi olíufélaganna uppfylli allar þær kröfur sem gerðar séu til rýmkaðra brota í refsirétti og að brotin fýrnist öll við lok síðasta verknaðar eða verknaðarpáttar í brotaheildinni sem virt er sem eitt afbrot, sbr. 1. mgr. 82. gr. alm.hgl.

Lok rýmkaðs brots

Samkeppnisráð bendir á að fjöldi samráðsbrotanna hafi átt sér stað á milli félaganna frá þeim tímapunkti sem áfrýjendur vísi til um sumarið 2001 allt til þess að húsleit hafi átt sér stað hjá félögunum 18. desember 2001. Eins og komi fram í yfirliti bls. 104-113 í hinni kærðu ákvörðun þá hafi a.m.k. 76 brot átt sér stað á árinu 2001. Þar af rúmlega 40 frá júní 2001 til 18. desember 2001.

Samkeppnisráð bendir á að broti félaganna hafi í fyrsta lagi lokið og fyrningarfrestur byrjað að líða við húsleit Samkeppnisstofnunar 18. desember 2001. Í ákvörðuninni sé ávallt notast við það orðalag að samráð félaganna hafi staðið a.m.k. til 18. desember

2001. Ekki sé skorið úr um það í málinu við hvaða tímamark eigi að miða enda sé óljóst hvenær brotunum hafi lokið. Þá sé óþarft sé að skera úr um hvenær hinu samfellda samráði hafi lokið sökum þess að jafnvel þótt fyrningarfrestur hafi byrjað að líða 18. desember 2001 sé ljóst að brot félaganna teljist ófyrnd.

Tímalengd fyrningarfrests

Það er mat samkeppnisráðs að ekkert hafi komið fram í kærnum áfrýjenda sem breyti mati ráðsins um tímalengd fyrningarfrests. Það sé hafið yfir allan vafa að brot olíufélaganna teljist til samfelldrar brotastarfsemi. Réttaráhrif þess séu að fyrningarfrestur byrji ekki að líða fyrr en við lok síðasta verknaðar eða verknaðarþáttar í brotaheildinni sem virt sé sem eitt brot. Hafi þetta þau áhrif á tímalengd fyrningarfrests í málinu að hann sé 5 ár eins og nánar sé rökstutt í hinni kærðu ákvörðun.

Af hálfu samkeppnisráðs er ekki fallist á lögskýringar áfrýjenda þess efnis að með beitingu sinni á fyrningarreglum í málinu hafi ráðið brotið gegn banni við afturvirkni refsilaga. Grundvallaratriði í þessu samhengi sé að hafa í huga að brotum olíufélaganna hafi ekki verið lokið á þeim tímamarkum sem breyttar fyrningarreglur hafi tekið gildi. Í málinu sé um að ræða eitt samfellt afbrot sem hafi hafist við gildistöku samkeppnislaga og lokið í fyrsta lagi þann 18. desember 2001. Einungis sé hægt að tala um brot gegn afturvirkni laga sé það fullframið á þeim tíma sem hinar breyttu reglur taki gildi og fyrning byrjuð að líða og nýjum fyrningarreglum sé samt sem áður beitt um afbrot sem er fullframið.

Rof fyrningarfrests

Af hálfu samkeppnisráðs er vísað til þess að jafnvel þótt alm.hgl. kunni að gilda um brot á samkeppnislögum þá leiði ákvæði 4. mgr. 82. gr. alm.hgl. ekki til þess að ráðið þurfi að saka fyrirtæki um brot á samkeppnislögum til þess að fyrning rofni. Í þessu samhengi vísar ráðið til þess að samkvæmt ákvæðinu þá rofni fyrning þegar stjórnvöld saki mann um brot. Tilvitnað ákvæði virðist einvörðungu eiga við um samskipti stjórnvalda og einstaklinga en ekki fyrirtækja og því sé ekki hægt að beita ákvæðinu á þann hátt sem áfrýjendur geri í þessu máli. Megi benda á að ákvæðið hafi komið inn í alm.hgl. með lögum nr. 20/1981 og á þeim tíma hafi lögin einungis gilt gagnvart einstaklingum en ekki lögaðilum.

Samkeppnisráð bendir á að ekki gildi hefðbundin sjónarmið æðra og lægra stjórnvalds um Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð. Hafi það þær afleiðingar að ef Samkeppnisstofnun sakar fyrirtæki um brot á samkeppnislögum þá rjúfi það fyrningu.

Þá vísar samkeppnisráð til þess að hvort sem fyrningarfrestur yrði talinn tvö eða fimm ár, þá séu brot áfrýjenda ekki fyrnd, vegna þess að daginn sem þeim hafi í fyrsta lagi lokið, þann 18. desember 2001, hafi hafist rannsókn samkeppnisyfirvalda á þeim, sem hafi staðið yfir óslitið og í samfellu alveg þangað til samkeppnisráð hafi tekið ákvörðun í málinu. Brotin hafi því aldrei byrjað að fyrnast. Til þess að fyrningartími þess hefði getað byrjað að líða, þyrfti að liggja fyrir, að óeðlilegt rof eða töf hefði orðið á rannsókn málsins.

Að mati samkeppnisráðs er aðalatriði að aðila megi vera ljóst að mál hans séu til meðferðar og að hann sé meðvitaður um að mál hans sæti rannsókn og á hvaða grundvelli svo viðkomandi geti brugðist við og gætt hagsmuna sinna. Þegar ljóst sé að aðili sæti rannsókn vegna tiltekins brots og viðkomandi geti varið hagsmuni sína þá sé fyrning augljóslega rofin. Í þessu máli blasi við að ítrekað hafi olíufélögin verið sökuð um tiltekin brot á samkeppnislögum og þau tekið kröftuglega til varna.

5.4. Um atriði sem tengjast álögðum stjórnvaldssektum

Staðfesta ber sektarákvörðun samkeppnisráðs burtséð frá athugasemdum félaganna um ávinning

Af hálfu samkeppnisráðs er vísað til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé rökstutt með ítarlegum hætti að beita beri núgildandi ákvæði 52. gr. samkeppnislaga um allt samfellt samráð olíufélaganna í málinu. Byggist niðurstaðan á því að hvort sem miðað sé við viðurkenndar meginreglur stjórnsýsluréttar eða refsiréttar þá beri að beita gagnvart öllu hinu samfellda broti þeim viðurlögum sem í gildi séu þegar broti ljúki.

Samkeppnisráð bendir á að í núgildandi ákvæði 52. gr. samkeppnislaga sé engin skylda að lögum til að líta til ávinnings við mat á sektum. Engu breyti í því sambandi þótt samkeppnisráð hafi umfram skyldu lagt mat á þennan ávinning. Af þessu leiði að

meintur vafi um fjárhæð ávinnings þurfi ekki að hafa nokkur áhrif að lögum hvað varði sektarákvörðun samkeppnisráðs í málinu.

Að mati samkeppnisráðs skiptir máli að brot olíufélaganna séu í eðli sínu mjög alvarleg, alveg án tillits til þess hversu miklum staðreyndum ávinningi þau hafi skilað félögnum. Í því sambandi hafi sérstaka þýðingu hinn sterki ásetningur og brotavilji félaganna sem m.a. birtist í ítrekuðum aðgerðum til þess að hylma yfir brot sem staðið hafi yfir í langan tíma. Þá skipti máli að brotin hafi verið framin af æðstu stjórnendum olíufélaganna eða með vitund þeirra og vilja. Einnig hafi þau verið skipulögð og framin af fyrirtækjum með fast að 100% markaðshlutdeild á markaði fyrir þjóðhagslega mikilvægar nauðsynjavörur.

Nýjar rannsóknir sýna fram á að ávinningur og tjón af samráði hafa verið stórlega vanmetin

Samkeppnisráð vísar til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé fjallað um það mat sérfræðinga hjá Efnahags- og framfarastofnunar Evrópu (OECD) að áætlaður ólögmætur ávinningur fyrirtækja sem stundi ólögmætt samráð sé að meðaltali 10% af söluverði þeirrar vöru eða þjónustu sem um ræði. Þá er það ætlan sömu sérfræðinga að skaði samfélagsins af ólögmætu samráði geti numið 20% af andvirði þeirra viðskipta sem samráðið hafi áhrif á. Þetta mat sérfræðinga OECD sé í samræmi við mat viðurlaganefndar Bandaríkjanna (U.S. Sentencing Commission). Nýjustu rannsóknir sýni hins vegar að þetta feli í sér vanmat á skaðsemi samráðs. Vísar samkeppnisráð til skýrslu eftir John M. Connor prófessors í Bandaríkjunum sem birtist 17. nóvember 2004 þar sem gerð sé grein fyrir umfangsmestu rannsókn sem unnin hafi verið á ávinningi eða yfirverðlagningu sem leiði af ólögmætu samráði. Meginniðurstaða skýrslunnar sé að miðgildi allra tilvika sem rannsóknin taki til sé 25% yfirverðlagning vegna ólögmæts samráðs.

Samfellt samráð leiðir til skaða fyrir samfélagið og ávinnings fyrir olíufélögin

Samkeppnisráð vísar til þess að velta og markaðshlutdeild samráðsfyrirtækjanna skipti umtalsverðu máli við mat á skaða og ávinningi vegna samráðs. Dómstólar EB hafi bent á að velta á þeim markaði sem brot taki til gefi sanngjarna vísbendingu um umfang brotsins, þá hafi dómstólarnir og framkvæmdastjórn EB lagt sérstaka áherslu á samanlagða markaðshlutdeild fyrirtækja sem standi að samráðinu og tímalengd

brotsins. Samkeppnisráð vísar enn fremur til þess að markaður þessa máls sé fákeppnismarkaður og það sé viðurkennt sjónarmið að samráð á slíkum markaði hafi enn skaðlegri áhrif en ella. Þegar framangreind sjónarmið séu virt með hliðsjón af atvikum þessa máls sé augljóst að samráð olíufélaganna hafi haft í för með sér umtalsverð skaðleg áhrif á samkeppni og ávinning fyrir félögin.

Ávinningur olíufélaganna af hinu samfellda samráði telst sannaður

Samkeppnisráð bendir á að ekki séu fyrir hendi leiðbeiningar í íslenskum lögum eða reglugerðum og engin réttarframkvæmd sé til staðar hér á landi um það hvernig meta skuli skaða eða ávinning í skilningi eldra ákvæðis 52. gr. samkeppnislaga. Sú aðferð sem samkeppnisráð hafi stuðst við í hinni kærðu ákvörðun byggir á því að bera saman tekjur félaganna af sölu eldsneytis við raunverulegar aðstæður þegar samráð hafi verið til staðar við áætlaðar aðstæður miðað við að samráð hefði ekki verið til staðar. Eins og algengast sé við slíkt mat erlendra samkeppnisyfirvalda byggist mat samkeppnisráðs á aðstæðum án samráðs á því að leggja til grundvallar upplýsingar frá eldra tímabili, þ.e. meðaltal áranna 1993-1995, áður en samráð hafi farið að hafa meiri áhrif. Aðferðin byggir á mati á ávinningi olíufélaganna með hliðsjón af hækkun svokallaðrar einingaframlegðar þeirra af sölu á fljótandi eldsneyti. Aðferðin sé jafngild því að meta ávinning á grundvelli hækkunar söluverðs að teknu tilliti til breytinga á einingakostnaði. Telur ráðið þessa aðferð hentuga til þess að fullt tillit verði tekið til tíðra breytinga á heimsmarkaðsverði, gengis og annarra þátta sem hafi stöðug og mikil áhrif á innkaupsverð félaganna. Enn fremur sé þessi aðferð hentug þar sem við áætlanagerð, stjórnun og eftirlit hjá olíufélögunum sé mikið lagt upp úr eftirliti með einingaframlegð og því liggja fyrir nákvæm greining hjá félögunum á upplýsingum um þetta efni. Þá sé sannað í málinu að samfellt samráð félaganna hafi haft að markmiði að auka framlegð þeirra. Að þessu öllu virtu séu í hinni kærðu ákvörðun settar fram upplýsingar um einingaframlegð félaganna í fljótandi eldsneyti og metinn ávinningur félaganna af hækkun framlegðarinnar. Einnig sé fjallað um þann möguleika að hækkun einingaframlegðar megi rekja til annarra atriða en samráðs félaganna. Með hliðsjón af skýringum félaganna á því efni sé komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé um slíkt að ræða.

Samkeppnisráð vísar til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé fjallað um andmæli olíufélaganna vegna mats í frumathugun Samkeppnisstofnunar á ætluðum ávinningi

félaganna af broti þeirra og sett fram rökstutt mat samkeppnisráðs bæði á almennum athugasemdum olíufélaganna og athugasemdum í greinargerð sérfræðinganna. Að mati ráðsins hafi þessi andmæli ekki verið til þess fallin að breyta þeirri niðurstöðu að ólögmætur ávinningur olíufélaganna teldist vera sannaður.

Samkeppnisráð vísar til þess að í tilefni af fullyrðingum áfrýjenda þess efnis að framangreind aðferð við mat á ávinningi sé algjörlega órökstudd og að ávinningur af ólögmætu samráði í málinu hafi ekki verið sannaður hafi ráðið ákveðið að leita til utanaðkomandi sérfræðings til þess að leggja mat á aðferðina. Niðurstaða í greinargerð hans sé að sú aðferð sem samkeppnisráð hafi beitt við mat á ávinningi af samráði sé eðlileg frá hagfræðilegu sjónarmiði. Með hliðsjón af þessari niðurstöðu telur samkeppnisráð að gagnrýni olíufélaganna á matsaðferð samkeppnisyfirvalda, sem taki ekki síst mið af eigin mati olíufélaganna sjálfra á árangri sínum, fáist ekki staðist.

Samkeppnisráð bendir á að ein af þeim aðferðum sem tíðkast hafi við mat á ávinningi eða skaða af samráði sé að bera saman verð á viðkomandi markaði þar sem samráð sé til staðar við verð á öðrum markaði þar sem virk samkeppni sé talin ríkja, t.d. verð á samsvarandi vörumarkaði en á öðrum landfræðilegum markaði. Í þessu máli hafi ekki verið talið að framangreind aðferð væri vænlegasta leiðin til þess að komast að rétttri niðurstöðu við mat á ávinningi og því hafi ekki verið á henni byggt. Hins vegar vísi samkeppnisráð til þess að rannsóknir sýni að samanburður á verði, verðþróun og álagningu hér á landi á bensíni og dísilolíu við hliðstæðar upplýsingar frá nálægum löndum bendi til þess að verð (án skatta) hér á landi hafi verið með því hæsta sem þekkist í þessum löndum og það hækkað ört frá árinu 1997-1998. Á sama tíma liggi fyrir að hlutdeild skatta í eldsneytisverði sé með því lægsta sem þekkist í Evrópulöndum og hafi farið verulega lækkandi frá árinu 1999. Þá gefi samanburður á álagningu íslensku olíufélaganna og olíufélaga í Danmörku, Svíþjóð, Þýskalandi og Færeyjum til kynna að álagning hér á landi hafi verið með því hæsta sem þekkist og hafi vaxið frá árinu 1998. Að mati samkeppnisráðs verði munur á verði og álagningu íslensku olíufélaganna miðað við verð og álagningu annars staðar í Evrópu ekki skýrður með óhagstæðari innkaupakjörum íslensku olíufélaganna eða kostnaðarsamari aðflutningi. Styðji þetta niðurstöðu ráðsins í hinni kærðu ákvörðun um mat á ávinningi olíufélaganna.

Athugasemdir sérfræðings í tölfræði um tölfræðilega rannsókn í greinargerð hagfræðinga olíufélaganna.

Samkeppnisráð vísar til þess að í hinni kærðu ákvörðun hafi ýmsar athugasemdir verið gerðar við tölfræðirannsókn sem fram hafi komið í skýrslu sérfræðinganna tveggja sem olíufélögin hafi leitað til. Með hliðsjón af ólíklegri niðurstöðu rannsóknarinnar og með tilliti til mikilvægis hennar í skýrslu hagfræðinganna og andmæla olíufélaganna þótti samkeppnisráði við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefndinni rétt að leita til utanaðkomandi sérfræðings í tölfræði og hagamælingum um faglegt mat á rannsókninni og hvort draga mætti af henni þær ályktanir sem höfundar hennar og olíufélögin gera. Niðurstaða í athugasemd sérfræðingsins sé skýr: Tölfræðilegt mat á stikunni (stuðlinum) λ og öðrum stikum í jöfnunum tveim sem sérfræðingar olíufélaganna meti sé markleysa og engar ályktanir sé hægt að draga af útkomu úr matinu.

Athugasemdir við einstök atriði í kærnum olíufélaganna

Varðandi þá málsástæðu olíufélaganna að lág arðsemi félaganna veiti vísbendingu um að þau hafi ekki tekið til sín mikinn ávinning af ólögumatri starfsemi þá vísar samkeppnisráð til þess að í hinni kærðu ákvörðun komi skýrt fram að á tímabilinu 1992-2001 hafi arðsemi olíufélaganna farið almennt vaxandi. Jafnvel þótt litið yrði svo á að arðsemi félaganna væri lág, fæli það ekki í sér neina skýra vísbendingu um að þau hefðu ekki tekið til sín ávinning af ólögumatri samráði. Það sem hér skipti máli sé hvað felist í hugtakinu ávinningur eða ábati samkvæmt áðurgildandi 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga. Með hliðsjón af réttarframkvæmd í löndum þar sem skyld ákvæði hafi verið í gildi, einkum Þýskalandi, Noregi og Bandaríkjunum, sem og með tilliti til markmiðs samkeppnislaga, telur samkeppnisráð að með ávinningi sé ekki átt við hagnað í bókhaldslegum skilningi, heldur mismun á veltu eins og hún hafi verið á þeim tíma þegar brot hafi staðið yfir og áætlaðrar veltu miðað við að brot hefði ekki átt sér stað. Í mati á ávinningi sé því tekið tillit til áhrifa samráðs á útsöluverð og tekjuauka af samráði, en ekki sé horft til breytinga á kostnaði, áhrifa á kostnað og þar með áhrifa á hagnað eða arðsemi. Upplýsingar um hagnað eða arðsemi eigin fjár gefi því enga skýra vísbendingu um það hvort félög sem stundi samráð hafi ávinning af því í skilningi áðurgildandi 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga.

Varðandi athugasemdir áfrýjenda þess efnis að viðmiðunartímabil það sem lagt sé til grundvallar við mat á ávinningi sé ekki viðeigandi, vegna þess að þá hafi verið að ljúka erfiðri efnahagslæggð en á athugunartímabilinu hafi verið samfellt hagvaxtarskeið, þá er af hálfu samkeppnisráðs vísað til rökstuðnings um þetta efni í ákvörðun ráðsins.

Samkeppnisráð mótmælir fullyrðingum Skeljungs og OHF þess efnis að samráð hafi verið mun meira á fyrri hluta þess tímabils sem hafi verið til rannsóknar (1993-1997) en hún hafi verið síðustu ár tímabilsins (1998-2001). Telur ráðið að í ákvörðun þess sé sýnt fram á annað og vísar almennt til umfjöllunar um atvik málsins þ.á m. töflu á bls. 104-113 um samskipti félaganna á árunum 1993-2001. Sérstaklega vísar ráðið til atvika sem áttu sér stað á árinu 1996 og 1997, t.d. ákvörðunar oliufélaganna um að vinna saman að því að auka álagningu og bæta framlegð þeirra af sölu á eldsneyti, samráðs um fyrirkomulag verðbreytinga, samkomulags um samstarf í öllum útboðum, samráðs í tengslum við útboð Reykjavíkurborgar, Landhelgisgæslunnar, dómsmálaráðuneytisins, Flugleiða o.fl. á árinu 1996 og 1997 og samkomulags frá árinu 1996 um að draga úr verðsamkeppni í tilboðum til erlendra flugfélaga o.fl.

Hvað varðar fullyrðingar oliufélaganna þess efnis að engar skynsamlegar skýringar séu gefnar á því að samkeppnisráð hafi breytt viðmiðunartímabili og því virðist nærtækast að líta svo á að ráðið kjósi að hagræða forsendum útreikninga sinna til þess að veða upp á móti áhrifum þess að villur hafi verið í ávinningsútreikningum Samkeppnisstofnunar, þá vísar ráðið til þess að í ákvörðun þess sé breytingin rökstudd. Fram hafi komið upplýsingar um framlegð Skeljungs á árinu 1993-1994, sem Samkeppnisstofnun hafði af gildum ástæðum talið að lægi ekki fyrir hjá félaginu við gerð frumathugunar. Þá bendir samkeppnisráð á að ef viðmiðunartímabil hefði verið það sama og var í frumathugun þá hefði ávinningur verið langt umfram álagðar sektir.

Hvað varðar athugasemdir Skeljungs þess efnis að viðskipti oliufélaganna við SR-mjöl hafi verið á grundvelli skriflegra samninga, að ósk SR-mjöls, og að engin leynd hafi hvílt yfir þeim viðskiptum, vísar samkeppnisráð til röksemda sem fram komi hinni í kærðu ákvörðun. Ef þessi atriði sem Skeljungur tilgreinir eigi að sýna fram á að verðsamráð og markaðsskipting félaganna vegna viðskipta við SR-mjöl hafi verið

lögleg þá mótmælir ráðið því sem fjarstæðukenndu. Það sé á engan hátt skilyrði fyrir brotum á 10. gr. samkeppnislaga að þau séu framin í leynd eða óþökk viðskiptavina.

Samkeppnisráð mótmælir fullyrðingum Skeljungs þess efnis að olíufélagunum hafi verið mismunað með þeim hætti að þeim sem mest ávinnings hafi notið sé gert að greiða lægstu sektina en þeim sem minnstan ávinning hafi haft sé gert að greiða mest. Bendir ráðið á að í ákvörðun þess felist að OHF, Skeljungur og Olís bera jafna ábyrgð á hinu samfellda samráði félaganna og ekki hafi verið taldar forsendur til þess að neitt félaganna nyti lægri sekta vegna umtalsvert minni þátttöku í samfelldu samráði. Ákvörðuð sekt félaganna sé í öllum tilvikum lægri en ávinningur þeirra og því sé ekki um það að ræða að félagunum hafi verið mismunað varðandi ákvörðun sekta. Í ákvörðuninni sé jafnframt kveðið á um lækkingu sekta vegna aðstoðar við að upplýsa málið. Mismunandi fjárhæðir sekta, sem félagunum sé gert að greiða, verði því að öllu leyti raktar til ólíkrar aðstoðar félaganna við að upplýsa málið, sbr. ákvæði síðari ml. 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga og reglur samkeppnisráðs nr. 397/2002.

Hvað varðar sjónarmið Skeljungs þess efnis að skv. 52. gr. samkeppnislaga eigi að ákveða sektir með hliðsjón af síðasta heila almanaksári sem rannsókn hafi tekið til þar sem brot teljist sönnuð, þ.e. í þessu tilviki eigi að miða við veltutölur ársins 2000, þá vísar ráðið til þess að því sé ekki ljóst hvað Skeljungur eigi við með hugtakinu „veltutenging“ varðandi 52. gr. samkeppnislaga. Tilvísun þess ákvæðis til 10% af veltu merkir aðeins formlegt hámark sekta. Sekt olíufélaganna í þessu máli sé ekki ákvörðuð með tilvísun til veltu félaganna heldur með hliðsjón af alvarleika brots þeirra. Samkeppnisráð telur að tilvísun til veltu í 52. gr. vísi til veltu síðasta reikningsársins áður en ákvörðun er tekin í málinu að því gengnu að fyrir liggi fullnægjandi upplýsingar. Ákvæðið sæki fyrirmynd sína til sams konar ákvæða í EES/EB-samkeppnisrétti og þar sé þessi túlkun lögð til grundvallar.

Hvað varðar þátt opinberra gjalda í veltu þá bendir samkeppnisráð á að veltutölur sem nefndar séu í ákvörðun samkeppnisráðs séu án virðisaukaskatts. Að öðru leyti séu opinber gjöld af eldsneyti almennt og sérstakt vörugjald á bifreiðaeldsneyti. Þar sé um aðflutningsgjöld að ræða, sem ekki séu veltutengd. Íslensk lög kveði ekki á um að opinber gjöld skuli dregin frá við mat á veltu skv. 52. gr. samkeppnislaga og engin

erlend fordæmi séu til staðar sem styðja það að slíkt skuli gert gagnvart öðrum opinberum gjöldum en virðisaukaskatti.

Ný greinargerð sérfræðinga olíufélaganna

Samkeppnisráð vísar til þess að ný greinargerð sérfræðinganna tveggja sem olíufélögin hafi leitað til að nýju eftir að ákvörðun hafi legið fyrir, beinist einkum að almennu athugasemdum ráðsins í hinni kærðu ákvörðun. Hins vegar sé ekki brugðist við athugasemdum samkeppnisráðs um helstu efnisatriði í upphaflegri skýrslu þeirra. Þó sé í síðari hluta greinargerðarinnar fjallað nánar um tölfræðirannsókn þá sem byggt sé á í skýrslu sérfræðinganna. Lítur samkeppnisráð svo á að með greinargerð sérfræðinganna og kærur olíufélaganna hafi ekki verið hnekktt ákvörðun ráðsins um helstu efnisatriði í upphaflegri greinargerð sérfræðinganna.

Lækkun samkeppnisráðs á sektum var eðlileg

Hvað varðar athugasemdir Skeljungs þess efnis að samkeppnisráð hafi ekki tekið tillit til samstarfs félagsins við Samkeppnisstofnun við rannsókn málsins, þá bendir ráðið á að til þess að hefja samstarf við samkeppnisyfirvöld um að upplýsa mál með það fyrir augum að fá afslátt af hugsanlegum sektum verði að gera þá kröfu að eftir samstarfinu sé óskað með skýrum hætti. Ekkert í bréfum Skeljungs til Samkeppnisstofnunar þar sem félagið bauð frekari aðstoð og skýringu á gögnum hafi gefið vísbendingu um að félagið væri að óska eftir því að upplýsa um brot félagsins gegn því að sektir félagsins yrðu lækkaðar. Enn síður sé hægt að álykta að á fundi lögmanna olíufélaganna daginn eftir húsleit Samkeppnisstofnunar hafi slík beiðni verið lögð fram. Ef svo væri þá hefði OHF vart talið þörf á því að óska formlega eftir samstarfi með bréfi til Samkeppnisstofnunar. Augljóslega beri því að leggja til grundvallar við mat á upphafi samvinnu hvers félags fyrir sig hvenær sannanlegar beiðnir um slíkt hafi borist Samkeppnisstofnun. Þess utan sé ekki nægjanlegt að óska samvinnu til að geta vænst afsláttar af sekt heldur verði fyrirtæki að færa fram mikilvæga viðbót við þau sönnunargögn sem fyrir eru í málinu. Áréttar samkeppnisráð að upplýsingaöflun á grundvelli 39. gr. samkeppnislaga falli ekki undir nefnt samstarf.

Af hálfu samkeppnisráðs er ekki fallist á að Skeljungu hafi ekki verið ljóst hvað teldist til mikilvægrar viðbótar við þau gögn sem Samkeppnisstofnun hafði þegar undir höndum né að samstarfsvilji félagsins hafi verið afar skýr. Ráðið vísar til þess að

haldnir hafi verið fundir með fyrirsvarsmönnum Skeljungs og þeim gefinn kostur á að tjá sig og skýra gögn og veita upplýsingar. Telur ráðið að þeir fundir hafi verið til lítils gagns og að samskipti starfsmanna Skeljungs við stofnunina hafi ekki verið í samræmi við það sem ætlast hefði mátt til af starfsmönnum félags sem ætti í samvinnu við samkeppnisyfirvöld um að upplýsa mál. Þegar þetta sé virt í samhengi við framlag hvers félags fyrir sig þá blasi við að Skeljungur hafi ekki fært neitt það fram í málinu sem teljist til mikilvægrar viðbótar við þau gögn sem fyrir lágu og starfsmenn félagsins geti ekki talist hafa verið samvinnuþýðir og reiðubúnir til þess að upplýsa málið. Samkeppnisráð bendir einnig á að bréf Skeljungs til Samkeppnisstofnunar, dags. 13. júní 2003, sé ritað eftir að fundað hafði verið með starfsmönnum Skeljungs og þeir beðnir um útskýringar á gögnum. Sé í því ljósi ekki hægt að fallast á að félaginu hafi ekki verið ljóst hvað teldist til mikilvægrar viðbótar í málinu og eftir hvaða upplýsingum samkeppnisyfirvöld væru að sækjast.

Samkeppnisráð mótmælir fullyrðingum Skeljungs þess efnis að brotið sé gegn jafnræði málsaðila með því að álagðar sektir séu mismunandi á milli félaga. Bendir ráðið á að Skeljungur hafi óskað þess með bréfi 5. nóvember 2002 að ganga til samstarfs við samkeppnisyfirvöld á grundvelli reglna nr. 397/2002. Félagið hafi því gengið til samstarfs við samkeppnisyfirvöld á þeim forsendum sem greindar séu í 16. gr. reglnanna án fyrirvara eða andmæla. Ekki sé unnt að fallast á að jafnræði aðila sé á nokkurn hátt brotið með mismunandi sektum eftir aðstoð við að upplýsa mál. Blasi við að fyrirtæki verði að hafa einhvern hvata til þess að vinna með samkeppnisyfirvöldum.

Samkeppnisráð fellst ekki á fullyrðingar Skeljungs þess efnis að of mikið sé gert úr samstarfsvilja OHF og Olís í málinu og of lítið sé gert úr samvinnu Skeljungs. Vísar ráðið til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé gerð grein fyrir framlagi hvers félags til málsins. Við blasi að samvinna Skeljungs við samkeppnisyfirvöld í málinu hafi skilað litlu og séu sektarviðurlög í samræmi við það.

Hvað varðar þau sjónarmið Skeljungs að mismunandi sektir verði að eiga rót sína að rekja til þess að aðkoma félaganna að þeim atvikum sem refsað sé fyrir hafi verið mismikil bendir samkeppnisráð á að umrædd sektarákvörðun sé í samræmi við leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA. Við mat á því í EES/EB-samkeppnisrétti hvort

gera skuli mun á fyrirtækjum í þessum skilningi sé yfirleitt horft til stærðar viðkomandi fyrirtækja. Til þess að gera mun á fyrirtækjum verði að vera umtalsverður munur á stærð fyrirtækja. Að mati samkeppnisráðs sé ekki sá munur á stærð eða stöðu olíufélaganna þriggja á markaðnum, þ.e. OHF, Skeljungs og Olís, að eðlilegt sé sökum þessa að leggja misháar sektir á félögin til að tryggja nauðsynleg varnaðaráhrif.

Hvað varðar staðhæfingu Skeljungs að þeim heimildum sem lögfestar hafi verið með lögum nr. 107/2000 verði ekki beitt um atvik sem eiga að hafa átt sér stað fyrir 6. desember 2000 vísar samkeppnisráð til hinnar kærðu ákvörðunar varðandi sjónarmið ráðsins um þetta atriði.

Samkeppnisráð telur umfjöllun Skeljungs um tilvik sem eiga að sýna að vandséð sé hvaða mikilvæga viðbót hafi falist í framburði starfsmanna Olís og OHF óljósa og ruglingslega. Til að mynda sé varðandi öll dæmi vísað til frumathugunar Samkeppnisstofnunar en ekki hinnar kærðu ákvörðunar. Samkeppnisráð telur að tilvísanir til frumathugunar Samkeppnisstofnunar hafa ekki þýðingu í þessu samhengi. Vísar ráðið til þess að umræddum málsástæðum Skeljungs hafi verið svarað af hálfu samkeppnisráðs í hinnar kærðu ákvörðun.

Hvað varðar umfjöllun Skeljungs um nána samvinnu Olís og OHF og áhrif hennar á samkeppnisstöðu Skeljungs þá vísar samkeppnisráð til þess að þeim athugasemdum hafi verið svarað í hinnar kærðu ákvörðun.

Hvað varðar sjónarmið OHF þess efnis að félagið hafi uppfyllt öll skilyrði þess að verða veittur afsláttur af grunnfjárhæð sektar vísar samkeppnisráð til þess að þann ramma sem ráðinu sé sniðinn varðandi mat á afslætti hvers fyrirtækis sé að finna í 16. gr. og 17. gr. reglna nr. 397/2002. Að öðru leyti sé mat samkeppnisráðs frjálst. Af hálfu samkeppnisráðs er ekki fallist á að það sé bundið því að gefa fullan afslátt eingöngu sökum þess að fyrirtæki hafi lagt sig fram við að upplýsa málið. Blasi við að það sem einnig skiptir miklu máli í samstarfi sem þessu sé hversu mikilvæga viðbót fyrirtæki leggi málinu til.

Vegna samanburðar Skeljungs og Olís við sektir sem hafi verið ákveðnar í samkeppnismálum á hinum Norðurlöndunum vísar samkeppnisráð til þess að samráð það sem til umfjöllunar sé í þessu máli sé af allt annarri stærðargráðu, einkum þegar hliðsjón sé höfð af mikilvægi þeirrar vöru sem samráðið taki til í þjóðhagslegu tilliti. Þá hafi samkeppnislögum m.a. í Danmörku og Noregi verið breytt og fordæmisgildi eldri norrænna dómsúrlausna varðandi sektir því ekkert.

Hvað varðar sjónarmið Skeljungs um að fráleitt sé að leita viðmiðunar um viðurlagaákvörðun í þessu máli hjá dómstóli EB eða framkvæmdastjórn EB, þá er af hálfu samkeppnisráðs vísað til þess að viðurlagaákvæði íslenskra samkeppnislaga eigi fyrirmynd sína í sams konar ákvæðum í EES/EB og því rétt að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við skýringu ákvæðisins.

Samkeppnisráð mótmælir fullyrðingum Skeljungs varðandi það að málshraði hafi ekki verið eðlilegur í máli þessu og vísar um þetta atriði til röksemda sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun.

5.5. Um kæru Orkunnar

Sjónarmið Orkunnar sem tengjast formi

Samkeppnisráð bendir á að í bréfaskrifum Samkeppnisstofnunar og Skeljungs varðandi fyrirvar fyrir Orkuna í málinu séu ekki sett fram nein mótmæli frá hendi Skeljungs við því að Samkeppnisstofnun muni „hér eftir líta svo á að Skeljungur fari með fyrirvar fyrir Orkuna í þessu máli“. Í svarbréfi Skeljungs frá 13. júní 2003 sé einungis mótmælt túlkun Samkeppnisstofnunar á því við hvaða tímamark ábyrgð Skeljungs á meintum brotum Orkunnar beri að miða. Ekki hafi á neinn hátt verið deilt um eða því mótmælt að Skeljungur færi með fyrirvar fyrir Orkuna í málinu. Orkunni hafi verið send sams konar tilkynning og Skeljungu um að Samkeppnisstofnun liti svo á að Skeljungur færi með fyrirvar fyrir félagið og engar athugasemdir hafi borist frá félaginu. Að mati samkeppnisráðs verði því að túlka það svo að Orkan hafi fallist á það með samkeppnisyfirvöldum að Skeljungur færi með fyrirvar fyrir félagið. Skeljungur hafi heldur ekki mótmælt þegar Samkeppnisstofnun hafi birt félaginu frumathugun II f.h. Orkunnar. Í frumathugun II hafi verið gerð grein fyrir meintum brotum Orkunnar. Jafnframt hafi verið gerð grein fyrir því að til álita kæmi í málinu

að leggja stjórnvaldssekt á Orkuna eða Skeljung vegna brota Orkunnar. Ekki sé hins vegar fjallað um þessi atriði í andmælum Skeljungs. Að þessu virtu telur samkeppnisráð að allar fullyrðingar Orkunnar um brot gegn andmælarétti félagsins eigi ekki við rök að styðjast.

Samkeppnisráð bendir á að umfjöllun Orkunnar varðandi eðli sekta samkeppnisyfirvalda sé svipuð og fram komi í kærnum Skeljungs og OHF og vísar samkeppnisráð því til svara ráðsins við þeim.

Meintur skortur á sönnun

Samkeppnisráð fellst ekki á þær skýringar sem fram koma í kærnu Orkunnar og sýna eiga fram á að félagið hafi ekki verið aðili að ólögmætu samráði. Telur ráðið að skýringar félagsins breyti ekki niðurstöðum ráðsins um að félagið hafi átt í samfelldu ólögmætu samráði með fljótandi bifreiðaeldsneyti.

Meint fyrning

Að því gefnu að áfrýjunarnefndin komist að þeirri niðurstöðu að fyrningarreglur eigi við í málinu telur samkeppnisráð að brot Orkunnar sé ófyrnt. Háttsemi Orkunnar feli augljóslega í sér samfellda brotastarfsemi. Í fyrsta lagi beri að hafa í huga að tilvikin sem fari gegn 10. gr. samkeppnislaga séu öll sams konar, þ.e. feli í sér samráð tengt verðlagningu á bifreiðaeldsneyti og þau varði öll við eitt lagaákvæði. Í annan stað séu þau milli sömu aðila. Í þriðja lagi beri að líta til þess að gögn málsins sýna 8 tilvik á árunum 1995-2001 þar sem sannað sé að milli framangreindra aðila hafi átt sér stað samskipti varðandi verð. Orkan hafi tekið virkan þátt í því samráði um verð sem að starfsemi þess félags laut, þ.e. rekstri sjálfsafgreiðslubensínstöðva. Ekkert hafi komið fram í málinu sem veiti vísbendingu um að félagið hafi á einhverjum tímapunkti vikið frá eða hætt þeirri þátttöku í samráðinu sem hófst í nóvember 1995.

Fari svo að áfrýjunarnefndin komist að þeirri niðurstöðu að brot Orkunnar teljist ekki til samfellds samráðs þá telur samkeppnisráð að þau brot sem ófyrnd hafi verið er fyrning hafi rofnað með húsleit samkeppnisyfirvalda, þann 18. desember 2001, gefi fullt tilefni til þeirrar sektarákvörðunar sem var niðurstaða ráðsins í hinni kærðu ákvörðun.

II. HLUTI

I Tengsl refsinga og stjórnsýsluviðurlaga

1

Lög um meðferð opinberra mála taka einkum til mála sem handhafar ríkisvaldsins höfða til refsingar lögum samkvæmt. Hugtakið refsing vísar þarna til annarra laga þar sem hugtakið er síðan skilgreint nánar auk þess sem það getur einnig sætt sjálfstæðri skýringu að þjóðarétti. Tilvísunin gefur hvorki til kynna hverjar séu refsingar né hvað í þeim felist. Í V. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 (hér eftir alm.hgl.) er að finna ákvæði um hvaða refsingundir koma til greina, sbr. 31. laganna. Sú upptalning sem þar er að finna gæti tekið breytingum í löggjöf síðar. Í lögum um meðferð opinberra mála er því byggt á formlegu refsiréttarhugtaki en það er þó oftast miðað við hvort viðurlögin eru skilgreind sem refsing í lögum eða verði felld undir þær refsingundir sem fyrir eru í lögum. Er við það miðað í úrskurði þessum.

2

Af þessum sökum falla utan refsiréttarhugtaksins margar viðurlagategundir sem kunna að líkjast refsingu í skilningi alm.hgl. en eru engu að síður skilgreind á annan hátt í lögum. Ástæðan fyrir þessu er stundum sú að löggjafinn hyggst ná markmiðum sem eru ólík refsímarkmiðum að einhverju leyti. Sem dæmi um slíkt má nefna réttarfarssektir, þvingunarviðurlög stjórnvalda vegna vanrækslu um að gegna lögboðinni skyldu, viðurlög við agabroti samkvæmt starfsmannalögum, gjaldákvörðun samkvæmt umferðarlögum eða álag samkvæmt skattalögum. Févíti eða dagsektir samkvæmt stjórnsýsluákvörðun teljast einnig falla utan refsiréttarhugtaksins. Sektir samkvæmt skattalögum teljast hins vegar til refsinga. Það er svo annað atriði að viðurlög sem ekki eru skilgreind sem refsingar í löggjöfinni kunna engu að síður að teljast til refsinga samkvæmt alþjóðlegum sáttmálum, t.d. mannréttindasáttmála Evrópu (hér stundum nefndur MSE) eins og síðar greinir.

3

Markmið samkeppnislaga kemur fram í 1. gr. laganna. Er ljóst að löggjafinn hefur ákveðið að fela stofnunum samkeppnismála það meginhlutverk að halda uppi virku samkeppniseftirliti og réttarvörslu gagnvart fyrirtækjum. Þar á meðal hefur þeim verið veitt heimild til að leggja á stjórnvaldssektir. Stjórnvaldssektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga fela í sér refsikennd viðurlög en eru þó almennt ekki taldar til refsinga. Orðskýring ákvæðisins og forsaga þess leiðir til sömu niðurstöðu. Lög um meðferð opinberra mála eiga því ekki við um málsmeðferðina fyrir samkeppnisyfyrvöldum heldur lög og reglur um málsmeðferð fyrir þeim, þar á meðal stjórnsýslulög og síðan lög um meðferð einkamála að því leyti sem samkeppnismál eru rekin fyrir dómstólum. Gildir það einnig að því er varðar stjórnvaldssektir. Ekki verður fallist á að 70. gr. stjórnarskrárinnar sé þessu kerfi til fyrirstöðu enda styðst það við langa hefð hér á landi og á sér fyrirmyndir víða erlendis. Framangreind skipan breytir því hins vegar ekki að stjórnvaldsákvæðanir af þessum toga geta verið mjög íþyngjandi. Er því brýnt að vel sé til þeirra vandað auk þess sem sérstakar sönnunarreglur og sérstök sjónarmið koma til álita eins og síðar verður rakið.

4

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu geti komið til álita við álagningu stjórnvaldssekta, ekki síst 6. gr. hans, þó að réttarstaðan sé fremur óljós á þessu sviði. Þannig hefur mannréttindadómstóllinn enn ekki skorið úr því hvort meðferð og beiting stjórnvaldssekta á hendur fyrirtækjum samkvæmt samkeppnislögum falli undir ákvæðið eða að hvaða marki slíkt geti orðið. Áfrýjunarnefndin mun þó taka á þessum atriðum í úrskurði þessum eftir því sem tilefni gefst til.

II Um lögmæti samhliða rannsóknar

1

Samkvæmt 1. gr. samkeppnislaga er markmið laganna að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Markmiði þessu skal náð með því að:

- a. vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,
- b. vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,
- c. auðvelda aðgang nýrra keppinauta á markaðnum.

Samkvæmt 5. gr. samkeppnislaga fara samkeppnisyfirvöld með daglega stjórnýslu á gildissviði laganna. Verkefni samkeppnisráðs er m.a. að framfylgja boðum og bönnum og að ákveða aðgerðir gegn samkeppnishamlandi aðgerðum fyrirtækja. Þau úrræði sem standa til boða til að framfylgja þessu hlutverki er upplýsingaöflun samkvæmt X. kafla laganna, ýmsar aðgerðir gegn samkeppnishamlandi hegðun fyrirtækja og stjórnvaldssektir.

2

Í máli þessu liggur fyrir að jafnframt meðferð samkeppnisyfirvalda fer fram lögreglurannsókn sem hugsanlega getur leitt til málsóknar gegn áfrýjendum og/eða fyrirsvarsmönnum þeirra. Er athugunarefni að hvaða marki tvöföld lögsókn, sem gæti eftir atvikum endað með tvöfaldri viðurlagaákvörðun, setji málsmeðferð samkeppnisyfirvalda skorður.

3

Samkvæmt 1. gr. laga nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu hefur samningsviðauki nr. 7 frá 22. nóvember 1984 við samninginn um verndun mannréttinda og mannfrelsis, með áorðnum breytingum samkvæmt samningsviðauka nr. 11, lagagildi hér á landi. Í 4. gr. viðaukans er fjallað um réttinn til að vera ekki saksóttur eða refsað tvívegis. Þar segir m.a.:

1. Enginn skal sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur um með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarhari viðkomandi ríkis.
2. Ákvæði undanfarandi töluliðar skulu ekki vera því til fyrirstöðu að málið sé endurupptekið í samræmi við lög og sakamálaréttarfar viðkomandi ríkis ef fyrir hendi eru nýjar eða nýupplýstar staðreyndir, eða ef megingalli hefur verið á fyrri málsmeðferð sem gæti haft áhrif á niðurstöðu málsins.

3. Óheimilt er að víkja frá þessari grein með skírskotun til 15. gr. samningsins.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að ákvæði þetta geti eftir atvikum tekið til stjórnáskilnaðs. Ákvæðið er í samræmi við meginreglu íslensks réttar um neikvæð réttaráhrif refsidóma. Tilgangur þess er að banna að refsímál komi aftur til meðferðar sem lokadómur hefur fengist fyrir. Ákvæðið útilokar hins vegar ekki að sótt sé samtímis að sakborningi úr tveimur áttum ef ekki liggur fyrir endanleg niðurstaða í öðru hvoru málinu. Af þessum sökum má fallast á það með samkeppnisráði að fyrrgreind ákvæði banni aðeins nýja saksókn eftir að viðkomandi hefur verið sýknaður eða sakfelldur með lokadómi og enn fremur setur ákvæðið þær skorður að ekki er unnt að refsa viðkomandi sakborningi oftari en einu sinni vegna sama brots. Því er svo við að bæta að regla 4. gr. samningssviðauka nr. 7 við MSE á því aðeins við að um sé að ræða sama aðila í báðum tilvikum. Hún á því augljóslega ekki við í máli að því leyti sem opinber lögsókn og refsing kann að vera gerð á hendur einstaklingum í framhaldi af aðgerðum samkeppnisyfirvalda.

III Andmælaréttur og fleira

1

Í úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar hefur áður komið fram að hún lítur svo á að í andmælaréttinum felst að aðili eigi rétt til aðgangs að gögnum málsins og þeim upplýsingum sem fram hafa komið, þar með talin kröfugerð ef um það er að ræða. Í réttinum felst einnig að svo sé um hnúta búið að aðili eigi þess kost að kynna sjónarmið sín nægjanlega. Andmælarétturinn nær hins vegar almennt ekki til röksemda sem hugsanlegt er að stjórnvöld noti við töku ákvörðunar eða til þess að aðili skuli fyrirfram fá vísbendingar um hvernig stjórnvöld munu túlka lög eða eldri ákvarðanir í niðurstöðum sínum.

2

Meðferð samkeppnisyfirvalda í máli þessu lýtur að þeim fyrirtækjum sem greinir í málinu. Til hliðar við þá meðferð hefur sem áður segir hafist lögreglurannsókn á hendur sumum starfsmönnum þeirra fyrirtækja sem hér koma við sögu auk rannsóknar á hendur fyrirtækjunum sjálfum. Sömu starfsmenn kunna að hafa veitt

upplýsingar í samkeppnismálinu vegna umræddra fyrirtækja sem þeim hefði verið heimilt að halda leyndum við rannsókn opinbers máls. Hafa ber í huga að meðferð samkeppnismála sem lokið getur með viðurlagaákvörðun er engan veginn sú sama og meðferð opinberra mála enda er ólíkur tilgangur sem að er keppt með hvoru kerfinu fyrir sig. Hins vegar verður að leysa úr því álitaefni hvort íslensk lög, þar á meðal ákvæði MSE, seti upplýsingaskyldu fyrirsvarmannana til samkeppnisyfirvalda einhverjar skorður. Hér er á hinn bóginn ekki til úrlausnar hvort eða með hvaða hætti nota megi upplýsingar í opinberu máli á hendur þeim eða öðrum sem þegar hafa verið gefnar í samkeppnismáli.

3

Rannsókn samkeppnisyfirvalda í framhaldi af húsleit og haldlagningu gagna fór í upphafi fram með skírskotun í 39. gr. samkeppnislaga þar sem óskað var eftir tilteknum upplýsingum. Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að samkeppnisráð líti svo á að almenn bréf af þessum toga leggi ekki beina lagaskyldu á hendur fyrirtæki til að veita upplýsingar og að engin viðurlög séu við því þó að fyrirtæki fari ekki eftir þeim. Til þess að slík skylda skapist þurfi að taka sérstaka stjórnisluákvörðun þar að lútandi. Hvað sem því líður er ljóst að Olís og OHF hófu samstarf við Samkeppnisstofnun um að upplýsa mál þetta með það í huga að fá lækkaðar hugsanlegar sektir. Þá er og ljóst af bréfaskrifum Samkeppnisstofnunar til Skeljungu 23. október 2002 að stofnunin taldi sig ekki vera að leggja skyldu á fyrirtækið til að veita upplýsingar. Í framhaldinu taldi Skeljungur sig einnig gefa upplýsingar með það í huga að fá lækkaðar sektir.

4

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að beiðni Samkeppnisstofnunar um upplýsingar samkvæmt 39. gr. samkeppnislaga feli í sér skyldu fyrir móttakanda hennar að verða við henni nema annað sé skýrt tekið fram. Kemur það raunar fram í lagagreininni að umbeðnar upplýsingar skuli gefnar og umbeðin gögn skuli afhent innan hæfilegs frests sem Samkeppnisstofnun setur. Skyldan nær einnig til þess að gefa munnlegar skýrslur. Telja verður að brot á þessari skyldu geti eftir atvikum varðað sektum samkvæmt 57. gr. sömu laga. Mál þetta snýst um rannsókn samkvæmt samkeppnislögum á hegðun tiltekinnra fyrirtækja og eftir atvikum beitingu stjórnisluviðurlaga af því tilefni. Það snýst hins vegar ekki um rannsókn á hendur

tilteknum einstaklingum. Ákvæði 32. gr. laga um meðferð opinberra mála eiga hér ekki við og samkeppnislög hafa ekki að geyma nein ákvæði um rétt manns til að vitna ekki gegn sjálfum sér ef rannsókn fer fram á hendur fyrirtæki enda stendur oft þannig á að engin slík rannsókn er í auglýsing er rannsókn á hendur fyrirtæki fer fram. Samkvæmt þessu og til þess að samkeppnislög geti náð tilgangi sínum er eðlilegt að telja að reglur samkeppnislaga um upplýsingaskyldu takmarkist fyrst og fremst við það að fyrirsvarsmenn fyrirtækja þurfi ekki að tjá sig um spurningar og upplýsingar sem fela í sér huglægt mat um það hvort brotið hafi verið gegn samkeppnislögum. Slík takmörkun kemur þó aðeins til greina að einhvers konar þvingun hafi verið beitt. Af því leiðir að ekki kemur til þessarar takmörkunar ef viðkomandi hefur gefið skýrslu af fúsum og frjálsum vilja.

5

Áfrýjunarnefndin telur samkvæmt þessu að fyrirsvarsmönnum áfrýjenda hafi verið skylt að afhenda öll gögn sem um var beðið og gefa skýrslur um málsatvik nema að því leyti sem svör við spurningum gátu falið í sér huglægt mat samkvæmt framansögðu en ekki aðeins skýringu eða fyllingu á þeim gögnum sem þegar lágu fyrir. Áfrýjunarnefndin mun hafa þetta í huga þegar einstök meint samráðstilvik verða metin síðar í þessum úrskurði. Sú staða að fyrirsvarsmenn áfrýjenda hafi síðan sætt lögreglurannsókn vegna ætlaðra brota gegn samkeppnislögum breytir engu um lögmæti þeirra sönnunargagna sem aflað hefur verið í því máli sem hér er til meðferðar.

6

Því er haldið fram einkum af Olís og Skeljungu að þar sem núverandi og fyrrverandi fyrirsvarsmenn félaganna séu nú sakborningar hafi félögin ekki aðgang að nauðsynlegum upplýsingum og geti því ekki notið andmælaréttar. Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun hafa aðilar máls þessa fengið í hendur tvær frumathuganir Samkeppnisstofnunar þar sem gerð er rækileg grein fyrir skilningi stofnunarinnar á gögnum málsins. Fyrirsvarsmönnum fyrirtækjanna var einnig skylt að láta í té upplýsingar og gögn í þeim mæli sem áður er rakið. Samkvæmt 3. mgr. 32. gr. laga um meðferð opinberra mála er sakborningi óskyld á öllum stigum opinbers máls að svara spurningum sem varða refsiverða hegðun sem honum er gefin að sök. Ber yfirheyrenda að benda sakborningi ótvírætt á þennan rétt þegar efni standa til. Sá

þagnarréttur sem einstakir fyrirvarsmenn áfrýjenda eða áfrýjendur sjálfir kunna að eiga í hugsanlegri eftirfarandi lögreglurannsókn verður ekki talin geta breytt meginatriðum framangreinds andmælaréttar fram til þess tíma að viðkomandi er orðinn sakborningur.

7

Skeljungur hefur bent á að sumir starfsmenn félagsins hafi átt þess fyrst kost að mæta til skýrslutöku hjá Samkeppnisstofnun um efni síðari hluta frumathugunar eftir að lögreglurannsókn hófst þann 30. september 2003. Af þeirri ástæðu hafi ekki verið unnt að taka afstöðu til síðari hluta frumathugunar Samkeppnisstofnunar sem send hafi verið til áfrýjenda með bréfum 5. desember 2003. Af þessu tilefni tekur áfrýjunarnefndin fram að áfrýjendur hljóta að eiga þess kost að beita andmælarétti sínum með aðstoð starfsmanna sinna að því marki sem viðkomandi starfsmaður þeirra, sem kann að vera sakaður um brot, fellir ekki á sjálfan sig sök. Einnig geta áfrýjendur notið aðstoðar þeirra starfsmanna sem ekki eru sakaðir um brot og geta veitt leiðbeiningar og skýringar um gögn málsins. Almenn og sérhæfð mótmæli koma einnig að gagni í málum þar sem krafist er ríkra sönnunargagna. Í heild má segja að andmælaréttur áfrýjenda takmarkist hér með svipuðum hætti og vera myndi ef lögreglurannsókn væri hafin samtímis gegn fyrirtæki og starfsmönnum þess. Áhættan af skorti á upplýsingum til andmæla hvílir því á viðkomandi fyrirtæki þegar svona stendur á. Við þetta bætist að miðað við gögn málsins hefur hvorki verið gert sennilegt né líklegt að áfrýjendur hafi ekki getað notið andmælaréttar í fullnægjandi mæli. Að mati áfrýjunarnefndarinnar er niðurstaðan því sú að hugsanlegur þagnarréttur einstakra fyrirvarsmanna áfrýjenda eða áfrýjenda sjálfra í eftirfarandi lögreglurannsókn breyti því ekki að áfrýjendur teljast hafa átt kost á fullnægjandi andmælum.

8

Olís hefur gagnrýnt að eftir munnlega málsreifun lögmannna áfrýjenda hjá samkeppnisráði þann 18. október 2004 hafi formaður ráðsins tilkynnt að ráðið myndi sitja áfram og fjalla um niðurstöðu í málinu. Á fundi ráðsins hafi þrjár einstaklingar sem borið hafi hitann og þungann af rannsókn Samkeppnisstofnunar setið áfram. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur fram að Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð séu í raun aðilar sem vinna sameiginlega að rannsókn og ákvörðunum í

samkeppnismálum eftir því sem nánar greinir í samkeppnislögum en ekki aðskilin stjórnvöld. Slíku fyrirkomulagi í lögum verður ekki hnekkkt með vísan til andmælareglu.

9

Olúfélögin þrjú hafa gagnrýnt að Samkeppnisstofnun hafi lagt fyrir samkeppnisráð drög að ákvörðun í málinu sem Samkeppnisstofnun hafi þá þegar unnið fyrir samkeppnisráð. Fram er komið að áfrýjendur áttu þess kost að gagnrýna frumathuganir Samkeppnisstofnunar og því er ekki haldið fram að aðgangur að gögnum málsins hafi verið skertur. Fyrirgreind drög að niðurstöðu ákvörðunar teljast vinnuskjöl sem eru ekki andlag andmælaréttar. Af þessum sökum voru umrædd drög ekki hluti þess efnis sem fellur undir andmælarétt. Umræddri mótbáru verður því ekki sinnt.

10

Olúfélögin þrjú hafa gagnrýnt að samkeppnisráð hafi breytt viðmiðunartímabilum við útreikning áætlaðs hagnaðar olúfélaganna frá því sem var í frumathugun þannig að allt aðrar forsendur, útreikningar og tölur hafi verið notaðar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að æskilegt hefði verið að áfrýjendum hefði gefist kostur á að gagnrýna hinar breyttu forsendur útreikninganna áður en til ákvörðunar samkeppnisráðs kom. Á hinn bóginn ber að hafa í huga að breyting þessi kom til vegna þess að við fyrri útreikninga var ekki kunnugt um að til væru gögn frá einu olúfélaganna sem næðu aftur til ársins 1993. Er þetta nánar skýrt í hinni kærðu ákvörðun. Að auki verður ekki séð að umrædd breyting viðmiðunartímabila hafi falið í sér grundvallarbreytingu á þeirri aðferðarfræði sem fram kom í frumathugun, þ.e. að bera skyldi saman tiltekin tímabil í starfsemi olúfélaganna við útreikning á áætluðum hagnaði þeirra. Með hliðsjón af þessu telur áfrýjunarnefndin nægjanlegt að unnt hafi verið að gagnrýna breytinguna og útreikninginn hér fyrir áfrýjunarnefndinni eins og gert hefur verið.

IV Rannsókn málsins

Því er haldið fram að rannsókn máls þessa sé ábótavant og brjóti gegn 10. gr. stjórnsýslulaga. Nefnd hafa verið nokkur dæmi þessu til stuðnings. Áfrýjunarnefndin hefur skoðað gögn máls þessa og hugað að rannsókn þess. Það er niðurstaða hennar að rannsókn málsins hefur verið óvenjulega yfirgripsmikil og ljóst er að ýmis atriði hafa ekki verið skýrð með fullnægjandi hætti. Þó þykir fjarri lagi að þeir annmarkar sem bent hefur verið á eða fundist hafa séu þess eðlis að þeir eigi að valda ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar. Hafa verður einnig í huga að áfrýjendur hafa sjálfir gert rannsókn málsins erfiðari en ella væri með fyrirmælum um eyðingu gagna sem ætla má að hafi heppnast í einhverjum tilvikum svo og með því að afhenda ekki gögn til Samkeppnisstofnunar í öllum tilvikum sem óskað hafði verið eftir. Í hinni kærðu ákvörðun er vikið nánar að báðum þessum atriðum. Ófullnægjandi rannsókn einhverra atriða mun hins vegar koma áfrýjendum til hagsbóta varðandi einstök samráðstilvik samkvæmt venjulegum sönnunarreglum að því marki sem þeir sjálfir verða ekki taldir bera ábyrgð á gagnaskorti.

V Upplýsingar gefnar á röngum forsendum

OHF hefur vísað til þess að formaður, varaformaður og lögmaður félagsins hafi átt fund með forstöðumanni Samkeppnisstofnunar þann 1. mars 2002 þar sem tilgangurinn var að fara yfir ýmis efnisatriði áður en til samstarfs kæmi við samkeppnisyfírvöld. Það hafi síðan orðið sameiginlegur skilningur fulltrúa OHF og Samkeppnisstofnunar að stofnunin myndi ekki hlutast til um að opinber rannsókn yrði hafin sem hugsanlega beindist að starfsmönnum OHF ef félagið gengi til samstarfs um að upplýsa málavexti ef „ *málið tæki ekki breytingum til hins verra á rannsóknartímanum.*“ OHF telur að þessi niðurstaða hafi í sjálfu sér ekki ráðið úrslitum um ákvörðun stjórnar félagsins síðar sama dag um að ganga til samstarfs við Samkeppnisstofnun en hafi engu að síður haft sín áhrif þegar lagt var að starfsmönnum félagsins að ganga til þessa samstarfs með OHF.

Af hálfu Olís er því haldið fram að fyrirsvarsmenn Samkeppnisstofnunar hafi lofað því að Samkeppnisstofnun myndi ekki óska eftir lögreglurannsókn ef starfsmenn olúfélaganna féllust á að gefa skýrslur hjá stofnuninni. Í kæru Skeljungs segir að Samkeppnisstofnun hafi aldrei á það minnst að ætlunin hafi verið að nota upplýsingar sem félagið gaf á fundum með stofnuninni sem grundvöll að kæru til lögreglu.

Af hálfu samkeppnisráðs er því alfarið mótmælt að OHF eða öðrum áfrýjendum hafi verið veittar upplýsingar á röngum forsendum. Engin loforð hafi verið gefin sem skilja mætti þannig að athygli lögreglu yrði ekki vakin á umfangi og alvarleika málsins.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála bendir á að hvorki af bréfum áfrýjenda né fundargerðum samkeppnisráðs komi fram að samkeppnisyfirvöld hafi gefið áfrýjendum neins konar fyrirheit um að málið myndi ekki koma til kasta lögreglu ef áfrýjendur tækju upp samvinnu við samkeppnisyfirvöld. Önnur gögn málsins styðja heldur ekki slíka ályktun. Fyrrgreindum andmælum verður þegar af þeim ástæðum ekki sinnt.

VI Skýring 10. gr. samkeppnislaga

1

Í 10. gr. samkeppnislaga var fram til gildistöku laga nr. 107/2000 að finna svofellt ákvæði:

Samningar og samþykktir, hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir milli fyrirtækja á sama sölustigi eru bannaðar þegar þær lúta að eða er ætlað að hafa áhrif á:

- a. verð, afslætti eða álagningu,
- b. skiptingu markaða eftir svæðum, eftir viðskiptavinum eða eftir sölu og magni,
- c. gerð tilboða.

Samvinna á sama sölustigi um leiðsögn við útreikning á verði, afslætti og álagningu er bönnuð.

Ákvæðinu var breytt með lögum nr. 107/2000 einkum þannig að nú tekur ákvæðið bæði til láréttra og lóðréttra samninga og bann við þeim síðarnefndu var því ekki lengur bundið við samráð um verð eins og var eftir eldra ákvæði. Einnig varð orðalagsbreyting á 1. mgr. sem þó verður ekki talin hafa neina meginþýðingu fyrir úrslit máls þessa að mati áfrýjunarnefndarinnar. Ljóst er að fyrirmynd nýja ákvæðisins var sótt til 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Ákvæði 10. gr. hljóða nú svo:

Allir samningar og samþykktir milli fyrirtækja, hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað eru bannaðar.

Bann þetta tekur m.a. til samninga, samþykktu og samstilltra aðgerða sem:

- a. áhrif hafa á verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með beinum eða óbeinum hætti,
- b. takmarka eða stýra framleiðslu, mörkuðum, tækniþróun eða fjárfestingu,
- c. skipta mörkuðum eða birgðalindum,
- d. mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og veikja þannig samkeppnisstöðu þeirra,
- e. setja sem skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.

Eins og síðar kemur fram í þessum úrskurði mun áfrýjunarnefndin eingöngu byggja niðurstöður sínar á upphaflegu ákvæði 10. gr. samkeppnislaga og er því miðað við efni hennar í framhaldinu nema annað sé tekið fram.

2

Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga gildir um samninga, skilmála og athafnir sem ætlað er að hafa áhrif hér á landi. Það ber að skýra samkvæmt íslenskum lögskýringargögnum og lögskýringarsjónarmiðum. Við túlkun er mikilvægt að markmið samkeppnislaga náist en þó að gættu því réttaröryggi sem fyrirtækin eiga rétt á samkvæmt löggjöf og alþjóðlegum skuldbindingum. Fyrrgreind sjónarmið koma þó ekki í veg fyrir að ákvæðið skuli einnig skýra með hliðsjón af sambærilegum í 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og 1. mgr. 81. gr. Rómarsamningsins að því leyti sem unnt er. Það sama á raunar við um eldri reglu eftir því sem orðalag hennar stendur til enda var stefnt að því við lögtöku samkeppnislaga að samræma þau eftir því sem ástæða þótti til að þeim

reglum sem giltu annars staðar í Evrópu. Það leiðir svo af eðli málsins að réttarkerfi Evrópubandalagsins og Evrópska efnahagssvæðisins eru ólík innbyrðis og ólík réttarkerfi íslenska ríkisins. Ber ávallt að hafa það sjónarmið í huga þegar horft er til evrópska réttarreglna og dómaframkvæmdar til leiðbeiningar við túlkun íslensks réttar.

3

Af framangreindu leiðir að þegar metið er hvort brotið hafi verið gegn ákvæði 10. gr. samkeppnislaga skiptir tilgangurinn með aðgerðunum mestu máli en ekki hvaða áhrif þær höfðu í raun og veru. Það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að einhver áhrif hafi orðið af samráðinu. Áhrifin geta hins vegar haft þýðingu þegar stjórnsluviðurlög eru ákveðin. Áfrýjunarnefndin lítur enn fremur svo á að hugræn afstaða viðkomandi til samkeppnishamlandi aðgerða skipti ekki máli sem skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins. Nægjanlegt er að sannað sé að tilteknar ráðstafanir lúti að eða sé ætlað að hafa tiltekin samkeppnishamlandi áhrif hlutrænt séð án þess að ásetningur eða gáleysi komi þar sérstaklega til skoðunar. Áfrýjunarnefndin lítur loks svo á að orðalag 10. gr. samkeppnislaga eins og því var breytt með lögum nr. 107/2000, þ.e. „ (...) *sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir* (...)“ feli í sér óverulega efnisbreytingu frá fyrra orðalagi greinarinnar.

4

Eins og fram er komið leggur ákvæði 10. gr. fyrri samkeppnislaga bann við hvers konar samvinnu fyrirtækja á sama sölustigi, sem lúta að eða er ætlað að hafa áhrif á verð, skiptingu markaða og gerð tilboða. Samráð fyrirtækja um þau atriði sem um er fjallað í ákvæðinu er til þess fallið að valda neytendum og atvinnulífinu tjóni og teljast samkeppnistakmarkanir af þessu tagi meðal hinna alvarlegustu. Samkvæmt lögskýringum í samkeppnisrétti skiptir ekki máli í hvaða formi samningar, samþykktir eða samstilltar aðgerðir eru og hugtökin eru þar að auki skýrð rúmt í hefðbundnum samkeppnisrétti. Af þessu leiðir m.a. að skiptist fyrirtæki reglulega á upplýsingum sem hafa þýðingu fyrir verðákvörðun, skiptingu markaðar eða gerð tilboða getur slíkt, að öðrum skilyrðum uppfylltum, talist brot á 10. gr. Verður nánar vikið að einstökum samráðstilvikum í III. hluta úrskurðar þessa.

5

Í samkeppnisrétti er það meginatriði að eðlileg samkeppni gerir ráð fyrir sjálfstæðum fyrirtækjum sem taka sjálfstæðar ákvarðanir þegar þau ákveða viðskiptastefnu sína. Sá grundvöllur raskast þegar fyrirtæki hafa einhvers konar samráð sín á milli í því skyni að hafa áhrif á samkeppni. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga er reist á þessari forsendu. Ákvæðið sætir tiltekinni túlkun sem er í samræmi við markmið samkeppnislaga. Gildissvið 10. gr. samkeppnislaga tekur til háttsemi sem fellur undir hana skýrðri hefðbundinni lögskýringu. Því telur áfrýjunarnefndin að ekki sé um að ræða að þessi réttarheimild sé of óljós til að henni verði beitt. Áfrýjunarnefndin telur að þessi meginsjónarmið hafi í raun verið staðfest í dómi Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 og mun hún því áfram leggja þau hér til grundvallar. Ekki hefur verið sýnt fram á að þessi niðurstaða sé í ósamræmi við mannréttindasáttmála Evrópu eða dóma mannréttindadómstólsins sem taka heldur ekki af skarið í þessu efni.

VII Samfelld samráð á samkeppnismarkaði

1

Það hefur þýðingu í máli þessu að ákvarða hvort líta megi á sumar aðgerðir áfrýjenda eða allar sem samfellda brotastarfsemi. Upphafstími fyrir fyrningu brota samkvæmt samkeppnislögum getur m.a. oltið á þessu eins og síðar verður vikið að. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að þegar ólögmaett samráð milli keppinauta um tengdar aðgerðir standa yfir í langan tíma og hafa það að markmiði að raska samkeppni á tilteknum markaði sé unnt að ræða um samfellda brotastarfsemi eða samfelld samráð. Þegar svo er ber ekki að líta til hvers brots fyrir sig eins og um ótengd brot væri að ræða heldur verður talið að brotastarfsemi ljúki ekki fyrr en síðasta broti lýkur. Hegðunarform fyrirtækjanna innan samstarfsins skiptir ekki öllu máli ef á annað borð er unnt að líta svo á að um brot á 10. gr. samkeppnislaga hafi verið að ræða. Í heildina tekið má því segja að starfi fyrirtæki reglubundið saman á ákveðnu tímabili til að ná fram sameiginlegu markmiði um að raska samkeppni andstætt ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga megi líta svo á að um samfelld samráð þeirra allra hafi verið að ræða. Bann samkeppnislaga við samráði fyrirtækja taka samkvæmt framansögðu til allra fyrirtækja sem starfa reglubundið saman með endurteknum og skipulögðum aðgerðum í sama efnahagslega umhverfi. Veigamikil

vísbinding um að svo sé felst í því að fyrirtækin fylgist hvert með öðru og geri athugasemdir ef brugðið er út af. Ekki er hér skilyrði að þau taki öll þátt í hverju broti fyrir sig.

2

Í úrskurði þessum verður ekki sérstaklega vikið að því varðandi einstök samráðstilvik hvort þau megi meta sem lið í samfelldu samráði. Nægjanlegt er í því efni að meta eðli brotanna í heild samkvæmt þeim sjónarmiðum sem þegar hafa verið reifuð.

3

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að í máli því sem hér er til meðferðar hafi olíufélögin þrjú, Skeljungur, Olís og OHF, haft með sér víðtækt ólögmaett samráð sem nánar verður tilgreint í III. hluta úrskurðar þessa. Samráðið hefur staðið yfir í mörg ár og sameiginlegt markmið þeirra hefur verið að raska kerfisbundið samkeppni með ýmsum samráðsaðgerðum sem voru einkum í því fólgin að eyða samkeppni og hækka vöruverð. Ekki verður talið skipta máli undir hvaða lið ákvæðisins einstök samráðstilvik verða felld og hvert þeirra um sig verður ekki skoðað sem einangrað fyrirbæri heldur hluti af heild. Útboðsmálin mynda hér enga sérstöðu enda er sérstaklega til þeirra vitnað í 10. gr. samkeppnislaga. Áfrýjunarnefndin telur með hliðsjón af þeim niðurstöðum sem fram koma í III. hluta úrskurðar þessa engan vafa leika á því að samskipti olíufélaganna þriggja fullnægi þeim skilyrðum að teljast samfelld ólögmaett samráð. Um málefni Bensínorkunnar verður fjallað í XI í þessum hluta.

4

Áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt að kanna hvert samráðstilvik sérstaklega með líkum hætti og samkeppnisráð gerði og er sérstaklega um það fjallað í III. hluta úrskurðarins. Ástæðan er í fyrsta lagi sú að nauðsynlegt er að mæla umfang samráðsstarfseminnar sem slíkrar og í öðru lagi er nauðsynlegt að tilgreina hvaða olíufyrirtæki hafa staðið að tilteknum brotum. Þetta skiptir m.a. máli þegar lagt er mat á stjórnsýsluviðurlög.

VIII Lagaskil

Nokkrar breytingar hafa átt sér stað á tilteknum ákvæðum samkeppnislaga á þeim tíma sem hið samfellda samráð fór fram. Þau lagaskil kunna að hafa þýðingu fyrir úrslit máls þessa í eftirtöldum samböndum:

- Varðandi skýringu á eldri og yngri 10. gr. samkeppnislaga en að því hefur þegar verið vikið í VI í þessum hluta.

- Í tengslum við fyrningu brota en um það atriði verður nánar fjallað í IX í þessum hluta.

- Varðandi ákvörðun stjórnsluviðurlaga. Vikið verður nánar að þessu atriði í IV hluta, II 1.

Í allri tilvísari umfjöllun er gerð grein fyrir því að hvaða marki eldri ákvæðum er beitt í samræmi við þær meginreglur sem 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 7. gr. MSE eru byggðar á.

IX Fyrning

1

Samkeppnislög hafa ekki að geyma sérstök ákvæði um fyrningu brota. Áfrýjunarnefndin telur hins vegar eðlilegt að beita um þetta ákvæði 80. gr. alm.hgl. með áorðnum breytingum með lögjöfnun. Ástæðan er einkum sú að hér er um eðlislík tilvik að ræða. Rök um skýrleika réttarheimilda mæla einnig með þessari niðurstöðu.

2

Ákvæði 81. gr. alm.hgl. mælir svo fyrir að sök fymnist með eftirfarandi hætti:

„ 1. Á 2 árum, þegar ekki liggur þyngrri refsing við broti en 1 árs fangelsi eða refsing sú, sem til er unnið, fer ekki fram úr sektum”

Við þá lagabreytingu sem varð á alm.hgl. með 5. gr. laga nr. 39/2000 var skotið inn nýju ákvæði, þ.e. tölulið 4. þar sem segir svo:

„Fyrningarfrestur vegna refsiaþbyrgðar lögaðila er 5 ár.“

3

Í VII í þessum hluta var gerð grein fyrir því að brot áfrýjenda, Skeljungs, Olís og OHF, feli í sér samfellt samráð. Aðalatriðið er að skyldleiki og samfella brotanna leiða til þess að ekki er eðlilegt að viðkomandi fyrirtæki geti komist hjá stjórnvaldsviðurlögum með því að halda ólögumætum verknaði leyndum. Samkvæmt 82. gr. alm.hgl. telst fyrningarfrestur frá þeim degi, er refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi lauk. Í samkeppnisrétti er rétt að líta svo á að svipuð sjónarmið gildi og fram koma í tilvitnaðri grein. Einn og sami fyrningarfrestur verður því talinn gilda fyrir allt brotið.

4

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að fyrning rofni þegar stjórnvald á samkeppnisviði sakar viðkomandi aðila með skýrum og sannanlegum hætti um tiltekið brot. Eru ákvæði alm.hgl. um það efni þar höfð til hliðsjónar. Samkvæmt 8. gr. samkeppnislaga undirbýr Samkeppnisstofnun mál sem lögð eru fyrir samkeppnisráð og ráðgjafarnefndir þess og annast dagleg störf ráðsins auk þess sem samkeppnisráð getur falið Samkeppnisstofnun ákvörðunarvald sitt á afmörkuðum sviðum samkvæmt nánari reglum sem ráðið setur. Einn þáttur þessa undirbúnings er öflun gagna, þar á meðal athuganir á starfsstöð fyrirtækis og haldlagning gagna samkvæmt 40. gr. samkeppnislaga. Við framkvæmd slíkra aðgerða skal fylgja ákvæðum laga um meðferð opinberra mála. Þessir aðilar vinna því sameiginlega að rannsókn og ákvörðunum í samkeppnismálum, þar sem gert er ráð fyrir tiltekinni verkaskiptingu, en ekki sem aðskilin stjórnvöld eins og áður hefur komið fram. Beiðni Samkeppnisstofnunar um húsleitarheimild var tekin fyrir hjá Héraðsdómi Reykjavíkur þann 17. desember 2001 og var hún heimiluð sama dag. Tók hún til leitar og haldlagningar á munum og gögnum í húsnaði og læstum hirslum og til að taka afrit gagna sem geymd voru á tölvutæku formi. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er því þeirrar skoðunar að fyrningu hafi verið slitið við húsleitina sem fram fór í kjölfarið þann 18. desember 2001 en við þann atburð varð augljóst að áfrýjendur voru sakaðir um brot gegn samkeppnislögum. Rétt þykir einnig að telja að hinu samfellda samráði

olíufélaganna hafi einnig lokið við þann atburð enda eru hugsanleg síðari brot ekki tekin til meðferðar í úrskurði þessum.

5

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísar til fyrri ummæla um að fyrningarfrestur fyrir þau brot sem hér eru til meðferðar hafi verið 2 ár í upphafi og þar til hann var lengdur í 5 ár með 5. gr. laga nr. 39/2000 um breytingu á alm.hgl. Ljóst er af því sem rakið hefur verið í liðum 3 og 4 hér að framan að umrædd brot áfrýjenda eru ófyrnd hvort sem beitt er eldri eða yngri reglum alm.hgl. Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar er því sú að fyrning er því ekki því til fyrirstöðu að stjórnvaldssektir verði lagðar á í máli þessu. Um Bensínorkuna er fjallað í XI í þessum hluta.

6

Ekki verður talið að óeðlileg töf hafi orðið við meðferð máls þessa hjá samkeppnisyfirköndum. Er þá tekið tillit til umfangs málsins, þess tíma sem nauðsynlegur var til að áfrýjendur gætu nýtt sér andmælarétt hjá Samkeppnisstofnun og sérstöðu málsins að öðru leyti.

X Sönnun og sönnunarmat

1

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að hér á landi gildi meginreglan um frjálst mat sönnunargagna og verður sú viðmiðun höfð í huga í máli þessu. Enginn vafi er á því að gera verður ríkar kröfur til sönnunargagna og mats á þeim þegar um verulega íþyngjandi ákvarðanir er að ræða. Í samkeppnismálum má að öðru jöfnu telja álagningu stjórnvaldssekta vegna brota á samkeppnislögum til slíkra ákvarðana. Í hinni áfrýjuðu ákvörðun eru reifuð nokkur dæmi og sjónarmið um hvernig meta skuli sönnunargögn í samkeppnismálum miðað við tilteknar aðstæður. Bent er t.d. sérstaklega á að mikill hluti þeirra minnismiða og bókana sem stuðst hafi verið við í málinu komi frá aðilum sjálfum og að gögn þessi séu rituð á þeim tíma sem atvikin gerðust og án tengsla við síðari rannsókn. Sönnunargildi þeirra hljóti því að vera ríkt og fellst áfrýjunarnefndin á það.

2

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur skipta meginmáli að gera verði ríkar kröfur til sönnunar og sönnunarmats í samræmi við meginregluna um frjálst mat sönnunargagna. Samkeppnismál hafa þó nokkra sérstöðu varðandi sönnun og sönnunarmat í samráðsmálum sem þessum sem felst einkum í því að hegðun fyrirtækja og stjórnenda þeirra á tilteknum markaði getur, á grundvelli reynslulögmála, ein sér gefið sterkar vísbendingar um ólögmætt atferli. Þannig geta viðræður keppinauta um málefni sem falla undir gildissvið 10. gr. samkeppnislaga veitt verulegar líkur fyrir því að þær hafi verið þáttur í ólögmætu samráði. Þá þykir alveg ljóst að bæði bein og óbein sönnunargögn koma hér til skoðunar. Hafa ber einnig í huga að í sumum tilvikum hafa fundist gögn í vörslum olíufélaganna sem sjálf mæla fyrir um eyðingu þeirra. Þessi gögn hafa aukið sönnunargildi að því er varðar atriði sem veita vísbendingar um ólögmætt samráð.

3

Í tengslum við sönnun í máli þessu verður jafnframt haft í huga að fákeppni ríkir á þeim markaði sem hér um ræðir. Ljóst er að áfrýjendur hafa fullt frelsi til að verðleggja vörur sínar og geta í því sambandi tekið með í reikninginn hegðun keppinauta sinna í nútíð og framtíð. Þetta á sérstaklega við ef það leiðir af eðli markaðarins að fyrirtæki á auðvelt með að fylgjast með hegðun keppinautar. Því er alveg ljóst að fákeppnisstaða getur í sumum tilvikum verið fullnægjandi skýring á tiltekinni markaðshegðun. Verður það haft í huga í máli þessu.

XI Málefni Bensínorkunnar ehf.

Fram er komið að Skeljungur stofnaði Bensínorkuna ehf. (Orkan) ásamt eignarhaldsfélögum Hagkaupa og Bónuss á árinu 1995 og var Skeljungur þá eigandi að 1/3 hluta í félaginu. Í janúar 2000 keypti Skeljungur öll hlutabréf Baugs hf. í Orkunni og átti þá 2/3 hluta í henni. Frá og með 1. nóvember 2001 hefur Skeljungur átt 80% af hlutafé Orkunnar. Frá janúar 2000 töldust því Skeljungur og Orkan fyrirtækjasamstaða samkvæmt ákvæðum 4. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig 1. mgr.

14. gr. þágildandi samkeppnislaga. Upplýst er í málinu að upphaflegar húsleitaraðgerðir Samkeppnisstofnunar beindust ekki að Orkunni. Í bréfi Samkeppnisstofnunar til Skeljungs frá 22. maí 2003 var hins vegar tilkynnt að í ljósi fyrrgreindra eignatengsla yrði framvegis litið svo á að Skeljungur færi með fyrirsvaer fyrir Orkuna í málinu. Sams konar tilkynning var send Orkunni. Í svarbréfi Skeljungs frá 13. júní 2003 var talið óljóst við hvaða tímamark ábyrgð Skeljungs ætti að miða og túlkun Samkeppnisstofnunar mótmælt á þeim grundvelli að Skeljungur hafi ekki eignast meirihluta hlutafjár í Orkunni fyrr en um áramót 1999/2000. Talið var einnig óljóst hver ábyrgð félagsins gæti verið á meintum brotum Orkunnar. Í frumathugun II gerði Samkeppnisstofnun grein fyrir meintum brotum Orkunnar en ekki var fjallað um þau atriði í andmælum Skeljungs. Í kæru Orkunnar kemur fram að fyrirtækinu hafi verið kunnugt um svarbréf Skeljungs og hafi litið svo á að bréfið væri nægjanlegt svar til Samkeppnisstofnunar á því stigi.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að eignatengsl umræddra fyrirtækja hafi verið umtalsverð frá árinu 2000. Fyrirtækin teljast til fyrirtækjasamstæðu í skilningi samkeppnislaga og við bætist að fyrirtækin störfuðu náið saman á sama markaði. Á hinn bóginn er um tvö sjálfstæð fyrirtæki að ræða lögum samkvæmt. Hefur ekki verið sýnt fram á að Skeljungur hafi getað komið fram sem fyrirsvaermaður Orkunnar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að stjórnvöld verði að gæta þess að aðilar eigi þess kost að njóta andmælaréttar þannig að ekki fari á milli mála hvaða fyrirtæki eigi þann rétt. Orkan greip ekki til andmæla í þeim frumathugunum sem fyrir lágu og hagsmunir fyrirtækisins að þessu leyti komust því ekki til skila við málsmeðferðina hjá Samkeppnisstofnun og samkeppnisráði. Fyrrgreint bréf Samkeppnisstofnunar beindist ekki að Orkunni og fyrirtækið verður heldur ekki sakað um aðgerðarleysi eins og atvikum var háttað. Af þessu leiðir að andmælaréttur var brotinn á Orkunni í þeim mæli að ekki verður bætt úr hér fyrir áfrýjunarnefndinni. Ber því að ómerkja málsmeðferðina að þessu leyti og taka kröfur Orkunnar til greina.

XII Markaðurinn og staða fyrirtækja á honum

1

Þó að mál þetta fjalli einkum um brot á 10. gr. samkeppnislaga er nauðsynlegt til þess að meta atvik í réttu lagalegu samhengi að fram fari greining á markaðnum og stöðu fyrirtækjanna sem koma við sögu. Hafi fyrirtæki ólögmeitt samráð á tilteknum vörumarkaði verður almennt að telja það því alvarlegra því stærri sem markaðurinn er sem samráðið nær til. Með svipuðum hætti má almennt telja slíkt samráð alvarlegra eftir því sem staða umræddra fyrirtækja er sterkari á markaðnum. Rannsókn Samkeppnisstofnunar tók til árána 1993-2001 og verður miðað við það tímabil hér.

2

Samkvæmt 6. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar. Með slíkri greiningu er nánar leitast við að skilgreina þann vettvang sem samkeppnishamlandi athafnir kunna að hafa áhrif á. Af þessu leiðir einnig að markað verður nánar að greina út frá tveimur sjónarmiðum, þ.e. annars vegar með tilliti til þeirra vara sem koma til álita og hins vegar af því sölusvæði þessara vara sem til álita kemur.

Með hliðsjón af því sem segir í II. í hinni kærðu ákvörðun má á það fallast að markaðurinn í máli þessu taki til fljótandi eldsneytis og annarra olíuvara og að landfræðilegi markaðurinn sé Ísland. Þá er á það fallist að olíufélögin hafi mjög sterka stöðu á markaðnum bæði vegna þess að þau ráða sameiginlega næstum öllum þeim markaði sem um ræðir í málinu svo og með hliðsjón af heildarsöluverðmæti varanna.

III. HLUTI

Þau atriði sem fjallað er um í þessum hluta eru þau sömu og fjallað er um í köflum IV. – IX. í hinni kærðu ákvörðun. Samræmi verður einnig haft við umfjöllun undirliða.

Í sumum tilvikum í ákvörðun samkeppnisráðs er fjallað um atvik án þess að ályktað sé sérstaklega um lögmæti þeirra. Slíkra atvika verður að jafnaði ekki getið í úrskurði þessum.

Þegar tölvupósta, minnismiða og annarra slíkra gagna er getið eru þau rituð með þeim villum og styttingum sem koma fram í þeim sjálfum án leiðréttinga.

I-III

(Um þessi atriði hefur verið fjallað í II. hluta úrskurðar þessa.)

IV Samráð um gerð tilboða

Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð almenn grein fyrir afstöðu olíufélaganna við gerð útboða opinberra aðila og stóriðjuvera. Komið hafi m.a. fram hjá framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF, sem starfað hafi frá október 1993 fram á mitt ár 1998, að „*alltaf þegar fulltrúar olíufélaganna þriggja hittust hafi verið rætt hvað væri að gerast á markaðnum, hvaða verktakar og smáútgerðir væru að bjóða út o.fl. Menn hafi verið hræddir við útboð, ekki síst frá opinberum aðilum. Þeim viðskiptum fylgdi oftar en ekki mikil þjónusta og kostnaður, en olíufélögin óttuðust að útboðin færu með framlegð niður úr öllu valdi.*“ Fleiri gögn eru nefnd í ákvörðun samkeppnisráðs sem talin eru eindregið benda til vilja til samstarfs um gerð útboða. Þar er m.a. nefnt minnisblað framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF dagsett 11. september 1994 til forstjóra félagsins sem lýsir fundi framkvæmdastjórans með forstjóra Olís þann 9. september 1994 svo og tölvupóst frá Skeljungu til hinna olíufélaganna frá 24. maí 1995 sem merktur var sem trúnaðarmál.

Hafa ber í huga að samkvæmt 1. gr. laga nr. 34/1953, um verðjöfnun á olíu og bensíni, var skylt að selja eldsneyti á sama verði hvar sem var á landinu. Þetta ákvæði var hins vegar felld úr gildi með lögum nr. 81/1985 um flutningsjöfnunarsjóð og innkaupajöfnun olíu og bensíns en þau lög tóku gildi 1. janúar 1986. Samkvæmt 4. gr. þeirra laga skyldi söluverð á eldsneyti „*vera hið sama til sömu nota hjá hverjum innflytjanda og útsölumönnum hans hvar sem er á landinu.*“ Umrædd lög voru felld úr gildi með lögum nr. 103/1994 sem tóku gildi 1. september 1994.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er sammála þeirri túlkun samkeppnisráðs að í fyrrgreindri lagaheimild hafi ekki falist bann við því að veita afslætti til einstakra viðskiptamanna heldur aðeins að söluverð skyldi vera það sama til sömu nota, þ.e. til sambærilegra viðskiptavina.

1. Samráð vegna útboða fram til ársins 1996

1.1. Útboð/verðkönnun Reykjavíkurborgar

Ekki er ástæða til umfjöllunar um þennan lið þar sem samkeppnisráð telur þetta útboð ekki fela í sér brot á samkeppnislögum.

1.2. Útboð Íslenska járnblendifélagsins

Um þennan lið verður fjallað í IV 12 hér síðar.

1.3. Útboð Flugleiða 1994 vegna innanlandsflugs

Gerð verður grein fyrir þessu í IV 10 hér síðar.

1.4. Útboð Allrahanda 1995

Með bréfi frá 24. apríl 1995 óskaði fólksflutningafyrirtækið Allrahanda hf. eftir tilboðum frá olíufélögunum í m.a. dísilolíu og smurolíu en á þessum tíma var fyrirtækið í viðskiptum við Olís eftir því sem fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs. Aðalgögnin eru hér tölvupóstur framkvæmdastjóra fjármálasviðs Olís til forstjóra og fleiri stjórnenda fyrirtækisins frá 29. júní 1995 þar sem fram kemur að fyrirvarsmaður Allrahanda hafi upplýst Olís um að Skeljungur og OHF hafi gert tilboð. Í tölvupóstinum er lagt til að Olís ræði við OHF og „*finni út hvort þetta sé stefnana, þ.e. ef þeir ætla að bjóða niður okka kúnna, þá getum við farið í þeirra*

kúnna og boðið betur.“ Þá liggur fyrir minnisblað, merkt sem trúnaðarmál, sem tekið var saman innan Olís og mun vera ritað skömmu eftir 3. júlí 1995. Efni skjals þessa er rakið í hinni kærðu ákvörðun en samkvæmt því er greinilegt að viðræður fóru fram milli fyrirsvarsmanna Olís og OHF um útboð þetta og útboðsmál almennt. Má þar sérstaklega nefna að framkvæmdastjóri markaðssviðs OHF kvaðst í skýrslu hjá Samkeppnisstofnun þann 2. apríl 2002 muna eftir samtali við framkvæmdastjóra fjármálasviðs Olís þar sem rætt hafi verið um útboð Allrahanda og útboð almennt. Önnur gögn styðja enn fremur að fyrirtækin hafi haft samráð um þetta útboð og skipst á upplýsingum og er það nánar rakið í hinni kærðu ákvörðun. Fallast má á það að umrædd samskipti hafi verið samkeppnishamlandi og farið gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga. Engu máli skiptir þó olíufélögin hafi í raun tekið þátt í umræddu útboði. Hlutur Skeljungs í þessu útboði er hins vegar óljós og verður því ekki reiknaður félaginu til sakar í tengslum við þetta útboð.

1.5. Útboð/verðkannanir Vegagerðarinnar 1994-2001

Vegagerðin óskaði eftir tilboðum frá Olís og Skeljungum í „white spirit“ (WS) á tímabilinu 1994-2001 en Vegagerðin er langstærsti kaupandinn að þessu efni. Fyrir liggur að Olís og Skeljungur voru í nánú samstarfi um innflutning á efninu en þau keyptu það af erlendum birgja Skeljungs og höfðu samstarf um ákvörðun gjalda fyrir geymslu þess í tönkum.

Þann 4. maí 1995 óskaði Vegagerðin eftir tilboðum í WS. Fram er komið að í tölvupósti frá framkvæmdastjóra fjármálasviðs Olís, dags. 15. maí 1995, til m.a. forstjóra fyrirtækisins segir:

„var að tala við Þorstein Guðnason hjá Shell. Útboð Vegagerðar á morgun og ætlum við að tala saman vegna þess í fyrramálið. Vorum einnig að ræða væntanlegan innflutning á WS.“

Höfundur tölvupóstsins hefur skýrt frá því að umrædd olíufélög hafi haft með sér mjög náið samstarf vegna viðskipta með WS og hafi ákveðið saman söluverð á WS og haft með sér samráð um tilboðsgerð í þessum verðkönnunum Vegagerðarinnar. Svo sem nánar er rakið í hinni kærðu ákvörðun liggja einnig fyrir í málinu gögn sem veita vísbendingu um að annað félagið hafi haft undir höndum verðupplýsingar frá hinu

félaginu varðandi útboð það sem hér um ræðir. Hér ber enn fremur að nefna tölvupóst frá 9. apríl 1997 sem starfsmaður Olís sendi til framkvæmdastjóra fjármálasviðs og markaðssviðs smásölu hjá fyrirtækinu í tilefni af aðdraganda tilboðsins 1997. Efni tölvupóstsins er sagt vera WS og hljóðar m.a. svo:

„Það hefur borist útboð frá Vegagerðinni. Ég legg til að við gerum þetta eins og í fyrra þ.e. við fáum Akureyri en þeir rest. Ég held að við höfum rætt það í fyrra að gott væri að víxla þessu (...).“

Framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu svaraði þessu þann 9. apríl 1997 og kvaðst vera sammála. Umræðan um „víxlun“ verður hér talin skírskota til þess að árið 1997 varð Skeljungur lægstbjóðandi WS á Akureyri en Olís hins vegar á Ísafirði og Reyðarfirði en önnur ár viðmiðunartímabilsins var þessu öfugt farið.

Fyrrgreind tölvugögn studd ýmsum upplýsingum sem getið er nánar í ákvörðun samkeppnisráðs eru þess eðlis að af þeim þykir óhætt að fullyrða að Olís og Skeljungur hafi haft með sér ólöglegt samráð um tilboðsgerð á árunum 1995-2001 í tengslum við útboð Vegagerðarinnar á umræddu efni. Þær skýringar Skeljungs sem fram hafa komið þykja ekki breyta þessari niðurstöðu. Hins vegar verða fyrrgreind olíufélög ekki fundin sek um ólöglegt samráð árið 1994 þar sem gögn skortir um samráð á því ári. Áfrýjunarnefndin telur ósannað í máli þessu að OHF hafi tekið þátt í umræddu samráði.

1.6. Útboð Ístaks 1996

Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun óskaði verktakafyrirtækið Ístak eftir tilboðum í eldsneyti frá olíufélagunum í upphafi árs 1996. Í fundargerð framkvæmdastjórnar OHF frá 6. febrúar 1996 er bókað „Tala við OLÍS um að ekki sé skilað inn tilboði nema útboðið og tilboðsopplýsingin sé formleg“. Síðan er bókað að það sé verkefni forstjóra OHF að ræða við forstjóra Olís. Forstjóri OHF hefur staðfest fyrir Samkeppnisstofnun að hann hafi rætt við forstjóra Olís um að félögin myndu ekki skila inn tilboði í útboði Ístaks nema tryggt væri að útboðið yrði formlegt. Af hálfu OHF er það ekki véfengt að rætt hafi verið við Olís um þetta mál en þær skýringar eru gefnar að vegna tengsla Ístaks og Skeljungs væri ólíklegt að lágt tilboð myndi leiða til annars en að Skeljungu yrði gert fært að jafna boðið. Því hefði þurft að

tryggja að lagareglum um útboð yrði fylgt til þess að tryggja jafna samkeppni á markaðnum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að ákvæði 10. gr. samkeppnislaga banni allt samráð við gerð tilboða og geri ákvæðið þannig kröfu um fullkomið sjálfstæði keppinauta varðandi alla þætti sem tengjast undirbúningi tilboða eða ákvörðunum um þátttöku í útboðum. Bannið tekur einnig til samráðs um að skila ekki inn tilboði nema tiltekin skilyrði séu uppfyllt. Sú skýring sem OHF hefur gefið á nefndu samráði þykir engu breyta varðandi mat á lögmati þess. Olís og OHF brutu því gegn 10. gr. samkeppnislaga í þessu tilviki.

2. Útboð Reykjavíkurborgar, Landhelgisgæslunnar og ÚA á árinu 1996

Samkomulag um viðræður í öllum útboðunum

2.1 Útboðin auglýst

2.2 Skeljungur hvetur til samstarfs

2.3 Samkomulag 16. september 1996

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að í upphafi árs 1996 hafi legið fyrir að ýmsir stórir viðskiptavinir olíufélaganna myndu fljótlega standa fyrir útboðum. Í útboðslýsingu Ríkiskaupa fyrir Landhelgisgæsluna sagði að óskað væri eftir tilboðum í eldsneyti og fleira. Tilboðsfrestur var til 9. júlí 1996. Í útboði Reykjavíkurborgar var óskað eftir tilboðum í sölu á gasolíu, bensíni og steinolíu fyrir Strætisvagna Reykjavíkur, Malbikunarstöð Reykjavíkur og Vélamiðstöð Reykjavíkurborgar. Frestur til að skila tilboðum var til 3. ágúst 1996.

Fram er komið að olíufélagin höfðu með sér samráð við gerð tilboða í tengslum við útboð Reykjavíkurborgar og Landhelgisgæslunnar og hefur undirbúningur slíks samstarfs hafist þegar á árinu 1995 og viðræður m.a. farið fram í apríl og/eða maímánuði 1996 eins og sýnt er nánar fram á í hinni kærðu ákvörðun. Þar er einnig greint frá því að í tölvupósti framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF frá 27. júní 1996 til forstjóra komi þetta fram:

„Eftir þreifingar Skeljungsmanna um sameiginlega stefnu í útboðsmálum bað ég um tillögu frá þeim, sem forstjórar gætu rætt. Friðrik Stefánsson hjá Skeljungu er ekki tilbúinn með tillögu, hann ræddi við Kristín Björnsson sem

vill að forstjórar hittist fyrst til að ræða hvort grundvöllur sé. Getur þú fundað með forstjórunum n.k. þriðjudag, 2. júlí? Mér skilst að bæði Einar og Kristinn geti þá.“

Ekki er ágreiningur um það að forstjórar Skeljungs, OHF og Olís hittust út af þessu, þar á meðal þann 3. júlí 1996 án þess að samkomulag næðist um sameiginlega stefnu í útboðsmálum og síðan á nokkrum fundum eftir það. Þá liggur einnig fyrir að óskað var eftir frestun á opnun útboða og var orðið við þeirri beiðni með þeim hætti að opnunartíma á öllum útboðunum var frestað til 17. september 1996. Forstjórar olúfélaganna hittust aftur 12. september 1996. Fyrirsvarsmenn OHF og fyrirsvarismaður Olís hafa lýst því að Skeljungur hafi komið með tillögu í tengslum við umrædd útboð.

Í hinni kærðu ákvörðun er einnig greint frá því að skjal hafi fundist hjá forstjóra Skeljungs og er það nánar reifað í ákvörðuninni. Forstjóri Skeljungs hefur kannast við þetta skjal á fundi Samkeppnisstofnunar þann 25. október 2002 og við handskrifaðar athugasemdir sínar á það. Efni skjalsins er einkum tillaga um nákvæmt verð sem olúfélögin skyldu bjóða í umræddum útboðum og síðan um vissa skiptingu framlegðar milli þeirra. Ýmis undirbúningskjöl hafa einnig fundist sem gerð er nánari grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun. Þau virðast m.a. sýna að olúfélögin undirbjuggu einnig á sama tíma samstarf um útboð hjá Útgerðarfélagi Akureyringa hf. og Flugleiðum.

Endanlegt samkomulag náðist ekki á fyrrgreindum forstjórufundi haldinn var 12. september 1996. Ástæðan virðist einkum hafa verið sú að forstjórar OHF og Olís töldu fyrirtæki þeirra ekki fá nægjanlega háar greiðslur í sinn hlut samkvæmt upphaflegri tillögu Skeljungs. Þann 16. september 1996 hittust forstjórnir á ný til að ná samkomulagi um nýja tillögu Skeljungs um skiptingu framlegðar vegna viðskipta við Reykjavíkurborg og Landhelgisgæsluna sem fól í sér hækkun hlutdeildar OHF og Olís í framlegð. Bæði forstjóri OHF og framkvæmdastjóri markaðssviðs hafa lýst því yfir hjá Samkeppnisstofnun að náðst hafi samkomulag milli olúfélaganna þriggja um samvinnu vegna útboðs Reykjavíkurborgar og Landhelgisgæslunnar og framlegðarskiptingu eftir það. Hið sama hefur forstjóri Olís gert. Á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 25. október 2002 er þetta skráð eftir forstjóra Skeljungs:

„Þegar Reykjavíkurborg ákvað að bjóða út olíuinnkaup sín hafi blasað við að fleiri aðilar á vegum ríkis og sveitarfélaga áformuðu slík útboð. Vegna þessa var rætt um það meðal starfsmanna olíufélaganna hvernig við skyldi bregðast. Að því er varðaði viðskipti við Reykjavíkurborg og Landhelgisgæslu, lá fyrir að Skeljungur átti tanka og annan afgreiðslubúnað sem var hjá þessum aðilum. Sá aðili sem hreppti þessi viðskipti þyrfti að fjárfesta í slíkri aðstöðu. Það varð að samkomulagi milli olíufélaganna að Skeljungur hefði áfram viðskipti við Reykjavíkurborg og Landhelgisgæslu og að félagið myndi gera upp framlegð af viðskiptunum við hin félögin.“

Eins og sýnt er fram á í hinni kærðu ákvörðun sýna gögn frá Innkaupastofnun Reykjavíkurborgar annars vegar og Landhelgisgæslunni hins vegar að félögin buðu í raun sama verð í útboðunum og ákveðið hafði verið á fundum þeirra skömmu áður. Niðurstaða útboðs Reykjavíkurborgar varð sú að Skeljungur fékk viðskiptin eins og áætlun olíufélaganna gekk út á en Landhelgisgæslan hafnaði öllum tilboðum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að olíufélögin hafi með fyrrgreindum aðgerðum sínum haft samráð um útboðsverð til Reykjavíkurborgar og Landhelgisgæslunnar og ákveðið það fyrir hvert fyrirtæki fyrir sig. Þau hafa auk þess stýrt sameiginlega viðskiptunum til Skeljungs og síðan skipt á milli sín framlegð af þessum viðskiptum. Hegðun þessi brýtur gegn 10. gr. samkeppnislaga og er til þess fallin að rýra verulega gildi umræddra útboða.

2.4. Útboð ÚA

Útgerðarfélag Akureyringa hf. (ÚA) óskaði eftir, með bréfi dags. 24. júní 1996, tilboðum í öll kaup félagsins á smurolíum og öðrum olíuvörum. Gerður yrði samningur til rúmlega eins árs og var tilboðsfrestur til 30. júlí 1996. Olíufélögin hafa neitað því að þau hafi haft með sér ólöglegt samráð í tengslum við útboð ÚA á olíuvörum árið 1996. Samkeppnisráð telur hins vegar að aðgerðir olíufélaganna í tengslum við útboðið feli í sér ólögmetar samstilltar aðgerðir. Þau gögn sem renna stoðum undir þá fullyrðingu eru talin upp í hinni kærðu ákvörðun. Í fyrsta lagi sé ljóst að umræður hafa farið fram milli fyrirsvarsmanna olíufélaganna um málefni útgerðarfélagsins á ýmsum tímum á tímabilinu 1995-1998. Í öðru lagi komi m.a. fram

í tölvupósti framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF frá 27. júní 1996 til forstjóra félagsins að Skeljungur hafi haft uppi þreifingar „um sameiginlega stefnu í útboðsmálum“ og í fundargerð framkvæmdastjórnar OHF dags. 2. júlí 1996 sé bókað að það verði að móta stefnu í útboðsmálum „þar sem málið er skoðað í heild sinni en ekki einblína eingöngu á þau útboð sem nú eru í gangi þe Strætisvagnar. Landhelgisgæslan og ÚA smurolía.“ Loks sé sannað með gögnum málsins að fyrrgreindur útboðsfrestur hafi verið framlengdur að beiðni olúfélaganna til 17. september 1996 og er það áður rakið. Til frekari rökstuðnings er bent á tölvupóst framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungi til forstjóra félagsins frá 27. júní 1996. Í honum segir framkvæmdastjórinn að hann hafi haft samband við Ríkiskaup til að fara fram á lengri frest í útboði Landhelgisgæslunnar. Ástæðan er sögð eftirfarandi:

„(...)en þá gefst betri tími til að ræða “fyrirkomulag” þessara viðskipta auk þess sem tímasetningin helst þá í hendur við vinnu í sambandi við Útboð Reykjavíkurborgar og ÚA á smurolíum, sem eru á sama tíma eru einhver mótmæli við þessu?“

Eðlilegar skýringar hafa ekki verið gefnar á þessum ummælum miðað við þau gögn sem tilfærð hafa verið.

Í hinni kærðu ákvörðun er þess einnig getið að framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís hafi samið skjöl sem fundist hafa og dagsett voru 14. og 16. september 1996. Þau sýna m.a. að framlegð vegna eldsneytisviðskipta við ÚA skyldi gerð upp með svipuðum hætti og upphafleg tillaga Skeljungs gerði ráð fyrir varðandi Landhelgisgæsluna en á þessum tíma voru eldsneytisviðskipti ÚA hjá Olís. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst hér á rök samkeppnisráðs fyrir því að þessi skjöl hafi verið rædd á forstjórafundinum 16. september 1996 sem innlegg um hugsanlegt samráð fyrirtækjanna varðandi útboðið.

Í heild er það álit áfrýjunarnefndar samkeppnismála að sannað sé að olúfélögin hafi rætt um að hafa með sér samráð vegna útboðs ÚA á árinu 1996 með svipuðum hætti og varðandi útboð Reykjavíkurborgar og Landhelgisgæslunnar. Ekki er hins vegar sannað að þær viðræður hafi endað með einhvers konar samkomulagi um að stilla

saman tilboðum eða um að skipta framlegð af viðskiptunum. Fyrirgreind háttsemi brýtur gegn 10. gr. samkeppnislaga enda skiptir í því sambandi ekki máli hvort samningur hafi náðst milli félaganna í raun og veru. Er því ekki unnt að fallast á þau sjónarmið sem fram koma í kæru Skeljungs hvað þennan þátt málsins varðar.

2.5. Heildarsamkomulag

Hér að framan var gerð grein fyrir viðræðum olíufélaganna á árinu 1993 um að „standa einhvern veginn á móti afleiðingum vaxandi tilhneigingar til útboða“. Því var einnig lýst að OHF og Olís hefðu á fundi 9. september 1994 orðið sammála um að olíufélögin þrjú þyrftu að vera „mjög vakandi í því að láta ekki egna sig saman í verðstríð í útboðum.“ Af hálfu samkeppnisráðs er því haldið fram að gögn málsins sýni að á forstjórafundinum 16. september 1996 hafi olíufélögin annaðhvort náð heildarsamkomulagi um að hafa með sér samstarf í tengslum við öll útboð eða tryggt enn frekar í sessi slíkt fyrirkomulag. Í þessu sambandi hefur samkeppnisráð bent á nokkur atriði sem talin eru helst veita sönnur fyrir slíku samstarfi:

- Skjal frá forstjóra Skeljungs lagt fram á forstjórafundinum 16. september 1996 þar sem segir: „*Skil. um að ræða saman um öll útboð*“.
- Ummæli forstjóra Olís á fundi Samkeppnisstofnunar 9. ágúst 2002 svohljóðandi: „*EB sagði að svo kynni að vera að einhver óformleg umræða hafi átt sér stað um hugsanlega samvinnu ef til annarra opinberra eða hálfopinberra útboða kæmi. Ekkert samkomulag hafi þó verið gert í þá veru.*“
- Ummæli framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís á fundi Samkeppnisstofnunar 16. ágúst 2002 þar sem segir m.a. að hann kvaðst ekki muna eftir neinni tilkynningu um að olíufélögin myndu ræða saman um öll útboð en hins vegar hefði honum „*fljótlega orðið ljóst hvaða hefðir voru ríkjandi í samskiptum olíufélaganna varðandi opinber og hálfopinber viðskipti.*“
- Ummæli forstjóra OHF á fundi Samkeppnisstofnunar 2. apríl 2002 þar sem m.a. er bókað: „*GM kveðst minnst þess að rætt hafi verið á forstjórafundum að hafa samráð í útboðum og staðfesti að forstjórar olíufélaganna þriggja hefðu haustið 1996 ákveðið að ræða saman um öll útboð. Ástæða þessa hafi verið sú að menn hafi einfaldlega verið hræddir við útboð. GM taldi að þetta samstarf hefði ekki verið óeðlilegt miðað við aðstæður, m.a. vegna framgöngu hinna opinberu fyrirtækja og innkaupaaðila þeirra í slíkum málum. Hins vegar hefði samstarf*

olíufélaganna haft takmörkuð áhrif þar sem t.d. tilboðum í útboði Landhelgisgæslu og dómsmálaráðuneytis hefði verið hafnað og engin breyting orðið á viðskiptum.“

- Samstarf sem átti sér í raun stað eftir september 1996 að því er varðar útboð ýmissa fyrirtækja. Þessa samstarfs verður getið hér síðar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á það með samkeppnisráði að fyrrgreind gögn, svo og önnur þau gögn sem nefnd eru í kafla IV 2.5. í hinni kærðu ákvörðun, nægi til að álykta að olíufélögin hafi náð samkomulagi um að hafa samráð vegna allra útboða. Rétt er að telja að það samkomulag hafi komið til framkvæmda í september 1996 en þá virðist hrina af opinberum útboðum hafa hafist. Miðað við þann tilgang sem bjó að baki samkomulaginu og gögnum málsins að öðru leyti er órökstudd sú fullyrðing að það hafi aðeins átt að gilda um tiltekinn tíma eða aðeins gagnvart opinberum aðilum. Fyrrgreint samkomulag um að hafa samráð vegna allra útboða, sem telst hafa verið ótímabundið, verður talið fela í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Í eftirfarandi köflum verður því hins vegar svarað að hvaða marki olíufélögin gerðu sig sek um brot á samkeppnislögum með þátttöku í einstökum útboðum. Er því ekki unnt að fallast á þau sjónarmið sem fram koma í kærðu Skeljungs hvað þennan þátt málsins varðar.

3. Útboð dómsmálaráðuneytisins í október 1996 og samráð á fundi í október 1998

Í október 1996 óskuðu Ríkiskaup fyrir hönd dómsmálaráðuneytisins eftir tilboðum í eldsneyti fyrir ökutæki. Var óskað eftir afslætti frá gildandi verði bjóðenda. Um var að ræða bensín og dísilolíu fyrir lögreglu og önnur embætti sem heyra undir ráðuneytið. Í útboðsgögnum kemur fram að á árinu 1994 hafi undirstofnanir ráðuneytisins rekið 174 ökutæki og keypt rúmlega 740 þúsund lítra af eldsneyti. Einnig kemur fram að heimilt væri að bjóða afslátt af verði á rekstrarvörum bifreiða. Tilboðsfrestur var til 12. desember 1996.

Í hinni kærðu ákvörðun segir að daginn fyrir opnunartíma tilboða, þ.e. þann 11. desember 1996, hafi yfirmenn hjá olíufélagunum haldið fund til þess að stilla saman tilboð sín vegna útboðsins. Hjá Olís og Skeljungi fundust afrit af minnisblaði framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF sem lýsir því sem fram fór á fundinum. Framangreint minnisblað var stílað á framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnótenda hjá

Olís og aðstoðarforstjóra Skeljungs. Sama dag og fundurinn var haldinn, framsendi aðstoðarforstjóri Skeljungs minnisblaðið til þess starfsmanns Skeljungs sem gekk frá tilboði félagsins. Í fundargerð Samkeppnisstofnunar, dagsett 2. apríl 2002, er haft eftir fyrrverandi framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF:

„Þá kannaðist við minnisblaðið og staðfesti að oliufélögin hefðu á þessum fundi ákveðið hvað hvert félag myndi bjóða í útboðinu. Þetta hafi verið gert í því skyni að tryggja að Ohf héldi viðskiptunum en OHF hefði á þessum tíma haft lögregluna í Reykjavík í viðskiptum. (...) Þá greindi frá því að hin félögin hefðu talið að gert hefði verið samkomulag um að þau myndu fá hlutdeild í framlegð Ohf af þessum viðskiptum. Það var sá hvati sem bjó að baki þátttöku þeirra í samráðinu um gerð tilboða í útboðinu.“

Framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís hefur staðfest að hann hafi tekið þátt í fundinum 11. desember 1996 með hinum oliufélögunum. Á fundinum hafi Olís fallist á að hafa samstarf um tilboðsgerðina vegna útboðs dómsmálaráðuneytisins. Gegn þessu myndi OHF skipta framlegð vegna þeirra viðskipta sem færðust milli félaganna. Forstjóri Skeljungs hefur sagt á fundi með Samkeppnisstofnun þann 25. október 2002 að oliufélögin hafi ekki gert neinn samning vegna útboðs dómsmálaráðuneytisins heldur „*bara talað*“ um það mál.

Þá liggur m.a. fyrir bréf forstjóra Skeljungs til forstjóra Olís og OHF dagsett 4. febrúar 1999 þar sem segir að óeðlilegt sé að tengja uppgjör á skiptisölu vegna Járnblendifélagsins við önnur mál „*s.s. útboðs Landhelgisgæslunnar, Dómsmálaráðuneytisins og Norðuráli þar sem samningar eru ófrágengnir enda forsendur allt aðrar þar sem tilboðum var hafnað*“. Þar fyrir utan liggur frammi í málinu bréf framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungi til Olís og OHF, dags. 10. mars 1998, þar sem vísað er m.a. til samkomulags og var m.a. dómsmálaráðuneytið nefnt í því samhengi. Loks er gerð grein fyrir tveimur skjölum í hinni kærðu ákvörðun, sem liggja frammi í máli þessu og stafa frá Skeljungi. Þar er gert ráð fyrir að OHF greiði Skeljungi hlutdeild í framlegð vegna viðskipta við dómsmálaráðuneytið.

Samkvæmt þessu og öðrum þeim gögnum og rökum sem gerð er grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun telur áfrýjunarnefndin ekki vafa leika á því að olíufélögin hafi náð samkomulagi um samstarf vegna útboðs dómsmálaráðuneytisins í október 1996 og skiptingu framlegðar af þeim viðskiptum. Atferli þetta brýtur í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Samstarfið kom hins vegar ekki til framkvæmda.

Svo sem greinir í hinni kærðu ákvörðun er talið liggja fyrir að 29. október 1998 hafi fulltrúar olíufélaganna hist á fundi hjá Skeljungu. Á þeim fundi hafi m.a. verið ákveðið að bjóða Landssímanum 3 kr. afslátt af eldsneyti en fyrirtækið hafði á þeim tíma óskað eftir tilboðum frá olíufélögunum. Samkvæmt tölvupósti framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís sem ritaður er 30. október 1998 til forstjóra og helstu stjórnenda fyrirtækisins er talið ljóst að á fundinum hafi verið fjallað um hugsanlegt nýtt útboð dómsmálaráðuneytisins vegna lögreglunnar. Í tölvupóstinum segir m.a.: „ákv að bjóða 3kr m vsk síðan fóru í gang umræður sem skiluðu þessu: pósturinn fái sama, skipt upp um áramót þó að samn gildi til 2000 lögreglan rædd, eðlilegt að hún endi í sama farvegi, hún er 95% esso í dag, líklegt að þeir bjóði út bráðlega.“

Samkvæmt gögnum málsins leikur enginn vafi á því að umræddur fundur var haldinn 29. október 1998. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála getur fallist á röksemdir samkeppnisráðs á bls. 165-166 í hinni kærðu ákvörðun fyrir því að sönnunargildi umrædds tölvupósts er mikið og nægir ásamt öðrum gögnum sem þar eru nefnd til að komast að þeirri niðurstöðu að olíufélögin hafi á þessum fundi ákveðið að dómsmálaráðuneytinu yrði boðinn tiltekinn afsláttur næst þegar boðið yrði út og að skipta framlegð sín á milli. Umrædd háttsemi fól í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Ekki liggur fyrir hvort þetta samkomulag kom til framkvæmda.

4. Útboð Ríkiskaupa á smurþjónustu bifreiða 1996

Í nóvember 1996 stóðu Ríkiskaup, fyrir hönd þeirra ríkisstofnana og ríkisfyrirtækja sem eru aðilar að rammamarkaðskerfi Ríkiskaupa, fyrir útboði á smurþjónustu og annarri hefðbundinni þjónustu smurstöðva. Sem dæmi um hugsanlegt umfang viðskipta á grundvelli útboðsins var tekið fram í útboðslýsingu að heildarfjöldi bifreiða í eigu ríkisins í ársbyrjun 1996 væri 1004 bifreiðar og áætlað væri að hver þeirra færi 4–5 sinnum á smurstöð á ári. Óskað var eftir því að bjóðendur myndu veita afslátt frá verðlista, bæði af verði á vinnu við smurningu og á smurolíu og tengdum

vörum. Áætlað var að gera samning til tveggja ára á grundvelli útboðsins. Óumdeilt er að olíufélögin þrjú sóttu útboðsgögn. Með símbréfi OHF til Ríkiskaupa, sem sent var 23. desember 1996, var óskað eftir því að frestur til að skila inn tilboði yrði framlengdur en Ríkiskaup féllust ekki á það. Niðurstaðan varð sú að ekkert olíufélaganna sendi inn tilboð og telur samkeppnisráð að olíufélögin hafi haft með sér ólöglegt samstarf um að taka ekki þátt í því.

Niðurstaða samkeppnisráðs er einkum byggð á eftirfarandi:

- Að þann 2. janúar 1997 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs OHF sent tölvupóst til forstjóra félagsins. Þar komi fram að OHF gæti ekki gert tilboð samkvæmt útboðsgögnunum þar sem beðið væri um verðskrá fyrir alla þjónustuaðila um allt land en væntanlega myndi OHF gera frávikstilboð og bjóða 8% afslátt af vinnu á smurstöð félagsins á Akureyri.
- Tölvupósti sem framkvæmdastjóri markaðssviðs OHF sendi forstjóra félagsins 3. janúar 1997 þar sem segir: „*Niðurstaðan er: Ákveðið er að senda ekki neitt inn, ekki heldur frávikstilboð. Miðað við njósnir smurstöðvarmanna og mín, þá tel ég öruggt að enginn sendi inn tilboð.*“
- Minnisblað framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís frá 2. maí 1997 þar sem segir m.a.: „*Eftirfarandi þau samkomulög sem eru í gildi milli olíufélaganna og JH sér um að viðhalda. Hér eru tilgreind þau mál sem viðræður hafa átt sér stað (...) 6. Ríkiskaup smurþjónusta. Fór í útboð en ekki hefur verið samið við neinn sérstakan aðila.*“

Minnisblaðið frá 2. maí 1997 felur í sér vissa vísbendingu um samráð en þar kemur m.a. fram að viðræður hafi átt sér stað um „Ríkiskaup smurþjónusta“. Önnur gögn má þó einnig skýra á þann hátt sem áfrýjendur telja eðlilegan skilning. Í þessu sambandi skiptir máli að smurþjónusta olíufélaganna var í aðalatriðum með þeim hætti að sjálfstæðir rekstraraðilar sáu um hana þannig að olíufélögin höfðu engan veginn fullan ráðstöfunarrétt á smurþjónustunni. Þegar gögn málsins eru virt í heild sinni þykja þau ekki heimila þá ályktun að einhvers konar ólöglegt samráð hafi verið haft milli olíufélaganna um að gera ekki tilboð vegna útboðs Ríkiskaupa á smurþjónustu bifreiða 1996. Niðurstaðan er því sú að hvorki Olís, Skeljungur né OHF verða talin hafa brotið gegn samkeppnislögum í þessu tilviki.

5. Útboð Flugleiða 1996 og 1997 vegna eldsneytiskaupa á Keflavíkurflugvelli

Óumdeilt er að á árinu 1994 voru sameinaðar afgreiðslustöðvar olíufélaganna á Keflavíkurflugvelli. Olís rak um nokkurra ára skeið eigin afgreiðslustöð á flugvellinginum en Skeljungur og OHF ráku saman stöð. Í gögnum málsins er að finna minnisblað, sem tekið var saman af starfsmanni Olís, frá árinu 1993 sem lýsir undirbúningsviðræðum olíufélaganna um sameiningu afgreiðslustöðvanna. Samkeppnisráð hefur bent á að í minnisblaðinu komi m.a. fram að fulltrúar Olís og Skeljungs hafi verið sammála um að „*eftir sameininguna væri hægt að innheimta mun hærra gjald af Flugleiðum en ef Flugleiðir færi í útboð og pressuðu niður verð.*“

Útboð 1996

Í apríl 1996 óskuðu Flugleiðir eftir tilboðum í þotueldsneyti afhent á eldsneytistanka flugvéla félagsins á Keflavíkurflugvelli. Útboðið var lokað og var olíufélögunum þremur boðið að gera tilboð. Samkvæmt útboðslýsingu yrði gerður samningur til eins árs við það olíufélag sem hlyti verkið. Fram kemur að áætluð eldsneytisþörf Flugleiða fyrir þetta tímabil væri 4.470.000 gallon eða 16.920.434 lítrar. Skilafrestur á tilboðum var til kl. 11:00 hinn 9. maí 1996. Samkeppnisráð kemst að þeirri niðurstöðu að olíufélögin hafi haft með sér samvinnu vegna útboðsins og ákveðið hvað hvert þeirra myndi bjóða til að tryggja að OHF héldi viðskiptunum gegn því að greiða hinum félögunum hlutdeild í framlegð. Helstu gögn sem samkeppnisráð styður mál sitt við eru þessi:

- Tölvupóstur, dags. 6. maí 1996, frá ritara forstjóra Olís til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís þar sem segir: „*Minnisblað frá Einari Benediktssyni: Ekki staðfest að þessi fundur verði uppi í Esso kl. 14:30. Tel rétt að fara undirbúa tilboðsgerð v/Flugleiða.*“ Auk fundar með forstjóra fyrirtækisins hjá Samkeppnisstofnun þann 16. ágúst 2002 þar sem hann gaf eftirfarandi skýringu á því hvað olíufélögin hugðust ræða á þessum fundi: „*því hafi hugsanlega verið kastað fram hvort olíufélögin ættu að hafa samstarf í þessu útboði. Aldrei hefði hins vegar orðið samstarf um Flugleiðir, þótt e.t.v. hafi einhverjum komið til hugar að svo ætti að vera.*“
- Skjal sem deildarstjóri flugþjónustu OHF tók saman 7. maí 1996 þar sem fram kemur m.a. aðferð til að hafa samráð um gerð tilboða í útboðinu og skiptingu af

ágóða af samráðinu milli olíufélaganna sem höfundur skjalsins hefur staðfest að tengist útboðinu og að hann hafi rætt efni þess við starfsbræður sína hjá Olís og Skeljungu.

- Fundur forstjóra olíufélaganna þann 8. maí 1996 samkvæmt dagbókarfærslu forstjóra Skeljungs og Olís þar sem m.a. umrætt skjal hafi legið fyrir.
- Deildarstjóri flugþjónustu hjá OHF hefur upplýst á fundi með Samkeppnisstofnun þann 13. nóvember 2002 að olíufélögin hafi í tengslum við þetta útboð Flugleiða ákveðið að hækka tilboðsverð sitt um 30 aura á hvern lítra af eldsneyti til að bæta afkomu Eldsneytisafgreiðslunnar í Keflavík (EAK).
- Framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF hefur upplýst á fundi með Samkeppnisstofnun þann 20. ágúst 2002 að hann „*sagðist ráma í að vorið 1996 hefði GM tilkynnt sér að samkomulag hefði náðst um að skipta framlegð af viðskiptum OHF við Flugleiði með hinum félögunum. Hins vegar gæti hann ómögulega munað neitt frekar um þetta mál, og eftir því sem hann best vissi þá væri engum gögnum til að dreifa hjá OHF um málið né meinta framkvæmd skiptingarinnar. Af þessum ástæðum væri óvíst að samkomulagið hefði komið til framkvæmda.*“
- Minnisblað framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá Olís frá 2. júlí 1996 sem tekið var saman vegna fyrirspurnar forstjóra félagsins. Þar er fjallað um útboðið og kemur fram hvað hverjir 10 aurar af seldu magni til Flugleiða þýði í framlegð í krónum talið og að OHF skuli greiða Olís og Skeljungu ákveðna upphæð á ári. Þarna er einnig greint frá því hvað tilboð olíufélaganna eigi að vera há um það bil í krónum talið.
- Ummæli framkvæmdastjóra fjármálasviðs Olís á fundi með Samkeppnisstofnun 20. nóvember 2002 þar sem m.a. kemur fram að hann hafi vitað að olíufélögin hafi rætt um samstarf varðandi Flugleiði og teldi að þau hafi haft samstarf í tengslum við útboð Flugleiða í maí 1996 og apríl 1997 og skipt með sér framlegð vegna viðskiptanna.

Útboð 1997

Í apríl 1997 óskuðu Flugleiðir á ný eftir tilboðum í þotueldsneyti sem afhent skyldi á eldsneytistanka flugvéla félagsins á Keflavíkurlugvelli. Útboðið var lokað og var olíufélögunum þremur boðið að gera tilboð. Samkvæmt útboðslýsingu yrði gerður samningur til eins árs við það olíufélag sem hlyti verkið. Fram kom að áætluð

eldsneytisþörf Flugleiða fyrir þetta tímabil væri 5.330.000 gallon eða 16.920.434 lítrar. Skilafrestur á tilboðum var til kl. 11:00 þann 30. apríl 1997. Það er niðurstaða samkeppnisráðs að olíufélögin hafi haft með sér samvinnu vegna útboðsins og ákveðið hvað hvert þeirra myndi bjóða til að tryggja að OHF héldi viðskiptunum gegn því að greiða hinum félögunum hlutdeild í framlegð. Helstu gögn sem samkeppnisráð styður máls sitt við eru þessi:

- Upplýsingar OHF á fundi Samkeppnisstofnunar 13. nóvember 2002 um að í tengslum við útboðið hafi olíufélögin ákveðið að hækka tilboðsfjárhæðir um 45 auro til að bæta stöðu EAK og að í árslok 1997 og 1998 hafi þessum greiðslum verið skipt jafnt á milli olíufélaganna þriggja.
- Skjal sem fannst hjá Skeljungi sem ber með sér sömu fjárhæðir eldsneytisverðs og afgreiðslugjalds sem olíufélögin buðu í útboðinu.
- Minnisblað framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís frá 2. maí 1997 þar sem segir m.a.: *„Eftirfarandi þau samkomulög sem eru í gildi milli olíufélaganna og JH sér um að viðhalda. Hér eru tilgreind þau mál sem viðræður hafa átt sér stað (...) 5. Flugleiðir. Esso skiptir framlegð.“*
- Skjal frá framkvæmdastjóra fjármálsviðs OHF sem ber heitið „Skiptisala olíufélaganna“ dagsett 1. ágúst 1997 þar sem greinir hvernig sölu til tiltekinna viðskiptavina eða á tilteknum stöðum hafi verið skipt milli olíufélaganna. Þar er m.a. Flugleiða getið.
- Ódagsett handskrifað minnisblað frá forstjóra Skeljungs sem ber yfirskriftina „Samskipti við Olís/Esso“ þar sem Flugleiða er getið sem eins af málaflokkunum og skjal svipaðs efnis sem fannst hjá aðstoðarforstjóra Skeljungs.

Af hálfu Olís hefur því verið mótmælt að olíufélögin hafi haft samráð um gerð tilboða vegna útboða Flugleiða eða samið um framlegðarskiptingu í tengslum við þau. Á hinn bóginn hafi olíufélögin haft með sér samstarf um ákvörðun afgreiðslugjalds EAK í tengslum við útboð Flugleiða. Svipuð athugasemd hefur komið fram af hálfu Skeljungs. Í athugasemdum OHF segir að félagið gangist við ásökunum um samráð vegna útboða Flugleiða 1996 og 1997 og að ágreiningslaust sé að olíufélögin hafi komið sér saman um að hækka afgreiðsluverð til EAK um 30 auro á hvern lítra af eldsneyti í tengslum við útboð Flugleiða 1996 og um 45 auro í tengslum við útboðið 1997. Hækkuninni hafi verið leynt fyrir Flugleiðum með skipulegum og samræmdum hætti.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ljóst af gögnum málsins og tæpast umdeilt í málinu að ákveðið samráð hefur verið haft milli olíufélaganna við gerð útboðanna 1996 og 1997 eða í tengslum við þau sem fólst í því að hækka afgreiðslugjald til EAK um tiltekna fjárhæðir. Þetta atferli er í sjálfu sér brýnt brot á 10. gr. samkeppnislaga. Gögn málsins benda hins vegar til þess að samkomulag þeirra hafi verið nokkru víðtækara en þetta. Í því sambandi ber einkum að hafa í huga að sum þeirra gagna sem skírskotað er í hér að framan benda til að samráðið hafi tekið til fleiri atriða en að framan greinir. Nægir þar t.d. að vísa í fyrrgreint skjal deildarstjóra flugþjónustu OHF frá 7. maí 1996 þar sem fram kemur m.a. aðferð til að hafa samráð um gerð tilboða í útboðinu og skiptingu af ágóða af samráðinu milli olíufélaganna sem höfundur skjalsins hefur staðfest að tengist útboðinu. Einnig má rifja upp fyrrgreint minnisblað framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá Olís frá 2. júlí 1996 þar sem m.a. kemur fram hvað tilboð olíufélaganna eigi að vera há um það bil í krónum talið. Er gerð grein fyrir þessu hér að framan og í hinni kærðu ákvörðun.

Með hliðsjón af þeim sönnunargögnum sem fyrir liggja og því sönnunarmati sem nota ber í samkeppnismálum er það niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar um þennan þátt að samráð hafi verið haft við bæði útboðin sem gekk út á það að tryggja OHF viðskiptin og að skipta framlegð af viðskiptunum á milli olíufélaganna með tilteknum hætti eins og nánar er gerð grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun. Aðgerðirnar voru ólögmætar og fóru gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga.

6. Útboð Vestmannaeyjabæjar 1997

Þann 14. apríl 1997 barst olíufélagunum ósk um tilboð í eldsneyti og olíuvörur frá Vestmannaeyjabæ. Í útboðslýsingu kom fram að óskað var eftir tilboðum vegna eldsneytiskaupa Bæjarveitna, Áhaldahúss og Hafnarsjóðs. Jafnframt var farið fram á afslátt af öðrum olíuvörum. Útboðsfrestur var til 23. apríl 1997. Samkvæmt yfirliti frá OHF seldi félagið Vestmannaeyjabæ rúmlega 12 þúsund lítra af bensíni, tæplega 109 þúsund lítra af gasolíu, tæplega 56 þúsund lítra af flotaolíu, 108 þúsund kg af svartolíu og smurolíu fyrir tæplega 500 þúsund kr. frá desember 1995 til nóvember 1996. Fram kemur á yfirlitinu að Olís seldi sorpbrennslu bæjarins árlega 80–100 þúsund lítra af eldsneyti.

Helstu gögn sem lögð eru fram um þennan lið eru að framkvæmdastjóri markaðssviðs OHF greindi Samkeppnisstofnun frá því þann 2. apríl 2002 að hann hafi rætt þetta útboð við fulltrúa Olís og Skeljungs og hefði þar komið fram sú sameiginlega afstaða félaganna að erfitt væri að bjóða annað en listaverð þar sem magn viðskiptanna væri ekki mikið.

Framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís hafi á fundi með Samkeppnisstofnun, þann 16. ágúst 2002, einnig kveðið sig muna eftir því að olíufélögin þrjú hafi rætt saman um útboðið. Félagin hafi orðið sammála um að ekki væru forsendur til annars en að selja Vestmannaeyjabæ á listaverði. Þessar yfirlýsingar eru síðan studdar ýmsum gögnum sem nánar eru rakin í hinni kærðu ákvörðun. Þá liggur fyrir að OHF og Olís buðu listaverð en Skeljungur bauð hins vegar 20 aura afslátt af lítra af eldsneyti fyrir báta Hafnarsjóðs Vestmannaeyja og 8% af smurefnum fyrir Hafnarsjóðinn.

Af hálfu Skeljungs er því haldið fram að fyrirtækið hafi farið í útboð án nokkurs samkomulags eða samráðs. Eins og greinir í hinni kærðu ákvörðun liggur fyrir að framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungi sendi bréf, dags. 10. mars 1998, til Olís og OHF. Í bréfinu er vísað til „*samkomulagsins*“ og m.a. Reykjavíkurborg, Vestmannaeyjabær, Landhelgisgæslan og dómsmálaráðuneytið nefnd í því samhengi. Varðandi Vestmannaeyjabæ býðst Skeljungur í bréfinu til að greiða OHF og Olís hluta af framlegð vegna viðskipta við Hafnarsjóð Vestmannaeyja. Jafnframt er í bréfinu þess krafist að OHF greiði Olís og Skeljungi hlutdeild í framlegð vegna annarra viðskipta við Vestmannaeyjabæ. Er við það miðað að uppgjör eigi sér stað frá og með maí 1997 en tilboðsfrestur í útboði Vestmannaeyjabæjar var til 23. apríl 1997. Einnig er frá því greint að þessi starfsmaður hafi á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 7. nóvember 2002 sagst „*muna eftir að sótt hafi verið að Skeljungi um uppgjör vegna annarra mála*“ en Reykjavíkurborgar. Þess er loks að geta að í athugasemdum OHF við frumathugun segir að félagið gangist við því að hafa haft samráð við hin olíufélögin vegna þessa útboðs og þau hafi samið um að skipta viðskiptum Vestmannaeyjabæjar á milli sín. Þá er Vestmannaeyjabær tilgreindur í minnisblaði framkvæmdastjóra stórviðskipta hjá Olís dags. 2. maí 1997 um “samkomulög” sem í gildi voru milli olíufélaganna.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur með hliðsjón af framangreindu og öðru því sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að nægjanleg sönnun sé fram komin fyrir því að olíufélagin þrjú, Skeljungur, Olís og OHF hafi haft með sér samráð um gerð tilboða í útboðinu. Fyrirgreind hegðun er brot á 10. gr. samkeppnislaga.

7. Útboð ÍSALS 1997

Íslenska álfélagið hf. (ÍSAL) óskaði, með bréfum, dags. 20. ágúst 1997, eftir tilboðum olíufélaganna í svartolíu, gasolíu og 95 oktana blýlaust bensín. Fram kemur í útboðsgögnum að árlegt magn eldsneytisnotkunar fyrirtækisins væri 5000 tonn af svartolíu, 300 þúsund lítrar af gasolíu og 30 þúsund lítrar af bensíni. Frestur til að skila tilboðum var til kl. 15:00 þann 15. september 1997. Við það var miðað að gerður yrði samningur til eins árs við seljanda sem myndi endurnýjast sjálfkrafa ef honum yrði ekki sagt upp með tilskildum fyrirvara. Í málsgögnum kemur einnig fram að allt frá stofnun ÍSAL hefðu öll eldsneytis-, gas- og olíuvöruviðskipti verksmiðjunnar verið við Skeljung og að þar hafi verið um umtalsverð viðskipti að ræða. Af hálfu samkeppnisráðs er því haldið fram að um samráð milli olíufélaganna hafi verið að ræða varðandi þetta útboð. Helstu gögn sem ráðið styðst við eru:

- Minnisblað eignaumsýslu Skeljungs varðandi viðskiptasamninga við ÍSAL, dags. 3. september 1997, þar sem fram kemur m.a.: *„Þrátt fyrir að almenni viðskiptasamningurinn sé á milli ÍSAL og okkar hefur allri eldsneytissölu skv. honum verið skipt jafnt á milli olíufélaganna þriggja. (smurolía og smávara er hinsvegar okkar) Það er gert á grundvelli samkomulags olíufélaganna þriggja frá 4. sept. 1961. Forsagan er víst sú að á móti skiptir ESSO sölu sinni vegna Kísilgúrverksmiðjunnar og Olís átti að skipta sölunni vegna Járnblendifélagsins en það hafa þeir hinsvegar vanefnt (...) Ef ÍSAL fer í útboð með viðskiptin kemur til greina fyrir okkur að hafa samráð við hin olíufélagin um tilboðsfjárhæðir og semja einnig um að sá aðili sem fái viðskiptin skipti þeim bróðurlega með hinum félögunum. Slikt samráð er hinsvegar litið hornauga af löggjafanum, sbr. samkeppnislögin.“*
- Símbréf sem Skeljungur sendi Olís þann 12. september 1997 þar sem fram kemur tillaga um tilboðsverð allra olíufélaganna.

- Skýrsla forstjóra Olís hjá Samkeppnisstofnun þann 9. ágúst 2002 þar sem fram kemur staðfesting hans á því að olíufélögin hafi haft samráð um tilboðsfjárhæðir vegna útboðsins og ákveðið áframhaldandi skiptisölu.
- Skýrsla framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Skeljungu hjá Samkeppnisstofnun þann 7. nóvember 2002 þar sem hann staðfestir að samráð hafi verið milli olíufélaganna um gerð tilboða í útboðinu í anda þess samstarfs sem gildi um ÍSAL.
- Fundargerð forstjóra OHF og fyrrverandi framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Samkeppnisstofnun frá 3. apríl 2002 þar sem kemur fram að samráð hafi verið haft í útboðinu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað að samráð hafi verið haft milli olíufélaganna um útboð þetta. Samráðið braut gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga. Engu skiptir þó ÍSAL hafi hugsanlega verið kunnugt um samráðið.

8. Útboð/verðkönnun vegna fyrirhugaðrar magnesíumverksmiðju

Á árinu 1997 stóð Hitaveita Suðurnesja ásamt fleiri aðilum fyrir könnun á hagkvæmni þess að reisa verksmiðju nálægt Sandvík á Reykjanesi til að framleiða léttmálminn magnesíum. Fyrirhugaðir kaupendur á afurðum verksmiðjunnar voru erlendir bílaframleiðendur. Stofnað var hlutafélag um þetta verkefni, Íslenska magnesíumfélagið. Það félag samdi við þýskt fyrirtæki, Salzgitter Anlagenbau GmbH, um að stjórna hagkvæmniskönnun tækniþáttarins við uppbyggingu verksmiðjunnar og að framkvæma mat á hagkvæmni þessa verkefnis. Kanadískt fyrirtæki annaðist markaðskönnun og söluskipulagningu.

Svo sem rakið er í hinni kærðu ákvörðun kemur fram í innanhússtölvupósti hjá Olís, sem sendur var 24. september 1997 að von væri á ósk um tilboð í svartolíu frá þýska fyrirtækinu sem ynni að undirbúningi magnesíumverksmiðjunnar. Fram kemur í tölvupóstinum að hin olíufélögin hafi þegar gert tilboð í þessa olíu. Síðar sama dag sendi Salzgitter Anlagenbau símbref til Olís þar sem óskað var eftir tilboði í 80 þúsund tonn af svartolíu en það var fyrirhuguð árleg eldsneytisnotkun verksmiðjunnar. Telur samkeppnisráð að olíufélögin hafi haft með sér samráð í tilboðum og markaðsskiptingu í útboðsferli þessu. Helstu gögn til stuðnings þessu eru talin vera:

- Svar forstjóra Olís frá 24. september 1997 við tölvupósti frá starfsmanni fyrirtækisins sama dag þar sem segir: „*Hef litið svo á að JH væri að fylgjast með þessu máli ma með þátttöku í kynningarfundum og í gengum forstjóra Hitaveitu Suðurnesja. (...) Hins vegar er þetta mál af þeirri stærðargráðu að mér finnst það falla undir samkomulag sem er í gangi um ríki ofl. Þótt hér sé aðeins um óformlegt erindi að ræða og því ætti kanski ekki að vera nein áhætta í að svara þessu á okkar forsendum tel ég rétt að fara að öllu með gát því það svar sem gefið er nú gæti leitt til þess að gengið yrði síðar beint til viðræðna við þann, sem besta svar gefur nú. Legg því til að JH taki málið upp við ÞÁ og FS áður en svarað, en vinni að öðru leyti að svari í samvinnu við Samúel.*“
- Minnisblað framkvæmdastjóra Olís frá 29. september 1997 um hugsanleg viðskipti við magnesíumverksmiðjuna þar sem segir: „*JH og SG munu á næstu dögum fara ofan í með hvaða hætti tilboð verður sent inn. JH hefur haft samband við FS og ÞÁ um þetta mál og menn eru í grundvallar atriðum sammála um að þetta mál falli undir skilgreiningu á viðskiptum við stóriðjur.*“
- Tölvupóstur framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF frá 20. mars 1998 m.a. til forstjóra fyrirtækisins þar sem fram kemur að hin félögin hafi rætt um að þetta „*sé sameiginlegt verkefni*“ vegna stærðar og spyr forstjóra OHF hvort málið hafi verið rætt á „*forstjórareglu*“.
- Skýrsla forstjóra OHF hjá Samkeppnisstofnun þann 8. maí 2002 þar sem hann hafi upplýst að það hafi verið gagnkvæmur skilningur olíufélaganna að viðskiptum af þessari stærðargráðu ætti að skipta milli þeirra og forstjórar félaganna „*hefðu rætt um að þessi verksmiðja kæmi til skipta*“. Hins vegar kom einnig fram að ekki hafi verið ákveðin sameiginlega þau kjör sem þessum væntanlega kaupanda yrði boðið.
- Olíufélögin hafi ákveðið sameiginlega í nafni Gasfélagsins sem var í sameiginlegri eigu olíufélaganna hvaða verð yrði gefið upp varðandi gas samkvæmt tölvupósti aðstoðarforstjóra Skeljungs frá 6. mars 1998 til OHF og Olís.

Af hálfu OHF er því haldið fram að aldrei hafi verið samið um neina skiptingu á viðskiptum þessum milli félaganna og aldrei neitt slíkt rætt við hin félögin. Af hálfu Skeljungs er mótmælt að samráð hafi verið haft milli olíufélaganna í máli þessu.

Miðað við fyrrgreind gögn og þau önnur sem talin eru upp í hinni kærðu ákvörðun telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála ljóst að mál þetta féll undir samskipti olúfélaganna þriggja og hefur verið vikið að því efni í kafla IV 5.2. Ýmislegt er þó óljóst um samskipti olúfélaganna varðandi verðtilboðin og þá hvort um ólögmaett samráð milli þeirra hafi verið að ræða um þetta atriði. Ef marka má gögn málsins virðast verðhugmyndir Skeljungs til Íslenska magnesíumfélagsins hafa verið sendar inn fyrir 24. september 1997 og þann 24. nóvember 1997 sendi OHF óbindandi verðtilboð til aðstandenda hinnar fyrirhuguðu verksmiðju eftir því sem segir í hinni kærðu ákvörðun en Olís ekki fyrr en 19. febrúar 1998. Þá má einnig hafa í huga að hér var um óbindandi verðhugmyndir að ræða sem ekki reyndi frekar á því að umrædd magnesíumverksmiðja hefur enn ekki litið dagsins ljós. Verður samkvæmt þessu að telja ósannað að olúfélögin, Skeljungur, Olís og OHF hafi haft með sér samráð varðandi verðhugmyndir þeirra á svartolíu. Hins vegar liggur fyrir að þau höfðu samráð um verðhugmyndir á gasi í nafni Gasfélagsins en eigendur þess, olúfélögin þrjú, höfðu áður í bréfum til Samkeppnisstofnunar, dags. 8. 12. og 23. desember 1996 kynnt samkeppnisyfírvöldum að félagið kæmi ekki nálægt endursöllumálum á gasi. Fyrrgreind háttsemi brýtur í bága við 10. gr. samkeppnislaga.

9. Útboð Norðuráls 1997

Á árinu 1997 stóð yfir undirbúningur að byggingu og rekstri Norðuráls á álveri á Grundartanga en rekstur álversins hófst í júní 1998. Verkfræðistofan Hönnun hf. annaðist undirbúning þessara framkvæmda. Í júní 1997 óskaði Hönnun eftir því að olúfélögin staðfestu með viljayfirlýsingu að þau hefðu áhuga á að taka þátt í fyrirhuguðu útboði á kaupum á gasi sem notað yrði í álverinu. Á þessum tíma var gert ráð fyrir því að gasnotkun verksmiðjunnar yrði umtalsverð.

Ekki er umdeilt að Olís svaraði þessu erindi með bréfi, dags. 11. júlí 1997, þar sem fyrirtækið lýsti yfir vilja til þess að selja Norðuráli gas og OHF stefndi að hinu sama samkvæmt skýrslu gæðastjóra OHF hjá Samkeppnisstofnun 6. september 2002. Í tölvupósti framkvæmdastjóra markaðsviðs stórnotenda hjá Skeljungi, dags. 27. júní 1997, til forstjóra félagsins og aðstoðarforstjóra kemur fram að Skeljungur hafi munnlega staðfest áhuga sinn á þessum viðskiptum og greint Hönnun frá því að Skeljungur myndi nota tímamann til undirbúnings og útreikninga. Í tölvupóstinum er velt

upp ýmsum atriðum sem aðstoðarforstjórinn telur að taka þurfi afstöðu til vegna þessa fyrirhugaða útboðs. Eitt þessara atriða er þetta: „*Ætlum við að keppa um þetta við hin félögin eða er Gasfélagið sá vettvangur sem þessu yrði sameiginlega beint inná til að fá betri nýtingu á fjárfestingu okkar þar?*“ Í svari aðstoðarforstjóra félagsins frá 30. júní 1997 kemur fram að heppilegast sé að Gasfélagið komi að þessu máli.

Samkeppnisráð telur að olíufélögin hafi ákveðið sameiginlega að félögin byðu ekki sjálfstætt í gassölu til Norðuráls og ákveðið sameiginlega verð á gasi til Norðuráls í tengslum við útboð fyrirtækisins. Samkeppnisráð telur einnig að olíufélögin hafi náð samkomulagi um að öll gassala til a.m.k. nýrra stórnotenda skyldi fara í gegnum Gasfélagið. Olíufélögin hafi síðan á vettvangi Gasfélagsins haft með sér samstarf um sölu og verðlagningu á gasi til Norðuráls. Til stuðnings máli sínu hefur samkeppnisráð einkum bent á eftirfarandi:

- Skýrslu gæðastjóra OHF hjá Samkeppnisstofnun frá 6. september 2002 um að „*hin olíufélögin hafi þrýst á OHF að fara inn í sameiginlegt tilboð olíufélaganna í gegnum Gasfélagið og OHF fallist á það.*“
- Tölvupósti sem framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sendi m.a. framkvæmdastjóra markaðssviðs og sölustjóra hjá OHF og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda og aðstoðarforstjóra hjá Skeljungu, dags. 24. september 1997 um niðurstöðu af fundi olíufélaganna þann 23. september sama ár. Í samantekt hans kemur m.a. fram hvaða verð olíufélögin hafi ætlað að bjóða Norðuráli á gasi og ákveðið hvað hvert félag myndi hafa í framlegð af þessum viðskiptum.
- Tölvupóst framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF til Olís og Skeljungs frá 24. september 1997 en samkeppnisráð telur að OHF hafi gegn betri vitund gefið Norðuráli til kynna að fyrirtækið væri tilbúið til að gera sjálfstætt tilboð í viðskiptin en reynt jafnframt að sannfæra Norðurál að slík samkeppni myndi skila litlu og reynt að beina viðskiptunum til Gasfélagsins.
- Tölvupóst sölustjóra stórnotenda OHF til m.a. forstjóra félagsins frá 27. maí 1998 þar sem greint er frá því að Norðurál hafi ætlað að nota gas í steypuskálanum og hafi verið í viðræðum við Gasfélagið út af því. Síðan segir: „*Hins vegar finnst þeim verðið það hátt að þeir ákveða líklega í dag að skipta yfir í gasolíu. Þetta þýðir fyrir okkur hátt í milljón lítra sölu af gasolíu á ári. (...)*“

Gassalan í gegnum Gasfélagið var skiptisala milli félaganna. Nú erum við með samning við Norðurál hf til 5 ára, m.a. um gasolíu, og þessi sala gengur inn í þann samning. Hin félögin munu sjálfsgt krefjast þess að þessu verði skipt en við munum alfarið hafna því.“

- Minnisblað framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF dags. 14. desember 1998 þar sem segir efnislega að viðbótargasolíukaup í stað gass hafi ekkert með skipti milli olíufélaganna að gera.

Áfrýjunarnefndin telur alveg ljóst samkvæmt þessum gögnum að olíufélögin þrjú höfðu með sér samráð vegna þessa útboðs sem gekk út á að koma því í sameiginlegan farveg og ákveðið sameiginlegt gasverð til Norðuráls fyrir tilstilli Gasfélagsins. Felur þetta í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Þessu er hefur heldur ekki verið mótmælt af hálfu OHF. Í tölvupósti framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís frá 24. september 1997 kemur m.a. þetta fram: „Ísalsamningur shell verði tekinn upp á næstu mánuðum með það að markmiði að hann verði 3ja félaga samningur, frontaður af gasfélaginu. Allir samningar um gassölu við álver í framtíðinni verði 3ja félagasamningar með Gasfélagið sem front.“ Rétt er að líta svo á að olíufélögin hafa notað Gasfélagið sem sameiginlegan vettvang til samstilltra ákvarðana um sölu og verðlagningu á gasi til Norðuráls. Þegar á þetta er litið og önnur þau gögn sem rakin eru í hinni kærðu ákvörðun verður að telja nægjanlega sannað að olíufélögin hafi náð samkomulagi um það á fundi sínum 23. september 1997 að öll gassala til stórnotenda skyldi fara fram í gegnum Gasfélagið.

10. Útboð Flugleiða 1994 og Flugfélags Íslands 1998 (innanlandsflug)

Útboð Flugleiða 1994

Í apríl 1994 óskuðu Flugleiðir eftir tilboðum í þotueldsneyti fyrir flugvélar félagsins á Reykjavíkurflogvelli. Var olíufélagunum þremur boðið að gera tilboð. Í útboðslýsingunni kemur fram að árleg eldsneytisnotkun flugvéla Flugleiða á Reykjavíkurflogvelli sé 1.383.000 gallon (rúmlega 5,2 milljónir lítra). Samkvæmt útboðslýsingunni skyldi gera samning til 31. maí 1997 um eldsneytissöluna við það olíufélag sem fengi viðskiptin. Útboðsfrestur var til 28. apríl 1994. Skeljungur og Olís skiluðu inn tilboðum vegna þessa útboðs. Skeljungur bauð 17,01 kr. á lítra með virðisaukaskatti. Olís bauð 17,40 kr. á lítra með virðisaukaskatti. Skeljungur hlaut þessi viðskipti.

Samkeppnisráð telur vafalaust að Skeljungur og Olís hafi haft með sér samráð um útboð þetta sem miðaði að því að Skeljungur fengi viðskiptin. Í því sambandi er einkum bent á eftirfarandi gögn:

- Minnisblað til forstjóra Olís frá tveimur framkvæmdastjórum félagsins með heitinu „Minnispunktur vegna útboðs Flugfélags Íslands 1998.“ Þar sé fullyrt að „samstarf“ hafi verið um tilboð Olís vegna útboðsins 1994. Annar höfundur minnisblaðsins hafi sagt á fundi með Samkeppnisstofnun þann 20. nóvember 2002 að hann telji að Olís og Skeljungur hafi haft með sér samstarf vegna útboðsins.
- Skýrslu forstjóra Olís á fundi með Samkeppnisstofnun þann 9. ágúst 2002 þar sem hann kveðst hafa heyrt að undirmenn hans hafi rætt útboðið við Skeljung og umræðurnar snúist fyrst og fremst um afgreiðslugjald en bjóðendum var skylt að tilgreina afgreiðslugjald sérstaklega á hvern lítra í tilboðum sínum.
- Afrit af tilboðsblaði sem fannst hjá forstjóra Olís þar sem ritað er „Tala frá Shell“ ofan þeirrar fjárhæðar sem Olís bauð.
- Forstjóri Olís hefur greint frá því á fundi með Samkeppnisstofnun þann 9. ágúst 2002 að Olís hafi talið það skipta meira máli í útboðinu „að halda samstöðu um sameiginlega afgreiðslu fremur en að ná viðskiptunum af Skeljungi með mjög lítilli álagningu. Olís hefði þannig tekið sjálfstæða viðskiptaákvörðun um að keppa ekki á síðustu aurunum um þjónustu á Reykjavíkurlugvelli, enda hefði það stofnað í hættu árangri um sameiginlega afgreiðslustöð.“
- Framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís hefur á fundi með Samkeppnisstofnun þann 20. nóvember 2002 greint frá því að Olís hafi verið beitt þrýstingi til að hafa samstarf í tengslum við útboðið, ella hefði samvinna félaganna á Reykjavíkurlugvelli verið í hættu.
- Samkomulag Olís og Skeljungs um afgreiðslu flugeldsneytis á Reykjavíkurlugvelli frá 28. apríl 1994. Í 5. gr. þess segir: „Samkomulag er um að gerður verði samningur, eigi síðar en 1. júní 1994 er tekur til skiptingar viðskipta á flugvellingum milli aðila. Með þeim samningi skal reynt að tryggja að það mynstur fastra viðskipta sem nú er á sölu flugeldsneytis á vellingum haldist áfram þar til annað verður ákveðið.“
- Orð forstjóra Skeljungs á fundi Samkeppnisstofnunar þann 25. október 2002 þar sem hann sagði: „Vel mætti vera að Olís hafi metið stöðuna þannig að félagið

hafi tengt saman þessi tvö mál. Skeljungur hafi vissulega ekki getað fallist á að eiga samstarf við Olís um afgreiðslu á flugvellinum og leggja til 90% af þeim eignum sem til þess þurfti, án þess að hafa eitthvað um málið að segja.“

Útboð Flugfélags Íslands 1998

Í apríl 1998 óskaði Flugfélag Íslands eftir tilboðum í eldsneyti afhent á eldsneytistanka flugvéla félagsins á Reykjavíkflugvelli. Olíufélögunum þremur var boðið að gera tilboð og kemur fram í útboðsgögnum að áætluð árleg eldsneytisþörf Flugfélagsins á Reykjavíkflugvelli væri rúmlega 7,1 milljónir lítra. Samningur sem gerður yrði á grundvelli útboðsins skyldi gilda til 31. maí 2001. Útboðsfrestur var til 21. apríl 1998. Útboðslýsingin var boðsend til Olís 8. apríl 1998. Samkeppnisráð telur að samráð hafi einnig verið milli Olís og Skeljungs vegna þessa útboðs í tengslum við framlegðarskiptingu vegna viðskipta við fyrirtæki Reykjavíkurborgar.

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir því að á þessum tíma hafi verið uppi deilur milli olíufélaganna um uppgjör á „samkomulögum“ um skiptingu framlegðar vegna viðskipta við tiltekin fyrirtæki. Þar eru jafnframt færð rök að því að Olís hafi viljað nýta sér það tækifæri sem fólst í útboði Flugfélagsins til að knýja á um efndir Skeljungs í þessu efni. Í ákvörðuninni eru einnig nánar rakin tildrög þess að fyrirsvarsmenn Olís og Skeljungs héldu fund, þann 20. apríl 1998, daginn áður en tilboðsfrestur Flugfélagsins rann út. Framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís hefur staðfest á fundi með Samkeppnisstofnun, þann 16. ágúst 2002, að á fundinum 20. apríl 1998 hafi verið ræddar forsendur fyrir afgreiðslugjaldinu frá Eldsneytisafgreiðslunni á Reykjavíkflugvelli í útboðinu. Jafnframt hefur aðstoðarforstjóri Skeljungs sagt á fundi með Samkeppnisstofnun, þann 8. nóvember 2002, að sig minni að á fundinum hafi menn rætt þann þátt í útboði Flugfélagsins er laut að afgreiðslugjaldinu. Auk þessa hefur samkeppnisráð vísað til:

- Skjals sem fylgdi símbrefi sem ritari forstjóra Olís sendi honum, dags. 20. apríl 1998. Þar koma fram önnur tilboðsverð og lægri heldur en hið endanlega tilboðsverð hljóðaði upp á.
- Tölvupósts forstjóra Olís til forstjóra Skeljungs og forstjóra OHF, dags. 20. apríl 1998, þar sem segir m.a. „*Sælir herra menn. Með tilvísun í samtal okkar í dag sting ég upp á fundi um málið hjá mér miðvikudaginn 29. apríl nk kl 10 (...)*“.

- Þeirrar staðreyndar að Skeljungur greiddi Olís og OHF hlutdeild í framlegð þeirra vegna viðskipta við fyrirtæki Reykjavíkurborgar í júlí 1998 án þess að eðlilegar skýringar hafi komið fram.
- Skýrslu fyrirverandi framkvæmdastjóra fjármálasviðs Olís hjá Samkeppnisstofnun þann 20. nóvember 2002 þar sem hann taldi að samráð hafi verið milli Skeljungs og Olís í tengslum við útboðið.
- Viðauka við samning félaganna frá 1995 um afgreiðslustöð á Keflavíkurflugvelli sem mælir fyrir um að „núverandi og föst samningsbundin viðskipti hvors rekstraraðila við innlenda aðila verði með óbreyttum hætti á gildistíma samningsins.“ Því er nánar haldið fram að samráðið vegna útboðsins hafi verið í samræmi við meginmarkmið þessa samnings.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað með fyrrgreindum gögnum og öðrum gögnum málsins að Olís og Skeljungur hafi haft samráð sín á milli um gerð tilboða í útboði Flugleiða 1994 og útboði Flugfélags Íslands 1998. Þessar aðgerðir féllu undir heildarsamkomulag það sem rætt er um í kafla IV 2.5. Samráðið var ólöglegt og braut í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Ósannað er hins vegar að OHF hafi tekið þátt í þessu samráði.

11. Útboð/verðkönnun Landssímans 1998 og samráð vegna Íslandspósts

Á árinu 1998 tók Landssími Íslands hf. þá ákvörðun að skipta innkaupum fyrirtækisins á olíuvörum vegna bílaflota þess á milli olíufélaganna þriggja. Áður höfðu viðskiptin verið við OHF og Skeljung. Ástæða þessa var, að sögn Olís, tilkoma samkeppni á fjarskiptamarkaðnum og sala olíufélaganna á GSM-kortum. Í kjölfar þessa átti Landssíminn fund með hverju olíufélagi fyrir sig í lok október 1998. Á fundunum fór Landssíminn fram á það að viðkomandi olíufélag myndi gera fyrirtækinu tilboð og bjóða afslátt af þessum vörum. Samkeppnisráð telur að eftir þessa fundi með Landssímanum hafi olíufélögin ákveðið að hittast á fundi og stilla saman tilboð sín til Landssímans.

Að því er þetta atriði varðar er ekki umdeilt að olíufélögin þrjú hafi ákveðið sameiginlega hvaða kjör Landssímanum yrðu boðin í fyrrgreindu útboði. Hins vegar hefur OHF haldið því fram að Landssíminn hafi viljað fá eitt verð yfir allt landið en ekki mismunandi verð frá hverju olíufélagi fyrir sig. Ætlun Landssímans hafi verið að

kanna hvaða verðhugmyndir olíufélögin hefðu hvert fyrir sig og semja síðan við þau öll á grundvelli hæsta afsláttartilboðs en ella að hótta að minnka viðskipti við það félag sem byði minna. Á þessum grunni hafi félögin komið sér saman um að bjóða sameiginlega mesta afslátt sem einstakt félag hafi boðið Landssímanum. Af hálfu hinna tveggja olíufélaganna hefur því verið haldið fram að vilji Landssímans hafi verið sá að semja um sömu kjör við öll olíufélögin.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ljóst að með fyrrgreindu útboði hafi Landssíminn stefnt að sem lægsta verði hvað sem annarri útfærslu útboðsins leið. Samráð olíufélaganna var ólöglegt hindrun í því ferli. Hvað sem líður fyrrgreindum röksemdum áfrýjenda telst fyrrgreint samráð ótvírætt brot á 10. gr. samkeppnislaga. Áfrýjunarnefndin telur hins vegar ósannað að samráð hafi tekist með olíufélagunum um að bjóða ekki Landssímanum heildsöluverð á vörum sem seldar væru á bensínstöðvum.

Að því er Íslandspóst varðar bendir áfrýjunarnefndin á að í fundargerð sölustjóra stórnotendasviðs hjá OHF, dags. 30. október 1998 segi að „*líklegt er að sama verði með póstin*“. Enn fremur segi í tölvupósti framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís sem sendur var eftir fundinn þann 29. október 1998 til m.a. forstjóra félagsins að „*pósturinn fái sama, skipt upp um áramót þó að samn gildi til 2000*“. Loks hefur höfundur tölvupóstsins staðfest að hafa setið á þessum fundi með OHF og Skeljungu og þar hafi verið ákveðið hvaða afslátt ætti að veita Íslandspósti (og Landssímanum). Af þessum sökum telur áfrýjunarnefndin nægjanlega sannað að olíufélögin þrjú hafi haft með sér ólöglegt samráð um sölu til Íslandspósts.

12. Útboð Íslenska járnblendifélagsins 1994 og 2000

Útboðið 1994

Í hinni kærðu ákvörðun segir að þann 7. ágúst 1975 hafi olíufélögin náð samkomulagi um að viðskiptum við Málblendiverksmiðjuna að Grundartanga yrði skipt að jöfnu milli olíufélaganna þriggja og að Olís myndi hafa umsjón með viðskiptunum. Í janúar 1994 óskaði Íslenska járnblendifélagið (ÍJ) eftir tilboðum í olíu- og rekstrarvörur. Öll olíufélögin gerðu tilboð í þessi viðskipti. Í ákvörðuninni er einnig gerð grein fyrir því að ágreiningur hafi verið með félagunum og snérust þær um meintar vanefndir Olís vegna hlutdeildar í framlegð af sölu til ÍJ. Er gerð grein fyrir því að Olís hafi verið

tilbúið til að gera upp tímabilið 1978-1993 en eftir það aðeins ef samkomulag „*tekst um óleyst mál af sama toga, svo sem Landhelgisgæsluna, Dómsmálaráðuneytið og Póst- og síma. Einnig vaknar spurning um Norðurál.*“, sbr. tilboð Olís frá 19. nóvember 1998. Enn fremur er nefnt til sögunnar bréf sem forstjóri Skeljungu ritaði þann 4. febrúar 1999 til forstjóra Olís en samrit var sent til forstjóra OHF. Þar kemur m.a. fram sá skilningur forstjórans að um þessi viðskipti hafi gilt „*óformlegt samkomulag um óbreytt fyrirkomulag á Grundartanga, þ.e. áframhaldandi rekstur Olís með skiptingu framlegðar.*“

Samkeppnisráð telur að ekki sé sannað að samráð hafi átt sér stað vegna þessa útboðs en telur hins vegar gögn málsins sýna að Olís hafi verið viljugt til að skipta framlegð gegn því að Skeljungur og OHF myndu efna samkomulag m.a. vegna Landhelgisgæslunnar og dómsmálaráðuneytisins. Samskipti þeirra hafi verið liður í að knýja fram efndir á markaðsskiptingu olíufélaganna og hluti af samfelldu samráði þeirra.

Útboðið 2000

Með bréfi til olíufélaganna, dags. 4. febrúar 2000, óskaði ÍJ eftir tilboðum í eldsneyti og aðrar olíuvörur. Skilafrestur var til 22. febrúar 2000. Samkvæmt tilboðum félaganna þá bauð Olís ÍJ 1,30 kr./ltr. afslátt af listaverði gasolíu. OHF bauð 1 kr./ltr. í afslátt af gasolíu og Skeljungur 0,35 kr./ltr. í afslátt. Niðurstaða útboðsins var að Olís hélt þeim viðskiptum sem það hafði áður haft.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að þann 4. febrúar 2000 hafi sölustjóri á stórnotendasviði hjá OHF sent forstjóra fyrirtækisins tölvupóst og greint frá þessari verðkönnun ÍJ. Hafi komið fram að fyrirtækið hafi verið í viðskiptum við Olís frá upphafi og Olís myndi örugglega reyna að biðja OHF „*að vera ekki að bjóða nema listaverð til þeirra*“. Þar komi einnig fram að viðkomandi starfsmaður OHF muni gera allt til þess að reyna að ná þessum viðskiptum. Samkeppnisráð hefur haldið því fram að þessi grunur OHF um tilraunir Olís hafi reynst á rökum reistur og að jafnframt sé ljóst að Skeljungur hefði haft áhuga á að ræða þetta útboð við keppinauta sína.

Í hinni kærðu ákvörðun eru færð fram rök fyrir því að forstjórar Skeljungs og Olís hafi haft samband sín á milli í kringum 14. febrúar 2000 þar sem þetta mál bar á góma og síðan haldið fund þann 16. febrúar sama ár. Enn fremur eru færð rök að því að forstjórar oliufélaganna þriggja hafi hist á fundi 18. febrúar 2000 og rætt málefni ÍJ. Þá er einnig vísað til tölvupósts forstjóra OHF til forstjóra Skeljungs, þann 17. febrúar 2000. Þar segir: „Ég geri það að tillögu minni að við tökum aðeins fyrir uppgjörsmál á fundinum og frestum öðru. Óúppgert er: Grundartangi, SVR, Raufarhöfn og Kísiliðjan. Ef ég gleymi einhverju, þá bætið þið við.“

Málefnið fyrir annann fund eru: Nýr samningur um Örfirisey milli ODR og Skeljungs. Hagsmunafélag oliufélaganna?? Vinsamlegast eyðið þessari orðsendingu þegar að þið hafið lesið hana.“

Þá er einnig gerð grein fyrir því að þann 26. febrúar 2000 hafi forstjóri Olís sent tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu þar sem fjallað er um útboðið en útboðsfrestur rann út þann 22. febrúar 2000. Þar segir:

*„Málið fer mjög í taugarnar á mér. Hef í því sambandi skrifað niður nokkra þúnkta sem ég vil bera undir þig. Hef ekki mikla þolinmæði til að frsta lengi að taka umræðu við GM um tengslin almennt ekki síst með tilliti til afgangslu þeirra á þessu máli og alla framgöngu Kristjáns
Legg því til að þú skreppir strax í byrjun viku, mánudag eða þriðjudag upp á Grundartanga til að afhenda þeim nýtt tilboð og undirrita við þá samning í okkar standard formi til 3ja ára með framlenginga ákvæði. Því strax og það er í höfn vil ég hitta GM.“*

Samkeppnisráð telur að forstjóri Olís hafi framkvæmt hugmyndir sínar sem fram koma í fyrrgreindum tölvupósti og eru gögn tilfærð í hinni kærðu ákvörðun sem eiga að renna stoðum undir það.

Þess er enn að geta að þann 1. mars 2000 sendi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís tölvupóst til forstjóra fyrirtækisins. Þar kemur fram að framkvæmdastjórinn hafi frétt það hjá starfsbróður sínum hjá Skeljungum að forstjóri Olís hafi rætt útboð ÍJ við aðstoðarforstjóra Skeljungs. Í tölvupóstinum segir m.a.:

„Er búinn að ganga frá því við FS að það er í lagi hans vegna að við notum á GM að FS hefði borið mér skilaboð í samtali sem ég átti við hann sjálfan tilboðsdaginn þegar ég var að kanna hvort þetta yrði varið að KK myndi reyna að ná þessu á þeirri forsendu að hann teldi engar líkur á því að það næðist um þessi mál samstaða.“

Hvorki höfundur tölvupóstsins né framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu hafa getað skýrt tölvupóstinn frekar á fundum með Samkeppnisstofnun. Aðstoðarforstjóri Skeljungs kveðst þar ekki muna eftir þessu samtali við forstjóra Olís.

Samkvæmt gögnum málsins hefur forstjóri Olís á fundi með Samkeppnisstofnun þann 22. ágúst 2002 staðfest að viðræður hafi átt sér stað milli oliufélaganna í tengslum við útboð ÍJ í febrúar 2000. Segir í skýrslu hans að á „þessum tíma hefði ennþá verið til staðar óleystur ágreiningur félaganna vegna uppgjors á skiptisölu frá fyrri árum. Hefði hann gefið til kynna að ef samkomulag næðist um þau mál, kæmi til greina samstarf um ÍJ í anda samkomulags um Ísal og Kísiliðjuna. Kvaðst EB þarna hafa reynt að knýja KB til að gera skil á óuppgerðri skiptisölu, sem tengdist viðskiptum við SVR. Þessi samtöl hefðu hins vegar ekkert leitt af sér og var ekkert samkomulag gert hvorki um þátttöku í útboðinu né annað.“

Samkvæmt dagbókum forstjóra Olís og Skeljungs má telja að þeir hafi haft samband þann 16. febrúar 2000, m.a. til að ræða útboðið og það sama gerðist 18. febrúar sama ár. Orðalag tölvupóstsins frá 1. mars 2000, sem fyrrgreindir starfsmenn félaganna hafa ekki skýrt út, bendir eindregið til þess að tilraunir til samstarfs hafi farið fram. Þá þykir raunverulegur munur á tilboðunum styrkja þetta enn frekar. Með hliðsjón af þessu og að öðru leyti með skírskotun til þeirra röksemda sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála nægjanlega upplýst að Olís og Skeljungur hafi haft með sér samráð í umræddu útboði og brotið með því gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Jafnframt er upplýst í máli þessu að OHF gerði sjálfstætt tilboð vegna útboðsins án samráðs við hin félögin og raunar í andstöðu við þau. Þátttaka í fundum um útboðið

og aðrar athafnir fyrirvarsmanna félagsins varðandi upplýsingagjöf þykja þó þess eðlis að þær verði taldar fela í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga.

13. Útboð Reykjavíkurborgar 2001

Í október 2001 óskaði Innkaupastofnun Reykjavíkurborgar eftir tilboðum í kaup á gasolíu og 95 oktana bensín fyrir Strætó bs. og Vélamiðstöð Reykjavíkurborgar. Í útboðslýsingu kemur fram að áætlað árlegt eldsneytismagn sem óskað sé tilboða í séu 3,5 milljónir lítra af gasolíu og 200 þúsund lítrar af bensíni. Tilboðsfrestur var til kl. 11:00 þann 6. desember 2001 og fram kemur að gerður yrði þriggja ára samningur um þessi viðskipti við það fyrirtæki sem hlutskarpast yrði í útboðinu. Samkeppnisráð telur að viðræður hafi farið fram milli olíufélaganna þriggja um útboðið og upplýsingaskipti í tengslum við það. Slíkt sé andstætt ákvæði 10. gr. samkeppnislaga þrátt fyrir það að olíufélögin hafi ekki náð að stilla saman tilboð sín vegna þessa útboðs.

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir því að á árinu 2001 hafi átt sér stað margir viðræðufundir milli olíufélaganna um skiptingu þeirra á viðskiptum við tiltekna viðskiptavinum. Gengu þeir m.a. út á að hætta svonefndri skiptisölu en taka þess í stað upp það fyrirkomulag að hvert olíufélag héldi tilteknum viðskiptavinum. Þá er í ákvörðuninni gerð grein fyrir því að hjá Olís hafi fundist ódagsett yfirlit frá Skeljungum þar sem eftirgreindir aðilar eru taldir upp: Landsvirkjun, Rarik, Vegagerðin, Norðurál, dómsmálaráðuneytið, Kísiliðjan, Vestmannaeyjabær, ÍSAL, Hafrannsóknarstofnun, Landhelgisgæslan, Strætó, Vélamiðstöð Reykjavíkurborgar, Íslenska Járblendifélagið, erlend sala til skipa og erlent flug í Leifsstöð.

Frá því segir einnig að fundur hafi verið haldinn þann 21. nóvember 2001 þar sem mættir hafi verið framkvæmdastjórar stórnotenda olíufélaganna þriggja ásamt aðstoðarforstjóra Skeljungs. Á fundinum hafi verið farið yfir umrætt yfirlit að því er virðist og framkvæmdastjóri stórnotendaviðskipta hjá Olís hafi ritað eftirfarandi á öftustu síðu yfirlitsins:

„Tillaga RB

x Knútsstöð tekin út og restin jöfnuð.

xx Olís fær SVR í útboði

xxx (ólæsilegt) rest í gegnum erlenda sölu.“

Umræddur framkvæmdastjóri hefur lýst því á fundi með Samkeppnisstofnun þann 22. ágúst 2002 að hann hafi skilið tillöguna sem „*einvers konar málamiðlun til að halda jafnvægi og koma í veg fyrir að allt færi í uppnám*“.

Í hinni kærðu ákvörðun eru færð rök fyrir því að Skeljungur hafi ekki viljað setta sig við þessa tillögu heldur viljað fá viðskipti þessi til sín. Þar kemur fram að fyrirsvarsmenn bæði Olís og OHF hafi upplýst Samkeppnisstofnun á fundum 8. maí og 22. ágúst 2002 að Skeljungur hafi ítrekað reynt að fá fyrirtækin til samstarfs vegna útboðs Reykjavíkurborgar. Af gögnum málsins má enn fremur ráða að fundir hafi verið haldnir eða samband haft þar sem útboðsmálið var rætt. Ýmis önnur gögn styðja að svo hafi verið þar á meðal minnispointar framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda Olís, (merktir Hs. Nr. 4301 í ákvörðun samkeppnisráðs) og tölvupóstur hans til forstjóra fyrirtækisins frá 13. desember 2001 en þeim tölvupósti bar að eyða samkvæmt fyrirmælum í honum eftir lestur hans. Enn fremur ber að hafa í huga að forstjóri OHF og fyrrverandi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hafa á fundum með Samkeppnisstofnun þann 3. apríl og 8. maí 2002 gefið til kynna margt hafi komið til umræðu á þessum fundum og ýmsir möguleikar ræddir og framburðir forstjóra Olís og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda á fundi Samkeppnisstofnunar þann 22. ágúst 2002 eru í raun svipaðir. Er nánari grein gerð fyrir þessu í hinni kærðu ákvörðun.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að nægar sannanir séu fram komnar um það að viðræður hafi farið fram milli olíufélaganna um fyrrgreint útboð, m.a. í tengslum við samstarf milli þeirra varðandi stóra viðskiptaaðila, þar sem leitast var við að stilla saman aðgerðum. Áfrýjunarnefndin telur gögn málsins gefa nægar vísbendingar um að öll olíufélögin þrjú hafi tekið þátt í þessu. Aðgerðum þessum var ætlað að hafa áhrif á gerð tilboða. Í því felst brot á 10. gr. samkeppnislaga án tillits til þess hvort olíufélögin hafi raun og veru náð því að stilla saman tilboð sín.

V Samráð um sölu til erlendra skipa

1. Gildissvið

Samkvæmt 2. mgr. 3. gr. samkeppnislaga taka lögin ekki til samninga, skilmála og athafna sem aðeins er ætlað að hafa áhrif utan Íslands. Í inngangsorðum að kafla V í hinni kærðu ákvörðun er teft fram rökum fyrir því að viðskipti við erlend skip hér á landi hafi í raun áhrif á Íslandi. Samkeppnislögin taki því til slíkra viðskipta. Áfrýjunarnefndin fellst á þessi rök með tilvísun til þeirra.

2. Samkomulagið frá 1993 og endurnýjun þess 1995

Fram er komið að olíufélögin gerðu með sér samkomulag árið 1990 um skiptingu á sölu til erlendra skipa sem gildi í tvö ár. Þann 30. júlí 1993 náðu olíufélögin aftur samkomulagi um sölu á eldsneyti til erlendra skipa á Íslandi sem að mörgu leyti líktist eldra samkomulagi þeirra. Í samkomulaginu frá 1993 er þannig gert ráð fyrir tiltekinni mánaðarlegri skiptingu milli félaganna í tilteknum hlutföllum og söluverð og greiðslukjör samræmd svo og afgreiðslugjald til félaganna. Sérstök framkvæmdanefnd var skipuð til þess að annast framkvæmd samkomulagsins og sat einn fulltrúi frá hverju félagi í henni. Samkomulagið tók gildi 1. maí 1993 og skyldi gilda í tvö ár en ekki þykir ástæða til að geta efni þess nánar hér.

Í hinni kærðu ákvörðun er lýst aðdraganda þess að umrætt samstarf hélt áfram. Ber þar fyrst að nefna minnisblað sem fannst hjá Olís vegna fundar forstjóranna þann 22. mars 1995. Þar er einnig minnst á minnisblað frá Olís, dags. 24. mars 1995, sem sent var með faxi til Skeljungs og fannst þar að því er fram kemur í hinni kærðu ákvörðun. Í minnisblaði þessu eru lagðar til tilteknar breytingar frá fyrra samkomulagi um erlend skip og hjá Skeljungu fannst síðan skjal með forsíðunni „fundur forstjóra olíufélaganna 30. mars 1995“. Í skjalinu er að finna afrit af samkomulagi olíufélaganna frá 30. júlí 1993 ásamt endurskoðuðu en óundirrituðu og ódagsettu afriti sama samnings. Ekki varð þó að samkomulagi að sinni. Þá kemur fram að hjá Skeljungu hafi fundist eintak af samningsdrögum sem lögð hafi verið fyrir forstjórafundinn 30. mars 1995 þar sem fram komi að orðin „samþ.“ hafi verið rituð við hlið einstakra greina með dagsetningunni 1. maí 1995 sem gildistöku. Loks hafi

Olís tekið saman skýrslu, sennilega um áramótin 1995/1996, sem beri heitið: „*Samantekt um skiptingu sölu milli olúfélaganna.*“ Í eintaki sem fylgdi þessari skýrslu sem er óundirritað voru færðar inn þær breytingar sem handskrifaðar voru á fyrrgreint eintak sem fannst hjá Skeljungu.

Fulltrúar OHF hafa á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 22. október 2002 staðfest að unnið hafi verið eftir þessum samningi frá því að samningurinn frá 1993 féll úr gildi í maí 1995 til ársloka 2001. Forstjóri Olís og framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hafa sagt á fundi með Samkeppnisstofnun þann 13. nóvember 2002 að á árinu 1995 hafi verið reynt að ná samkomulagi um endurnýjun fyrra samkomulags en það hefði ekki tekist vegna ágreinings um skiptihlutföll. Engu að síður hafi félögin til ársloka 2001 haft með sér samstarf í anda þess. Í hinni kærðu ákvörðun er vikið nánar að efni hins nýja samkomulags sem telja verður að olúfélögin hafi komist að á árinu 1995.

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð ítarleg grein fyrir framkvæmd umrædds samkomulags. Þar kemur fram að samkomulaginu hafi verið fylgt að mestu allt fram á árið 2001. Ágreiningur og vafaatriði um framkvæmd samkomulagsins komu upp annað veifið en hafi að jafnaði verið leyst með þeim hætti sem nánar er gerð grein fyrir í ákvörðuninni. Aðalatriðið hér er það að olúfélögin fylgdu að öllu verulegu leyti ákvæðum samkomulaganna frá 1993 og 1995.

Niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála um þetta atriði er að nægjanleg gögn séu fram komin í máli þessu sem styðji að olúfélögin hafa haft með sér samráð í tengslum við sölu á eldsneyti til erlendra skipa á tímabilinu maí 1993 til ársloka 2001. Í því felst ótvírætt brot á 10. gr. samkeppnislaga. Eins og greinir í hinni kærðu ákvörðun var tilgangur auglýsingar Samkeppnisstofnunar sem birtist í Lögbirtingablaðinu þann 19. maí 1993 að veita umþóttunartíma til 1. nóvember sama ár fyrir aðila til að hætta ólögum samráði. Olúfélögin gerðu hins vegar hið ólögum samkomulag tveimur mánuðum eftir birtingu tilkynningarinnar. Auk þess var samkomulagið ekki fellt úr gildi 1. nóvember 1993 heldur var það framkvæmt fram á árið 1995 og síðan endurnýjað með nýju samkomulagi.

VI Samráð um verðlagningu á olíuvörum

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir því að framkvæmdastjóri fjármálasviðs OHF, sem ábyrgð bar á verðlagningu félagsins á eldsneyti, hafi á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002 sagt m.a. þetta:

„Vegna þess óöryggis sem gætti fyrstu árin eftir að frjáls verðlagning var tekin upp hafi það verið meginreglan fram á árið 1997 að félögin báru saman bækur sínar áður en verðbreytingar voru ákveðnar. Olíufélagið hafi þó verið iðaldssamt og fastheldið í sambandi við verðlagsmál og ekki nýtt sér samstarf við hin félögin til óhóflegrar álagningar. Upp frá þessum tíma hafi dregið úr slíku samstarfi og olíufélögin ekki ræðst eins oft saman og áður um þetta málefni. BB tók fram að samkvæmt beiðni EB forstjóra Olís hafi GM heimilað sér að upplýsa Olís um ákvarðanir OHF um verðbreytingar, áður en þær voru birtar opinberlega. Olís hafi hins vegar engin áhrif haft á ákvarðanir OHF um þetta efni.“

Í fundargerð Samkeppnisstofnunar með forstjóra OHF og framkvæmdastjóra fjármálasviðs þann 8. apríl 2002 komi m.a. fram hjá framkvæmdastjóranum að þeir starfsmenn olíufélaganna sem hafi haft með verðlagningu á eldsneyti að gera hafi hist á fundum eða haft samband í síma. Starfsmennirnir hafi kynnt hver fyrir öðrum niðurstöður sínar um þörf verðbreytinga og olíufélögin komist að sameiginlegri niðurstöðu um hver verðbreytingin ætti að vera.

Skýrsla sem er svipað efnis varðandi samráð kemur fram hjá forstjóra Olís á fundi með Samkeppnisstofnun, dags. 4. desember 2002, þar sem segir m.a. „EB sagði að sér væri kunnugt um að sá vani hafi viðhaldið að olíufélögin héldu áfram samtölum sínum í tengslum við verðbreytingar fyrstu árin eftir að verðlagning var gefin frjáls (...)“. Eftir 1997 hafi sá starfsmaður félagsins sem ábyrgð bar á verðlagningarmálum eldsneytis haft mikil samskipti við OHF og Skeljung vegna samstarfs félaganna um innkaup á eldsneyti. Á þeim fundum hafi félögin yfirleitt reynt að „fiska“ hvert annað um verðlagningaráform segir í skýrslu forstjórans.

Í hinni kærðu ákvörðun er fyrrgreindu meintu samráði olíufélaganna skipt í nokkra kafla og undirkafla. Er þar fyrst fjallað um samráð þeirra um verðlagningu á eldsneyti á árunum 1993-1996 og nefnd til sögunnar ýmis atvik frá þeim árum.

1. Samráð um verðlagningu á eldsneyti 1993-1996

1.1. Atvik á árunum 1993-1996

Hér er einkum um að ræða:

1. Að á fundi framkvæmdastjórnar Skeljungs þann 22. mars 1993 hafi forstjóri Skeljungs og fjórir aðrir starfsmenn félagsins fjallað um verðlagsmál. Í fundargerðinni var bókað: „*Útsöluverð. BSJ ræði við aðila hinna olíufélaganna um útsöluverð.*“ Samkeppnisráð telur að bókunin staðfesti að samráð hafi verið haft milli olíufélaganna í verðlagsmálum á þessum tíma.

2. Að í fundargerð framkvæmdastjórnar Skeljungs 23. ágúst 1993 sé að finna eftirfarandi bókun: „*Olíufélögin og FÍB. Svarbréf olíufélaganna til Samkeppnisráðs var til umræðu.*“ Samkeppnisráð telur að félögin hafi haft samvinnu um að svara erindi Félags íslenskra bifreiðaeigenda (FÍB) og að þetta sýni fram á að frá upphafi fólst í samráði olíufélaganna samvinna um að halda því leyndu og hafi slíkt þýðingu við mat á eðli samráðs olíufélaganna.

3. Að verðsamráð hafi verið haft í tengslum við óskir FÍB á árinu 1993 um afsláttarkjör fyrir félagsmenn. Í fundargerð framkvæmdastjórnar Skeljungs frá 11. nóvember 1993 komi m.a. fram að framkvæmdastjóri félagsins „*ræði málið við fulltrúa hinna olíufélaganna.*“

4. Að samráð hafi verið haft um meðferð innheimtumála. Þannig hafi forstjórar olíufélaganna haldið fund þann 17. desember 1993. Samkvæmt tillögu forstjóra Skeljungs um dagskrá átti að ræða afstöðu til útistandandi skulda viðskiptavina hjá félögunum. Á dagskránni var enn fremur „*Almenn meðferð innheimtumála. Afstaða til beiðna um veðleyfi og fl. og fl.*“ Jafnframt átti að ræða um gasmál, eldsneytisafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli og önnur sameiginleg mál félaganna. Einnig er bent á símbref, dags. 30. mars 1994, frá framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá Olís til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungum en með símbrefinu fylgdu tvö bréf. Í þeim bréfum gerir Olís m.a. þá kröfu að innheimta gagnvart viðskiptavinum verði hert. Þess er getið að Olís sé „*kunnugt um*

að hin olíufélögin séu að vinna á svipuðum nótum í innheimtumálum.“ Í símbréfinu til Skeljungs þakkar framkvæmdastjórinn hjá Olís fyrir símbréf frá Skeljungi og segir að meðfylgjandi bréf Olís séu á „mjög svipuðum nótum og bréf Skeljungs og Olíufélagsins.“ Að mati samkeppnisráðs sýnir þetta samvinnu olíufélaganna um viðskiptakjör.

5. Að fulltrúar olíufélaganna hafi hist 10. ágúst 1994 og hafi m.a. haft samráð um bensínhækkun. Þannig segi um þetta í minnispunktum framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF: „*Bensínhækkun allt að 3kr.*“.

6. Að minnisblað sem framkvæmdastjóri markaðssviðs OHF tók saman, dags. 11. september 1994, sem lýsi fundi hans með forstjóra Olís 9. september 1994 sýni að Olís og OHF hafi rætt saman um að taka upp samráð þegar viðskiptavinir óska eftir verðtilboðum og að láta ekki „*egna sig saman í verðstríð*“ í útboðum. Jafnframt kemur fram í minnisblaðinu að Olís hafi upplýst að félagið væri að vinna upp „taktík“ í afsláttarkjörum sem byggðust á magni.

7. Að samráð hafi verið um verðhækkunir á frostlegi allt frá árinu 1994 og til hausts 1998 og jafnvel lengur. Í hinni kærðu ákvörðun eru tilfærð gögn úr minnisblöðum starfsmanns OHF þessu til staðfestingar frá 20. desember 1994 og 16. og 23. október 1995. Enn fremur staðfesting starfsmannsins á efni minnisblaðanna og framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá OHF á því samráði allt fram til hausts 1998.

8. Að samráð hafi verið haft um verðhækkun á 92 oktana bensíni. Þessu til staðfestingar er vísað í minnisblað eða fundargerð framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF frá 3. janúar 1995 sem lýsi fundi framkvæmdastjóra markaðssviða olíufélaganna þar sem bókað sé: „*Ath. Breyta 92 okt „upp“ um ca. 1. kr. 15. jan.*“

9. Að umræða hafi verið milli félaganna að draga úr þjónustu við viðskiptamenn. Hér er m.a. tilfært að 31. janúar 1995 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent bréf til OHF og Skeljungs þar sem vísað sé til þess að olíufélögin afhendi viðskiptamönnum sínum tanka og tengdan búnað í miklum mæli og óskað er eftir samstarfi um gerð samræmdra reglna um þetta og er vísað til þess að þetta hafi verið rætt fyrir nokkrum árum en þá hafi ekki náðst samstaða. Síðan segir: „*Síðan þessir fundir voru haldnir hefur ýmislegt breyst og samvinna félaganna aukist.*“ Hér er einnig vísað í framburð framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF hjá Samkeppnisstofnun þann 15. apríl 2002 þar sem fram

kemur,, *Væri ljóst að félögin hefðu sammælt um að grípa til slíkra ráða. Hins vegar hefði ekkert komið til framkvæmda hjá OHF, en lítilsháttar hjá Olís*“ og fleiri gagna.

10. Að bréf hafi gengið á milli félaganna um verkefnalista sem leitt gætu til sparnaðar hjá félögunum og m.a. vísað til þess að sum verkefnanna hafi áður verið á dagskrá. Bréf framkvæmdastjóra markaðssviðs í smásölu hjá Olís 21. febrúar 1995 til Skeljungs og símbref sama aðila til OHF er nefnt til staðfestingar á þessu.

11. Að á fundi forstjóra Olís og OHF í febrúar 1995 hafi verið fjallað um verðmyndun og á fundi forstjóra allra olíufélaganna þann 22. mars 1995 hafi verið fjallað um verðmyndun á eldsneyti. Þessu til staðfestingar er m.a. fundargerð forstjóra Olís um fundinn þar sem m.a. komi þetta fram: „5. *Verðmyndun á gasolíu til landnotkunar: Fyrir liggur tillaga að umræðugrundvelli frá okkur um málið. Ákveðið var að Þórólfur, Bjarni Snæbjörn og Thomas tækju umræðu um málið (...)*”.

12. Að olíufélagin hafi haft með sér samráð um að hindra innkomu nýrra keppinauta. Hér nefnir samkeppnisráð til sögunnar að á fyrrgreindum fundi forstjóranna 22. mars 1995 hafi þeir rætt ítarlega um væntanlega samkeppni frá erlendu olíufélagi. Einnig er nefnt að í mars 1996 hafi legið fyrir að Irving Oil myndi hætta við að koma inn á íslenska markaðinn og að 10. apríl sama ár hafi OHF sent þakkarbréf til erlends olíufélags þar sem fram komi m.a. „*our warmest thanks for your assistance in the battle we fought here to keep Irving out of Iceland*“. Einnig er bent á bréf framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu Olís, dags. 28. ágúst 1996, til framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF og framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Skeljungu. Í bréfinu er sagt að með því fylgi afrit að beiðni tiltekins manns um að fá að opna bensínstöð á Reykjanesi og síðan segir: „*Vona að þið verðið líka á verði um að hindra þetta.*“

13. Að þann 3. maí 1995 hafi framkvæmdastjórar markaðssviða hjá Olís og OHF haldið fund þar sem rædd hafi verið mörg atriði sem tengist verðlagningu, t.d. um að setja afgreiðslugjald á vissa viðskiptavinum eða um afslátt sem veittur var öðrum viðskiptavinum og um gagnkvæma niðurlagningu bensínstöðva. Svipað hafi átt sér stað í september 1995 á fundi framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís með starfsbróður sínum hjá Skeljungu. Loks er vísað til fundar framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF þann 9. október 1995 með starfsbræðrum sínum hjá Olís og Skeljungu um svipuð atriði.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að þau atriði sem getið er í liðum 1-3 og 10 teljist ekki sjálfstæð brot heldur fremur atvik sem sýna samskipti olíufélaganna af tilefnum sem þar er getið. Að öðru leyti þykir mega staðfesta niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar um hvern lið fyrir sig með skírskotun til þeirra gagna og röksemda sem fram koma í henni. Þessir liðir þykja lýsa samráði olíufélaganna um atriði sem eru til þess fallin að takmarka verðsamkeppni með ólögumætum hætti. Áfrýjunarnefndin undirstrikar að það er ekki skilyrði fyrir beitingu 10. gr. samkeppnislaga að tiltekið atferli hafi komið til framkvæmda eða haft áhrif. Nægjanlegt er að það lúti að eða sé ætlað að hafa áhrif á verðlagningu.

1.2. Samkomulag 1995-1998 um að takmarka framboð á SD olíu Skeljungs

Á árinu 1992 hóf Skeljungur innflutning á svonefndri SD skipaolíu frá olíuhreinsunarstöð Shell við Stavanger í Noregi. Þessi olía var seld á lægra verði en annað skipaeldsneyti. Samkeppnisráð telur að gögn málsins sýni að þessi aðgerð Skeljungs hafi vakið litla hrifningu hinna olíufélaganna. Ljóst sé að strax á árinu 1992 hafi byrjað viðræður um að draga úr þessari nýju samkeppni. Framkvæmdastjóri hjá Skeljungu hafi tekið saman í september 1992 minnisblað um ýmis samstarfsmál félagsins við OHF. Kemur m.a. fram að möguleiki geti verið á því að ná nýjum samningi um að skipta sölu til erlendra skipa ef Skeljungur vildi „*makka með í sambandi við SD olíuna*“. Í nóvember 1993 var tekið saman minnisblað innan Olís þar sem lýst er yfir áhyggjum af markaðssókn Skeljungs á SD olíu og lagt er til að rætt verði við Skeljung um að hætta með olíuna. Ef svar Skeljungs yrði neikvætt væri gerð sú tillaga að Olís og OHF lækkuðu verð á svartolíu þannig að Skeljungur hrökklaðist út af markaðnum með SD olíuna en á árunum 1995-1998 fluttu olíufélögin saman inn svartolíu.

Eins og greint er í hinni kærðu ákvörðun áttu forstjórar olíufélaganna með sér fund 17. nóvember 1995 samkvæmt minnisblaði forstjóra OHF frá sama degi. Í minnisblaði þessu kemur fram að Olís og OHF séu ekki tilbúin til samstarfs um innflutning á svartolíu nema „*samstarf náist um sölu á SD olíu sem Skeljungur hefur verið að selja*“. Slíkt samstarf virðist hafa náðst gegn því að Skeljungur takmarkaði framboð sitt á SD olíu enda hafa forstjóri OHF og framkvæmdastjórar fjármálasviðs og markaðssviðs staðfest þetta. Á síðari hluta árs 1995 hóf OHF innflutning á svonefndri MD olíu frá Noregi sem er sambærileg við SD olíu. Af þessu tilefni kemur

þetta m.a. fram í minnisblaði forstjóra Skeljungu til forstjóra hinna olíufélaganna frá 9. janúar 1996:

„Það er skoðun mín, að það sé með öllu óeðlilegt að Skeljungur hf. Takmarki framboð á SD-olíu til viðskiptavina sinna og bjóði hana ekki nýjum aðilum, á meðan einn af samkeppnisaðilum Skeljungu hf. býður hverjum sem er olíu með svipuðum eiginleikum, án takmarkana.

Skeljungur hf. telur, að þar sem önnur svipuð olía sé nú boðin á markaðnum, muni áður nefnt samkomulag hamlu eðlilegri og sjálfsagðri samkeppni. Það getur alls ekki talist sanngjarnt og eðlilegt, að Skeljungur hf. takmarki framboð sitt á olíutegund, sem samkeppnisaðili býður hindrunarlaust. Því getur Skeljungur hf. ekki talið sig bundinn af áður nefndu samkomulagi um framboð á SD-olíu.“

Jafnframt þessu hefur samkeppnisráð bent á tölvupóst forstjóra OHF til starfsmanna félagsins frá 7. mars 1997 þar sem gert sé ráð fyrir samstarfi á næsta ári um svartolíu að vissum skilyrðum fullnægðum. Í handskrifuðu minnisblaði forstjóra OHF sem fjallar um forstjórafund, dags. 18. júní 1997 segir: „*Skeljungur hefur samn við Shell Sala upp á 12000 tonn. 1997 af SD olíu.*“

Ljóst þykir samkvæmt framangreindu og að öðru leyti með skírskotun til þeirra gagna sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun að OHF og Olís hafa stillt saman aðgerðir sínar til að fá Skeljung til að takmarka framboð á SD olíu á markaðnum á árunum 1995-1997 og hafa þannig áhrif á samkeppni. Braut það gegn 10. gr. samkeppnislaga. Einnig má fallast á það með samkeppnisráði að gögn málsins gefi nægjanlega til kynna að Skeljungur hafi tekið þátt í þessu samráði, sbr. fyrrgreint minnisblað forstjóra Skeljungu frá 9. janúar 1996 og forstjórafund 18. júní 1997 þar sem telja verður að félagið hafi m.a. upplýst keppnauta sína á árinu 1997 um takmarkað framboð félagsins á umræddri olíu og gefið til kynna að samkeppni frá félaginu á þessu sviði yrði takmörkuð. Ekki eru fram komnar nægar sannanir fyrir því að olíufélagin þrjú hafi með sambærilegum hætti brotið samkeppnislög á árinu 1998.

1.3. Atvik á árinu 1996

1. Samkeppnisráð vísar til þess að þann 4. janúar 1996 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs hjá OHF og framkvæmdastjórar markaðssviða smásölu hjá Olís og Skeljungu hist. Samkvæmt fundarboði framkvæmdastjórans hjá Olís, sem fannst hjá OHF, hafi átti að ræða um bensíntegundir, bensínstöðvar, opnunartíma og önnur mál. Einnig er vísað til þess að í lok ársins 1995 hafi olúfélögin ákveðið sameiginlega að hætta að flytja inn 92 oktana bensín og 98 oktana blýbensín. Er í því sambandi vísað í minnisblað forstjóra OHF um fund sem forstjórar olúfélaganna þriggja áttu 17. nóvember 1995 auk þess sem framkvæmdastjóri markaðssviðs OHF hafi einnig staðfest þetta.

Samkeppnisráð telur að á fundinum 4. janúar 1996 hafi félögin rætt um framkvæmd á þessari aðgerð og rætt m.a. um að breyta verðmun milli 92 og 95 oktana bensíns. Bent er á að tölvupóstur framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá OHF frá 11. janúar 1996 tengist þessum áformum og sömuleiðis fundir framkvæmdastjóra markaðssviðs hjá OHF og starfsbræðra hans hjá Skeljungu og Olís þann 18. og 24. eða 25. janúar 1996. OHF telur staðreyndir málsins lítt umdeildar.

Samkeppnisráð telur ljóst að olúfélögin hafi á fyrrgreindum tíma haft með sér samráð um að hætta að selja umræddar tegundir eldsneytis og dregið þannig úr framboði á markaðnum. Jafnframt hafi þau haft með sér samráð um verð á bensíni. Telst það brot á 10. gr. samkeppnislaga.

2. Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir því að viðræður hafi farið fram á milli olúfélaganna einkum í aprílmánuði 1996 hvert þeirra ætti að leiða sameiginlega verðmyndun félaganna á eldsneyti. Þá hefur athugun á verðbreytingum á eldsneyti leitt í ljós að allt fram til aprílmánaðar árið 1996 hafi ávallt komið fram örlítill munur eftir félögum á verði hvers lítra af 92ja og 98 oktana bensíni og einnig oftast á 95 oktana bensíni en eftir það hafi verið sama verð á bensíni. Samkeppnisráð telur þetta vísbendingu um að vorið 1996 hafi samráð þeirra um verðmyndun bensínsverðs tekið þeim breytingum að aðeins eitt félag skyldi leiða þær. Að auki er vísað til tölvupósts innan Skeljungs frá 30. nóvember 2000 frá framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta til m.a. forstjóra fyrirtækisins þar sem segir að á heimasíðu OHF komi fram að félagið muni lækka bensín, gasolíur breytist ekki en að svartolía hækki. Síðan

segir: „Þá er línan lögð eða hvað? Við getum ekki lækkað minna. Ég taldi ekki forsendur til breytinga á svartolíu. [...] og [...] munu hrökkva við.“ Loks er bent á tölvupóst framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnótenda OHF til forstjóra félagsins frá 31. mars 1999 með yfirskriftinni „verðbreyting“ sem einnig er talinn ótvírætt benda til samráðs olíufélaganna í verðlagsmálum. Þar segir m.a.: „Ég lét Samúel og Gunnar Karl vita. Gunnar var sáttur við þetta en Samúel varð arfafúll yfir þessu og sagði að hann væri ekki viss um hvort þeir hættu við að hækka!!! Ég sagði að við myndum fullkomlega sætta okkur við að þeir hækkuðu hjá sér strax ef það væri það sem þeir vildu.“ Forstjóri OHF svaraði þessum tölvupósti svo: „Mér finnst Samúel sýna stundum á sér fýlda hlið, sem ég held að sé ekki endilega stefna Einars Ben.“

Samkeppnisráð telur að olíufélögin hafi haft samráð um olíuverð frá vorinu 1996 og út árið 2001 enda sé það ekki dregið í efa af OHF. Andmæli OHF þess efnis að fyrirtækið hafi ekki tekið þátt í samráðinu heldur eingöngu verið leiðandi í verðbreytingum, fá ekki staðist í ljósi framangreindra sönnunargagna.

3. Samkeppnisráð heldur því fram að í lok maí 1996 hafi farið fram umræða innan Skeljungs um samvinnu við hin félögin í verðlagningarmálum eldsneytis og m.a. að Olís og Skeljungur hafi haft með sér samráð vegna afsláttar til Þormóðs Ramma hf. en fyrirtækið var í viðskiptum við bæði félögin. Þessu til staðfestingar er tölvupóstur forstjóra Skeljungs frá 31. maí 1996 til starfsmanna félagsins þar sem kemur m.a. fram:

„Annað dæmi: Ef við værum nú að gefa afslátt frá einhverju hámarksverðlistaverði liti málið kannski öðruvísi við. GKG segir mér t.d. að við séum með dæluverð til hvers einasta svartolíukúnna hjá okkur! Og síðan dælum við út afslætti til þessara andskota! Þá er eins gott að ræða við hin félögin um, að svartolíuverð sé viðunandi! Til hvers erum við að birta einhver akstursverð í okkar verðskrá? Skv. þessu er það algjör óþarfi. Þetta á ekki við um Rammann, en er til umhugsunar. Afsláttur er réttlætanlegur, ef við erum að gefa hann frá verðlistaverði, en að kasta einhverjum tveimuroghálfrimillu hist og her eins og okkur muni ekkert um það er ekki rétt aðferð. Mér finnst að þú, FBS, eigir að ræða þessi mál strategískt við hin félögin.

Mín tillaga varðandi Rammann er sú, að við sjáum til eftir að reiknað hefur út hver framlegð viðskiptanna raunverulega er. Síðan á náttúrulega að tala við Olís og fá þá til að sjá skynsemi í þessum málum.“

Enn fremur er vitnað í tölvupóst forstjóra Skeljungs til forstjóra Olís 21. desember 1998 og tölvupósts forstjóra Olís til starfsmanna sinna 22. sama mánaðar þessu til stuðnings.

4. Hér er fjallað um atvik á Akureyri. Í júní 1996 er sagt frá því í tölvupósti innan OHF að Olís hafi „álpast“ til að bjóða 5 kr. afslátt á bensíni á nýrri bensinstöð á Akureyri og það verði að reyna að „stoppa Olís menn í svona rugli“. Í framhaldi af þessu færir samkeppnisráð frekari gögn fyrir því að ólöglegt samráð hafi átt sér stað um hækkun á bensíngjaldi.

5. Skeljungur stofnaði á árinu 1995 ásamt eignarhaldsfélögum Hagkaups og Bónuss félagið Bensínorkuna ehf. (Orkan). Átti Skeljungur 1/3 í félaginu. Skeljungur eignaðist meirihluta í félaginu um áramótin 1999/2000. Samkeppnisráð bendir á tölvupóst frá 3. október 1996 innan Skeljungs þar sem sett sé fram sú tillaga að hækka verð Orkunnar áður en Olís byrji með svonefndar ÓB stöðvar. Skeljungur og Orkan hafi því haft með sér ólöglegt samráð um verðlagningu bifreiðaeldsneytis. Enn fremur bendir samkeppnisráð á tölvupóst, dags. 21. nóvember 1995, milli fyrirsvarsmanna Orkunnar og Skeljungs sem sýni að Skeljungur hefur komið að ákvörðunum um verðstefnu Orkunnar. Í tölvupóstinum þar sem efni tölvupóstsins er „orkan samningur“ kemur m.a. fram að viðbótarafsláttur sé háður samkomulagi beggja.

6. Þann 23. október 1996 sendi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs hjá OHF og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungi. Í tölvupóstinum boðar hann og framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís nefnda starfsmenn hinna félaganna til fundar hjá Olís til þess að „*ræða þau mál sem hafa verið til umræðu sl daga varðandi rútur og gröfur, viðskiptakort og dætur- vinsamlega staðfesta hve margir koma (...).*“ Þá er m.a. einnig bent á að samkvæmt dagbók framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungi sé bókað að hann eigi fund með Olís og

OHF þann 31. október 1996 þar sem hafi átt að ræða um sölutölur, afsláttarmál og „ferð“ forstjóra Olís og OHF. Samkvæmt þessu og öðrum gögnum sem þarna eru tilfærð telur samkeppnisráð að gögnin lýsi umfangsmiklu og skipulögðu samráði olíufélaganna um verðlagsmál eldsneytis.

7. Í hinni kærðu ákvörðun er bent á að í nóvember 1996 hafi átt sér stað samskipti milli Olís og Skeljungs varðandi verðlagningu flugvélabensíns. Í tölvupósti frá 13. nóvember 1996 hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís beðið framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu að „endilega“ hækka verð á flugvélabensíni um u.þ.b. 5 kr./ltr. „í samráði við bestu vini okkar.“ Framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís hafi síðan daginn eftir sent tölvupóst til Skeljungs þar sem hann hafi lagt til hækkun eldsneytisins um allt að 5 kr. á lítra. Þá er og vitnað í tölvupóst frá 29. nóvember 1996 innan OHF þar sem segir m.a.:

„Af reynslu okkar í Hafnarfirði sést að við komumst upp með að vera með lágt lókal verð sem ekki spyrst út. Verðið hefur sett skrekk í Olís vegna ÓB og örugglega slæft áhrif þess að þeir muni opna þar með miklum árangri. „Þögn“ mín við fyrirspurnum og beiðnum Olís og Skeljungs að hætta þessu hefur verkað mjög illa á þá og gert þá óörugga um hvað við hyggjumst fyrir. Ég legg því til að nú séum við alls ekki tilbúnir til að ræða verðbreytingar við hin félögin og okkar svör séu að við séum að skoða málin. Skella síðan á verðlækkun á einstaka stöð, þar sem við myndum hitta samkeppnisaðilana verst“

OHF telur tölvupóst þennan sýna að félagið hafi hér staðið vörð um samkeppnina. Samkeppnisráð telur hins vegar bréfið sýna ótvírætt að umrædd samskipti hafi ekki verið einangrað fyrirbæri heldur hluti af víðtækara samstarfi.

8. Samkeppnisráð telur að olíufélögin hafi ákveðið að auka álagningu sína og bæta framlegð á árinu 1997. Hafa verði í huga að á árinu 1996 hafi þau átt í umfangsmiklu samstarfi vegna útboða viðskiptavina þeirra sem miðaði að því að tryggja framlegð félaganna. Í hinni kærðu ákvörðun eru tilfærð ýmis gögn þessu til stuðnings. Bent er sérstaklega á ummæli forstjóra Skeljungs frá 31. maí 1996 þar sem hann kvarti yfir háum afslætti og vill að undirmenn hans ræði málin „strategískt“ við hin félögin svo

og minnisblað sölustjóra sjávarútvegs og sérfræðings OHF í smurolíu. Þar er gerð tillaga um stefnumörkun OHF í þessum útboðum og sagt að ef OHF fái aukin viðskipti á grundvelli útboðanna sé það „*góður byrjunarreitur, ef reyna á að semja um betri álagningu á eldsneyti við hin félögin.*“ Hér er einnig nefnt minnisblað aðstoðarforstjóra Skeljungs til forstjóra félagsins frá 8. október 1996 sem getið er í hinni kærðu ákvörðun og samkeppnisráð telur fela í sér vísbendingar í sömu átt.

Samkeppnisráð telur líklegt að á fundum forstjóra félaganna þann 10. og 19. desember 1996 hafi verið tekin sameiginleg ákvörðun um að bæta framlegð olíufélaganna. Það megi m.a. ráða af tölvupósti frá framkvæmdastjóra hjá Olís og sendur var 7. janúar 1997. Framkvæmdastjórinn hafi upplýst Samkeppnisstofnun um að í upphafi árs 1997 hafi forstjórar félaganna falið honum og starfsbræðrum hans hjá OHF og Skeljungu að vinna í því að auka álagningu og bæta framlegð af sölu eldsneytis, sbr. umfjöllun í kafla VI 2.1. hér á eftir.

Niðurstaða samkeppnisráðs er sú að olíufélögin hafi haft víðtækt ólöglegt samráð um verðbreytingar á eldsneyti á árunum 1993-1996. Séu umfangsmikil gögn sem staðfesti að slíkt samráð hafi átt sér stað. Enn fremur er það nefnt að OHF og Olís beri saman um að á þessu tímabili hafi olíufélögin að meginreglu haft samvinnu um allar verðbreytingar á eldsneyti.

Í hinni kærðu ákvörðun liggur fyrir yfirlit um verðbreytingar á eldsneyti umrætt tímabil sem sýnir mikið samræmi í verðbreytingum. Samráð olíufélaganna náði að mati samkeppnisráðs m.a. til samkomulags um að draga úr framboði Skeljungs á SD olíu, um að hætta að flytja inn 92ja og 98 oktana blýbensín, að fjalla sameiginlega um það hvert þeirra ætti að leiða verðmyndun á eldsneyti, að grípa til aðgerða í því skyni að auka álagningu og bæta framlegð þeirra af sölu eldsneytis og loks til þess að Orkan og Skeljungur hafi haft með sér samstarf um verðlagningu á eldsneyti.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að þau gögn sem rakin hafa verið hér að framan gefi skýrt til kynna að olíufélögin hafi á árinu 1996 haft með sér um samráð um verð á eldsneyti og nokkur önnur atriði sem tiltekin eru sérstaklega í hinni kærðu ákvörðun auk þess samráðs sem getið er í 1.1. og 1.2. hér að framan. Mikið af þeim gögnum sem stuðst hefur verið við eru rituð án tengsla við eftirfarandi rannsókn.

Sönnunargildi þeirra er því ríkt og styður við annað það sem fram er fært í málinu. Einnig ber hér að hafa í huga að OHF og Olís hafa viðurkennt að hafa haft tengsl við verðbreytingar á greindu tímabili. Í heild er unnt að fallast á niðurstöður samkeppnisráðs um þann þátt málsins sem hér er tilgreindur, þ.e. í 1.3., með vísun til þeirra forsendna sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjunarnefndin telur þó að gögn málsins nægi ekki til að fella sök á olúfélögin vegna þeirra atvika sem rakin eru í lið 3 í 1.3. Um Orkuna er fjallað sérstaklega í II. hluta úrskurðar þessa.

1.4. Niðurstaða

Sem fyrr segir liggur fyrir yfirlit um verðbreytingar á eldsneyti umrætt tímabil sem sýnir mikið samræmi í þeim. Samkvæmt þessu og í samræmi við það sem kemur nánar fram hér að framan og í ákvörðun samkeppnisráðs lítur áfrýjunarnefnd samkeppnismála svo á að olúfélögin hafi haft með sér víðtækt samráð um verðlagningu á eldsneytisvörum sínum á árunum 1993-1996. Gögn málsins benda ekki til að þar hafi verið um einstök afmörkuð tilvik að ræða eða að eitt olúfélag beri þar mun minni ábyrgð en annað. Áfrýjunarnefndin hefur hér að framan gert grein fyrir því hvernig samráð olúfélaganna horfði við í einstökum atriðum.

2. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 1997

2.1. Samráð um verðbreytingar og aukningu álagningar í janúar til apríl 1997

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að þann 6. janúar 1997 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu og framkvæmdastjóra markaðssviðs hjá OHF. Í tölvupóstinum hafi verið stungið upp á fundi til að ræða m.a. „5kr afslátturinn í gasolíu og kortaafsláttur til stórkunna“ og afgreiðslugjöld á viðskiptavini. Jafnframt hafi átt að ræða verð og framlegð af sölu smurolíu og aðgerðir til að minnka samkeppni í sölu smurolíu með því að koma keppinautum Bílanausti út af smurolíumarkaðnum. Þessum tölvupósti var svarað af Skeljungu og OHF og ákveðið að halda fund 13. janúar 1997. Samkeppnisráð telur af þessu ljóst að tilgangur þessa fundar hafi m.a. verið að draga úr afslætti í eldsneytisviðskiptum. Í framhaldi af þessu hefur samkeppnisráð vísað til margra annarra gagna sem það telur ganga í sömu átt einkum:

- Tölvupóst framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá Olís til starfsbróður síns hjá OHF frá 7. janúar 1997 og skýrsla hans hjá Samkeppnisstofnun 20. nóvember 2002 um að forstjórar félaganna hafi falið honum og starfsbræðrum hans hjá OHF og Skeljungu að vinna að því að auka álagningu og bæta framlegð af sölu eldsneytis.
- Tölvupóst frá framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá OHF frá 16. janúar 1997 um svartolíu til forstjóra OHF og framkvæmdastjóra markaðssviðs og svarpóst framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF þann 19. janúar 1997 þar sem m.a. kemur fram „*Mér er ljóst að forstjórar hafa rætt um það að vinna að hækkaðri álagningu (...).*“
- Skýrslur framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF 15. apríl 2002 og forstjóra félagsins 8. apríl 2002 hjá Samkeppnisstofnun sem bendi til samráðs.
- Tölvupóst 23. janúar 1997 sem framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís sendi til forstjóra félagsins en með fylgdu verðútreikningar á eldsneyti.
- Skýrslu forstjóra Olís hjá Samkeppnisstofnun 4. desember 2002 þar sem m.a. kemur fram að það hafi verið vilji hjá olíufélögunum að stuðla að verðlagssamstarfi til að bæta afkomu og framlegð.

Telur samkeppnisráð að þegar framangreind gögn og skýrslur stjórnenda Olís og OHF séu virt saman sýna þau að olíufélögin hafi ákveðið að vinna saman í því skyni að bæta framlegð félaganna í sölu á eldsneyti. Þessi samvinna hafi verið til viðbótar reglubundnu samráði félaganna um verðbreytingar á eldsneyti. Önnur gögn frá árinu 1997 sýni einnig fram á þetta og ítarlega samvinnu félaganna í verðlagsmálum.

Í hinni kærðu ákvörðun er þess getið að þann 27. janúar 1997 hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís sent tölvupóst til forstjóra fyrirtækisins. Var efni tölvupóstsins sagt vera verðlagsmál og greindi framkvæmdastjórinn frá viðræðum við OHF og Skeljung. Nánar tiltekið segir þetta í tölvupóstinum:

„Hringdi í BB. Hann ætlar að skoða málið betur og tala við mig fyrir kl. 16 á morgun. KBÓ vill hækka sem fyrst. BB sagðist ætla að leggja málið fyrir fund (hvað sem það nú þýðir).

Hringdi í Shell. Gunnar Karl erlendis þessa viku!!! Þegar KBÓ og BB hafa rætt saman tala ég væntanlega við Árna Lár.“

Samkeppnisráð tengir þennan tölvupóst við hækkun sem varð á eldsneyti allra olíufélaganna þann 1. febrúar 1997. Af hálfu OHF er þetta talið ósannað. Jafnframt er getið um tölvupóst 25. febrúar 1997 sem sendur var innan Olís og fjallaði um verðlagsmál, samskipti við OHF m.a. varðandi gasolíuverð, forstjórafund olíufélaganna þann 27. febrúar 1997 þar sem rætt var um samvinnu félaga við sölu á eldsneyti í úthafinu og fleira.

Þá er greint frá því að í byrjun mars 1997 hafi innan Olís verið rætt um framlegð á eldsneyti og vísað til viðræðna við framkvæmdastjóra markaðssviðs hjá OHF um það efni. Þann 21. mars 1997 hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís sent tölvupóst m.a. til forstjóra félagsins. Þar segir að framkvæmdastjóri markaðssviðs hjá OHF hafi hringt vegna gasolíuverðs sem hann vilji lækka um allt að einni krónu. Framkvæmdastjórinn hjá OHF sé „*helst að spá í*“ útgerðina og þá sem hafi fengið upplýsingar um verð erlendis. Einnig er greint frá því að höfundur tölvupóstsins og fleiri hjá Olís hafi talað við framkvæmdastjórann hjá OHF, fengið hann til að bíða með þetta og stefna heldur að verðbreytingu um mánaðamótin. Forstjóri Olís svaraði samdægurs:

„Minni á umræðun um að ná framlegð upp um ca 0,70 per 'liter í öllum tegundum, sem "allir" hafa tekið undir. Meigum ekki missa þetta fina tækifæri til lagfæringa, sem varla skapast aftur í bráð. Látið mig vita ef þið fáið ekki undirtektir svo ég geti þá tekið málið upp á öðrum vettvangi áður en endanleg ákvörðun er tekin.“

Enn fremur er rétt að geta skýrslu forstjóra OHF hjá Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002 en þar segir:

„Aðspurður um það hvort hann gæti varpað ljósi á þetta mál kvaðst GM minnst þess að EB hefði á fundi forstjóra félga þriggja um þetta leyti gefið yfirlit um framlegðarmál og látið ummæli falla um að bæta þyrfti framlegð. Þeim hafi ekki verið mótmælt. Þar með væri þó ekki sagt að eitthvað hafi verið

samþykkt um það efni og þaðan af síður að einhverjum aðgerðum hafi verið hrint í framkvæmd. Hjá OHF hafi menn á þessum tíma og raunar oftast haft áhyggjur af slakri arðsemi félagsins og gagnrýni frá hlutabréfamarkaðnum í þá veru. Hafi hjá félaginu verið hugað að aðgerðum til að bæta þar úr. Ekki hafi hins vegar verið um það að ræða að einhver vinnuhópur hafi verið settur í gang með hinum olíufélögunum um þetta efni.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst hér á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að framanrituð gögn sýni ótvírætt umfangsmikil og tíð samskipti olíufélaganna í verðlagsmálum á tímabilinu janúar til apríl 1997 sem hafa haft að markmiði að bæta framlegð og auka arð félaganna. Gögn málsins frá þessu tímabili, upplýsingar frá starfsmönnum félaganna og forstjórum þeirra sýna svo ekki verður um villst að Skeljungur, Olís og OHF tóku þátt í umræðum sín á milli um verðlagsmál félaganna. Líta verður á efni fyrrgreinds tölvupósts forstjóra Olís frá 21. mars 1997 í þessu ljósi. Í heild verður að fallast á röksemdir samkeppnisráðs fyrir því að samningur hafi orðið með olíufélögunum um að hækka verð á öllum tegundum eldsneytis. Fyrrgreindur samningur felur í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga.

2.2. Olís og Orkan hækka verð o.fl.

Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sendi þann 16. janúar 1997 tölvupóst til forstjóra Olís og framkvæmdastjóra fjármálasviðs og greindi frá því að framkvæmdastjóri Orkunnar hafi hringt og vildi hækka verð á bensíni. Jafnframt hafi framkvæmdastjóri Orkunnar lýst sig viljugan til að minnka verðmun á milli verðs á mannlausum stöðvum og verðs á bensínstöðvum með fulla þjónustu úr kr. 4,90 í kr. 4,50. Þetta væri þó háð því að bensínstöð OHF í Hafnarfirði „spili með“. Framkvæmdastjórinn hjá Olís segir síðan að það þýði ekki að ræða þetta „lengur“ við framkvæmdastjóra markaðssviðs hjá OHF og spyr forstjóra Olís hvort ekki sé rétt að hann ræði við forstjóra OHF. Síðan er vísað í tölvupóst milli Olís og Orkunnar frá 3. febrúar 1997 sem sýni ákvörðun þessara fyrirtækja um að hækka bensínverð á mannlausum þjónustustöðvum.

Þá er greint frá því að þann 23. apríl 1997 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent tölvupóst til framkvæmdastjórnar félagsins og greint frá því að um næstu helgi myndi verð hjá ÓB stöðvum Olís hækka þannig að afsláttur lækkaði

úr 4,60 kr. í 4 kr. Síðan segir: „*Geri ráð fyrir að Orkan muni fylgja og að ESSO fari úr 4 kr. afsl í 3 kr. afsl., einnig í dísel.*“ Verð hjá Orkunni á bensíni hækkaði sunnudaginn 27. apríl 1997. Í apríl 1997 var sjálfsafgreiðsluafsláttur á bensinstöð OHF í Hafnarfirði lækkaður úr 4 kr. í 2 kr. (eða 3 kr.). Þess er enn fremur getið að í fyrrgreindum tölvupósti framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís frá 16. janúar 1997 hafi hann greint frá viðræðum við Orkuna um lækkun á þessum afslætti á verði bensíns. Jafnframt verði ráðið af honum að Olís hafi farið fram á það við OHF að félagið myndi minnka afslátt í Hafnarfirði.

Samkeppnisráð hefur einnig vísað til bréfs dags. 20. maí 1997 sem fannst í vörslum OHF. Í því kemur fram verð olíufélaganna á bensíni og dísilolíu og sá afsláttur sem félögin þrjú og Orkan veittu í sjálfsafgreiðslu á ómönnuðum stöðvum. Loks hefur samkeppnisráð vísað til skjals sem fannst hjá OHF en merkt Olís og ber heitið „*Söluverð eldsneytis 20.5.1997.*“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur farið yfir fyrrgreind gögn og er sammála þeirri niðurstöðu samkeppnisráðs að þau veiti næga sönnun um ólögmætt samráð um verð og afslætti í þeim tilvikum sem hafa verið greind. Í báðum umræddum tilvikum þykir sannað með skírskotun til forsendna ákvörðunar samkeppnisráðs að olíufélögin Olís og OHF hafi gerst sek um ólögmætt samráð. Hins vegar er ósannað að Skeljungur hafi tekið þátt í þessum brotum. Um Orkuna er fjallað sérstaklega í II. hluta úrskurðar þessa.

2.3. Umræður um sérstaka hækkun á gasolíu og önnur samvinna um verð frá maí til ágúst 1997

a. Í hinni kærðu ákvörðun segir að þann 27. maí 1997 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent tölvupóst til framkvæmdastjórnar félagsins og bent á að samkvæmt upplýsingum í Morgunblaðinu væri verð á gasolíu að hækka og nú væri tækifærið til að hækka verð á dísilolíu í tönkum vegna landnotkunar en láta bátaverð vera óbreytt. Með því móti yrði unnt að festa herra verð á dísilolíu til landnotkunar í sessi. Þetta væri búið að „*undirbúa á öðrum vettvangi*“ og ætti að ganga í gegn núna. Forstjóri Olís hafi svarað þessu og spurt hvort „*umræða*“ væri um hækkun um mánaðamótin. Framkvæmdastjóri fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís hafi svarað þeim tölvupósti og greint frá því að eftir innflutningsfund

olíufélaganna í liðinni viku hefði hann rætt við aðstoðarforstjóra Skeljungs um að skoða þyrfti hækkun á eldsneyti um mánaðamótin. Síðar sama dag hafi þessi framkvæmdastjóri hjá Olís sent eftirfarandi tölvupóst til forstjóra félagsins:

„Skv. verðútreikningi er ekki hækkunarþörf miðað við vegið meðaltal birgða, þar sem við keyptum auka magn á lágu verði. Ef skoðað er verð eins og það er í dag óháð birgðastöðu, þá er hækkunarþörf á bensíni 84 aurar og á gasolíu 19 aurar. GK styður hækkun á bensíni um 50–100 aura og 30–40 aura á gasolíutegundum. BB ætlar að skoða málið og hafa samband á fimmtudag.“

Í ákvörðun samkeppnisráðs eru ýmis önnur gögn tilfærð sem styðja að talsverðar umræður hafi farið fram milli olíufélaganna um verð á gasolíu og bensíni í kjölfarið. Þá virðist ljóst að forstjórar olíufélaganna hafi hist þrisvar sinnum á fundum í júní 1997. Í minnispunktum forstjóra OHF frá 18. júní 1997 er þetta bókað: „1. Hækka landverð um 1 kr. = minnka mun úr 5 -í 4 kr. Síðan sigi bensínverð upp án hækkunar á afslætti“. Þá sýnir tölvupóstur forstjóra Skeljungs frá 25. júní 1997 að á fundi forstjóranna deginum áður hafi einnig verið rætt um verðlagsmál á eldsneyti. Samkeppnisráð telur gögn þessi sýna að olíufélögin hafi þarna náð samstöðu um að hækka gasolíu til landsnotkunar og jafnframt að hækka bensín og takmarka afslátt. Þessar hækkanir hafi hins vegar ekki komið til framkvæmda árið 1997.

b. Þess er getið í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 12. júní 1997 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungum sent tölvupóst til m.a. forstjóra félagsins. Greinir hann frá því að útgerðarfyrtækið Pétur Stefánsson eigi von á nýju skipi. Segir framkvæmdastjórinn að Skeljungur hafi gert honum hagstætt tilboð í eldsneyti á skipið. Í tölvupóstinum eru enn fremur vangaveltur um að Olís hyggist undirbjóða Skeljung en síðan segir m.a.: „Það er eins og mig minni að menn hafi orðið sammála um að slík vinnubrögð yrðu ekki viðhöfð (...) Það er spurning hvort ekki eigi að taka það upp við EB að láta PS í friði eða hafa verra af. Ertu sammála?“ Forstjóri Skeljungs svaraði þessu með tölvupósti og beindi því til framkvæmdastjórans að ræða þessi mál við framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís. Samkeppnisráð telur umrædd gögn vera til vitnis um samskipti olíufélaganna á þessum tíma.

c. Samkeppnisráð hefur jafnframt bent á tölvupóst frá 29. júlí 1997 sem sýni að Olís og OHF hafi haft samvinnu um ákvörðun sölulauna sem umboðsmenn félaganna hafi átt að fá fyrir sölu eldsneytis.

d. Loks eru tilgreindir tölvupóstar frá 13. og 14. ágúst 1997 sem taldir eru sýna samskipti milli Olís og Orkunnar um eldsneytisverð svo og samstarf milli Olís og Skeljungs um verðlagningu á flugvélabensíni. Einnig er talið að tölvupóstarnir frá Olís vísi til samskipta varðandi verðbreytingar á eldsneyti milli þeirra starfsmanna olíufélaganna þriggja sem ábyrgð báru á verðlagningu.

Varðandi lið a. hér að framan fellst áfrýjunarnefnd samkeppnismála á rök samkeppnisráðs fyrir því að forstjórar olíufélaganna hafi náð samstöðu um tillögu Olís í júnímánuði 1997 um einnar krónu sérhækkun á gasolíu til landnotkunar og jafnframt að ákveðið hafi verið að hækka verð á bensíni og takmarka afslátt.

Varðandi liði b. og d. telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að í þeim tilvikum sé ekki fram komin næg sönnun fyrir því að samráð hafi tekist milli allra eða einhverra félaganna sem lutu að eða var ætlað að hafa áhrif á verðlagningu. Varðandi lið c. er heldur ekki fram komin næg sönnun um samráð enda telst tölvupósturinn frá 29. júlí 1997 ekki fela í sér vísbendingu um samráð. Áfrýjendur verða því ekki fundnir sekir um þau atriði sem fjallað hefur verið um í liðum b.-d. hér að framan. Um Orkuna er fjallað sérstaklega í II. hluta úrskurðar þessa.

2.4. Samvinna um að minnka sjálfsafgreiðsluafslátt o.fl. í september 1997

Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir minnisblaði framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís til m.a. forstjóra félagsins dags. 5. september 1997. Lýsir minnisblaðið niðurstöðu fundar hans með OHF og Skeljungi. Samkvæmt því hafa 13 mál verið á dagskrá. Framkvæmdastjóri markaðssviðs hjá OHF hefur kannast við þessar viðræður olíufélaganna. Rætt hafi verið m.a. um hvort bæta ætti 2–5 kr. ofan á verð eldsneytis sem selt er á háfjallastöðvum og fram hafi komið sameiginlegur vilji olíufélaganna til þess að aðlaga að einhverju leyti eldsneytisverð á háfjallastöðvum og í strjálbýlustu byggðunum að dreifingarkostnaði. Fátt eða ekkert af slíkum vangaveltum félaganna hafi þó komist í framkvæmd. Í minnisblaði þessu kom m.a. fram: „*utan stór-Reykjavíkursvæðis og Akureyrar verða með fullt verð í*

sjálfsafgreiðslu á næstu mánuðum. Bréf verður sent til bæjarbúa. “ Þá er og tilfærður tölvupóstur framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís til framkvæmdastjórnar fyrirtækisins frá 8. september 1997 þar sem rætt var m.a. um „umræðu“ um sjálfsafgreiðslu á fullu verði, svarpósti forstjóra félagsins þar sem sagði að áður en hafist yrði handa yrði gerður listi yfir viðkomandi staði og síðan loks svar framkvæmdastjórans þar sem fram kom: „*Þessi listi hefur verið í vinnslu í samstarfi við hin félögin og verður tilb í næstu viku.*“

Áfrýjunarnefndin telur ljóst samkvæmt gögnum málsins að Skeljungur, Olís og OHF hafi haft með sér samvinnu um að minnka eða fella niður staðgreiðsluafslátt á bensínstöðvum utan Akureyrar og höfuðborgarsvæðisins í september 1997. Telst þetta brot á 10. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er óljóst hvort eða að hvaða marki umrætt samráð kom til framkvæmda og verður því hér ekki reiknað með að svo hafi verið.

2.5. Samvinna um veitingu afsláttar til björgunarbáts á Ísafirði

Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir samstöðu Olís og Skeljungs um að veita tiltekinn afslátt til Björgunarbatasjóðs Slysavarnarfélags Íslands á Vestfjörðum síðla árs 1997. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að olíufélögin Olís og Skeljungur hafi haft með sér samráð í máli þessu og að aðgerðir félaganna hafi falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Fyrrgreint samráð fór fram án vitundar OHF að því er best verður séð. Þykir því ekki nægjanlega sannað að OHF beri ábyrgð á þessu samráði ásamt hinum félögunum.

2.6. Álagning gjalda á viðskiptavini á árunum 1997-1998

a. Flutningsgjald. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur gögn málsins ótvíræð um það að olíufélögin hafa sammælt um það í byrjun árs 1997 að taka upp flutningsgjald fyrir smásendingar með þeim hætti sem nánar er lýst í hinni kærðu ákvörðun. Í þessu felst brot á 10. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er óljóst með hvort og með hvaða hætti þessi fyrirætlun komst til framkvæmda. Verður hér ekki reiknað með að svo hafi verið.

b. Útskriftar- eða færslugjald. Í hinni kærðu ákvörðun eru rakin ýmis gögn sem varða samráð olíufélaganna um að leggja tiltekin gjöld á viðskiptavini sína. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur gögn málsins ótvíræð um að slíkt samráð hafi átt sér stað. Í því

efni nægir að benda á tölvupóst starfsmanns Skeljungs til annarra starfsmanna fyrirtækisins sem sendur var 14. nóvember 1997, tölvupóst framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá Olís til framkvæmdastjóra fyrirtækisins og fleiri og síðan skýrslu fyrrverandi framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda OHF hjá Samkeppnisstofnun þann 16. apríl 2002 en nánari grein er gerð fyrir þessu í ákvörðun samkeppnisráðs. Telst þetta brot á 10. gr. samkeppnislaga. Gögn málsins eru hins vegar ekki ljós um hvort samráðið hafi komist til framkvæmda að því er OHF varðar og verður hér ekki reiknað með að svo hafi verið.

2.7. Niðurstaða

Tafla yfir verðbreytingar olíufélaganna á fljótandi eldsneyti á árinu 1997 hefur verið lögð fram í málinu. Hún sýnir mikið samræmi í verðbreytingum þeirra á ýmsum eldsneytistegundum sem voru í flestum tilvikum þær sömu og bar auk þess upp á sama dag. Hér að framan hefur einnig verið getið um samvinnu olíufélaganna í verðlagsmálum eldsneytis á árinu 1997 og þar að auki hefur verið gerð grein fyrir samstarfi olíufélaganna í ýmsum skyldum verðlagsmálum á sama ári. Þess er enn að geta að samkvæmt fyrrgreindri skýrslu framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002 greindi hann frá því að fram á árið 1997 hafi olíufélögin að meginreglu haft með sér samvinnu um verðlagningu á eldsneyti en eftir þann tíma hafi félögin „*ekki ræðst eins oft saman og áður*“. Framkvæmdastjórinn hefur einnig upplýst að honum væri kunnugt um dæmi þess að upplýsingar sem Olís hafi fengið frá OHF um fyrirhugaðar verðbreytingar hafi borist til Skeljungs.

Forstjóri Olís hefur einnig sagt á fundi hjá Samkeppnisstofnun dags. 4. desember 2002 að fram á mitt ár 1997 hafi meginreglan verið sú að olíufélögin hefðu haft samvinnu í tengslum við verðbreytingar. Vorið 1997 hafi nýr maður tekið við verðlagningarmálum hjá félaginu og eftir það hafi slíkum samskiptum „*að mestu*“ verið hætt. Þessi starfsmaður Olís hafi hins vegar verið í miklum samskiptum við hin félögin í tengslum við sameiginleg innkaup á eldsneyti og á þeim fundum hafi félögin yfirleitt reynt „*að fiska*“ hvert annað um verðlagningaráform.

Samkvæmt þessu og í samræmi við það sem kemur nánar fram hér að framan og í ákvörðun samkeppnisráðs lítur áfrýjunarnefnd samkeppnismála svo á að olíufélögin

hafi haft með sér víðtækt samráð um verðlagningu á eldsneytisvörum sínum á árinu 1997. Gögn málsins benda ekki til að þar hafi verið um einstök afmörkuð tilvik að ræða eða að eitt olíufélag beri þar mun minni ábyrgð en annað. Áfrýjunarnefndin hefur hér að framan gert grein fyrir því hvernig samráð olíufélaganna horfði við í einstökum atriðum.

3. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 1998

3.1. Atvik frá janúar til maí 1998

a. Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að hjá framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF hafi fundist ódagsettur en útprentaður tölvupóstur hans til forstjóra OHF en sem samkeppnisráð telur ritaðan 1998. Efni hans er sagt vera verðbreytingar. Svo segir:

„Í frétt á bylgjunni í hádeginu er sagt frá verðlækkunum og jafnframt að Skeljungur hafi ríðið á vaðið og við fylgt í kjölfarið. Það er erfitt að leiðrétta slíka frétt vegna samráðsásakanna og gott í sjálfu sér að greinilega kemur fram að eitt félag ríði á vaðið og aðrir fylgja í kjölfarið. Hitt er verra að Skeljungur hælir sér af verðlækkunum. Ég legg til að hér eftir munum við einhliða lækka verð.“

Af hálfu samkeppnisráðs er því haldið fram að umræddur tölvupóstur sanni að olíufélögin hafi haft með sér samvinnu um þessa verðbreytingu og að vegna óánægju með villandi upplýsingar Skeljungs vilji framkvæmdastjórinn hætta slíkri samvinnu í tengslum við verðhækkunar á eldsneyti. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur hins vegar svo á að orðalag tölvupóstsins taki ekki af skarið um þetta. Því er ekki fallist á niðurstöðu samkeppnisráðs um þetta atriði.

b. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að í fréttum Ríkisútvarpsins (RÚV) 30. janúar 1998 hafi verið greint frá því að útreikningar ótilgreindra sérfræðinga bentu til þess að álagning olíufélaganna á bensíni væri hærrí á þessum tíma en á árinu 1997. Sagði í fréttinni að þetta merki að þrátt fyrir stórlækkað innkaupsverð á bensíni hafi það ekki lækkað samsvarandi mikið í smásölu. Samkeppnisráð telur að gögn málsins sýni að OHF og Skeljungur hafi borið saman bækur sínar vegna fréttar um aukningu á

álagningu olíufélaganna á bensíni. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að samvinna samkeppnisfyrirtækja við að svara gagnrýni á verðstefnu þeirra sé andstæð 10. gr. samkeppnislaga.

c. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að hjá OHF hafi fundist útskrift af frétt RÚV frá 17. apríl 1998 um hækkun OHF og Skeljungs á steinolíu í umbúðum. Í minnisblaði framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF, dags. 17. apríl 1998, kemur fram tiltekið verð olíufélaganna á steinolíu og í byrjun maí 1998 sendi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá fyrirtækinu en meginefni tölvupóstsins er samráð olíufélaganna varðandi verðlagningu á gasi en þar segir: „*Siggi Kr. hringdi í mig í dag og kvartaði yfir því hve við værum mikið ódýrari en þeir í steinolíu. Þeir selja tunnuna á 7000 kr. á meðan við og Esso erum að selja á 6300 kr.*“ Samkeppnisráð telur af þessu að olíufélögin hafi fjallað sameiginlega um verðlagningu á steinolíu á árinu 1998 en bendir einnig á önnur gögn, m.a. fundi olíufélaganna 29. október og 11. nóvember 1998, sbr. 3.7. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að olíufélögin þrjú hafi fjallað sameiginlega um verðlagningu á steinolíu á umræddu tímabili 1998.

d. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að fundur hafi verið haldinn þann 28. apríl 1998 með þeim starfsmönnum olíufélaganna sem báru ábyrgð á verðlagsmálum þeirra. Sama dag ritaði framkvæmdastjóri fjármálasviðs OHF orðsendingu til forstjóra félagsins svohljóðandi: „*28/4/98 Geir. Menn eru á því að gera ekkert í bensíni, svartolíu og gasolíu en lækka flotaolíu og flotadísél um kr. 0,50 með VSK. Ég hringi í þig á fimmtudaginn út af þessu.*“ Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að í byrjun maí 1998 hafi öll olíufélögin lækkað verð á flotaolíu/skipagasolíu um 50 aura á lítra en engin breyting varð á verði bensíns, svartolíu og gasolíu. Telur samkeppnisráð að þegar horft sé til fundar félaganna og orðalags orðsendingarinnar að olíufélögin hafi haft samráð um þessa verðákvörðun. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þessa ályktun samkeppnisráðs.

e. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að fjölmargir tölvupóstar liggi fyrir milli innkaupastjóra OHF á eldsneyti, aðstoðarforstjóra Skeljungs og framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís á tímabilinu 4. maí til 23. júlí 1998 sem sýni

að olíufélagin hafi ákveðið sameiginlega verð á eldsneyti sem selt var Úthafsolíu ehf. sem þau áttu í sameiningu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þessa ályktun samkeppnisráðs með skírskotun til forsendna hennar.

f. Í ákvörðun samkeppnisráðs er fjallað um umboðslaun og gögn sem bendi ótvírætt til þess að olíufélagin hafi haft með sér samráð um sölulaun/umboðslaun 1998. Þetta er ekki véfengt af hálfu OHF sem hefur sagt að félagið hafi átt í takmörkuðum samskiptum við Olís og Skeljung um sölulaun/umboðslaun á árinu 1998. Önnur gögn málsins veita einnig nægja vísbendingu um að slík samskipti hafi átt sér stað milli olíufélaganna þriggja. Hins vegar hefur verið véfengt að tilvikið eigi undir 10. gr. samkeppnislaga, m.a. vegna þess að hér sé um að ræða launamál sem falli ekki undir gildissvið samkeppnislaga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að sölulaun eða umboðslaun þau sem hér um ræðir myndi kostnaðarþátt í verði viðkomandi vöru. Sammæli olíufélaganna um þetta atriði er því til þess fallið að hafa áhrif á verð vörunnar. Af því leiðir að um var að ræða samráð sem brýtur í bága við ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

3.2. Þrír fundir forstjóra olíufélaganna í maí 1998

Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir því að þann 8. maí 1998 hafi forstjórar olíufélaganna hist á fundi hjá Skeljungi. Samkvæmt minnispunktum forstjóra OHF hafa forstjórararnir m.a. rætt um svartolíuinnflutning, hvort Gasfélagið ætti að hefja samkeppni við Ísaga í sölu á súr og samvinnu í sölu olíu á úthafinu. Þeir hafi síðan hist aftur 20. maí 1998 og hafi þá forstjóri OHF ritað minnispunkta vegna fundarins. Samkvæmt þeim hafi forstjórararnir rætt m.a. um að samræma helgaropnunartíma á bensínstöðvum og Olís t.d. veitt viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar um rekstur á bensínstöð félagsins í Ánanaustum. Jafnframt hafi þeir fjallað um viðskiptakjör til verktaka, afslátt, tilboð til tiltekins félags og fleira sem nánar er rakið í ákvörðun samkeppnisráðs. Þar er einnig gerð grein fyrir afsláttum olíufélaganna til Ferðaklúbbsins 4x4, Félags húsbílaeigenda og fyrirtækisins Héraðsverks. Enn fremur hafi þeir hist 29. maí 1998.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að umræður forstjóra olíufélaganna á sameiginlegum fundum þeirra í maí 1998 um fyrrgreind verðlags- og viðskiptamál og skipti á viðskiptaupplýsingum á þeim eins og nánar er greint í

ákvörðuninni sé brot á 10. gr. samkeppnislaga. Engu máli skiptir í því sambandi þótt OHF kunni að hafa gert hinum félögunum grein fyrir þeirri afstöðu félagsins að afslætti ætti að gefa með safnkortum félagsins.

3.3. Samráðsnefnd olíufélaganna ákveður framlegðartölur í maí 1998 og 1999

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að hjá Skeljungu hafi fundist tölvuskjal aðstoðarforstjóra félagsins sem sagt er samið 24. maí 1998 og ber heitið „*Framlegðartölur 1998*“. Það hefst með þessum orðum: „*Samráðsnefnd olíufélaganna hefur ákveðið eftirfarandi framlegðartölur fyrir 1998*“. Síðan er sett fram í töflu áætluð framlegð fyrir hverja tegund eldsneytis og forsendur áætlunarinnar eru skýrðar. Einnig er bent á að á fundi forstjóra olíufélaganna 9. desember 1998 hafi verið rætt um afkomu olíufélaganna. Þá skipti og máli að ári síðar eða 17. maí 1999 hafi hjá Olís hist aðstoðarforstjóri Skeljungs, framkvæmdastjóri fjármálasviðs OHF og framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís. Í dagbók framkvæmdastjórans hjá OHF er þessi fundur bókaður og þar er einnig að finna þessa bókun: „*Skeljungur – Tafla – Framlegð*“. Þá kemur fram að forstjórar OHF og Olís hafi báðir upplýst að félögin þrjú hafi rætt um að bæta framlegð og forstjóri Olís kveðst hafa sett fram hugmyndir í því skyni og loks hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís sagt að honum og starfsbræðrum hans hjá hinum félögunum hafi verið falið að vinna að því að auka álagningu og bæta framlegð.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að olíufélögin þrjú hafi bæði í maí 1998 og í maí 1999 fjallað sameiginlega um framlegðaráætlun félaganna við sölu á eldsneyti. Var þar um brot á 10. gr. samkeppnislaga að ræða.

3.4. Fundur forstjóra olíufélaganna í júlí 1998

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að olíufélögin hafi á fundi sínum 7. júlí 1998 rætt saman um afsláttarmál félaganna svo og að þau hafi skipst á tilteknum viðskiptalegum upplýsingum. Slíkt fól í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga.

3.5. Kvartanir forstjóra OHF yfir veitingu afsláttar til m.a. lögreglunnar í Borgarnesi og KEA

Í ákvörðun samkeppnisráðs er í fyrsta lagi rakin viðleitni Olís og OHF til að halda afsláttum til lögreglunnar í Borgarnesi í skefjum og er í því efni m.a. stuðst við tölvupóst frá 3. júlí 1998 frá forstjóra Olís til forstjóra OHF. Í öðru lagi eru rakin gögn m.a. milli forstjóra Olís og OHF sem lúta að því að koma í veg fyrir afsláttartilboð til smærri fyrirtækja. Í þriðja lagi eru rakin samskipti OHF og Skeljungs vegna meints afsláttarboðs Skeljungs til KEA m.a. á grundvelli tölvupósts forstjóra Skeljungs frá 1. september 1998 til starfsmanns fyrirtækisins á Akureyri.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að olíufélögin hafi haft með sér ólöglegt samráð í þessum tilvikum.

3.6. Samvinna Olís og Orkunnar um að lækka ekki verð o.fl. í september 1998

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að þann 1. september 1998 hafi OHF, Olís og Skeljungur lækkað verð á eldsneyti. Ástæðan hafi verið sögð lækkun á heimsmarkaðsverði. Fram kemur að þann dag hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent eftirfarandi tölvupóst til framkvæmdastjórnar félagsins:

*„orkan ætlar ekki að lækka, ÓB lækkar ekki , þannig minnkar munurinn í rúmlega 4 kr í bensíni, stefnum að 4 kr mun þegar sjálfsafgr afsl lækkar úr 3/2 í 2/1 kr
4 kr afsl í fossvogi pirraði orkuna, en ekki lengur.“*

Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að þetta hafi gengið eftir og Orkan ekki lækkað verð á bensíni fyrr en í nóvember 1998. ÓB stöðvar Olís lækkuðu ekki bensínverð fyrr en 19. október 1998. Samkeppnisráð telur að orðalag tölvupósts Olís gefi til kynna viðræður við Orkuna. Þegar þetta er allt virt telur samkeppnisráð að Olís og Orkan hafi haft með sér ólöglegt samráð um þá ákvörðun að lækka ekki verð á bensíni á ómönnum stöðvum á þessum tíma. Áfrýjunarnefndin staðfestir niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna hennar að því er varðar samráð milli Olís og Orkunnar. Í ákvörðun samkeppnisráðs eru einnig rædd samskipti Olís og OHF vegna opunar umboðs á Siglufirði og um fund innan Skeljungs þar sem ræða átti

verðlagsmál og m.a. svonefnd undirboð og afslætti frá OHF og Olís. Um Orkuna er sérstaklega fjallað í II. hluta úrskurðar þess.

3.7. Fundir olíufélaganna 29. október og 11. nóvember 1998

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að samkvæmt dagbók framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Skeljungu átti hann fund 29. október 1998 með framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís og sölustjóra stórnotendasviðs hjá OHF. Á þessum fundi hafi m.a. verið fjallað um útboð Landssímans. Framkvæmdastjórinn hjá Olís hefur staðfest að hafa setið þennan fund með OHF og Skeljungu. Síðan segir að hjá OHF hafi fundist fundargerð umrædds sölustjóra fyrirtækisins, dags. 30. október sama ár og merkt trúnaðarmál, þar sem m.a. komi fram hvaða afslátt olíufélögin hafi ákveðið að veita Landssímanum og ýmis önnur atriði sem vörðuðu verðlags- og afsláttarmál olíufélaganna. Þessi starfsmaður hafi staðfest að umræddur fundur hefði verið haldinn og að á honum hafi olíufélögin sammælt um að bjóða ekki afslætti til einstaklinga eða félagasamtaka. Í ákvörðun samkeppnisráðs er þess sömuleiðis getið að þann 30. október 1998 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent tölvupóst til forstjóra og helstu stjórnenda fyrirtækisins. Þar eru rakin mörg samráðsatriði sem framkvæmdastjórinn taldi hafa verið ákveðin á fundinum.

Haldinn var annar fundur olíufélaganna 11. nóvember 1998 einnig hjá Skeljungu. Á fundinum voru rædd að hluta til sömu mál og höfðu verið rædd á fundinum 29. október 1998, auk mála sem féllu undir ábyrgðarsvið yfirmanna stórnotendaviðskipta hjá félögunum segir í ákvörðun samkeppnisráðs. Dagskrá þessa fundar fannst hjá Olís og OHF með handskrifuðum athugasemdum. Þá liggur fyrir að framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu ritaði fundargerð um þennan fund. Lokaútgáfa fundargerðarinnar fannst hjá framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís. Loks fannst hjá framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís önnur fundargerð sem lýsir sama fundi. Rithönd framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís kemur fram á fundargerðinni að því er segir í ákvörðun samkeppnisráðs. Í hinni kærðu ákvörðun eru tilgreind sérstaklega þau atriði sem samkeppnisráð telur að hafi verið teknar ákvarðanir um eða eldri ákvarðanir áréttáðar:

- „Ákveðið var að einstaklingum, félagasamtökum eða öðrum slíkum hagsmunahópum yrði ekki veittur afsláttur umfram sn. kortaafslætti. Hér er átt við afslátt sem handhafar t.d. Fríkorts Skeljungs eða Safnkorts OHF nutu.
- Ákveðið var að minnka afslátt á eldsneyti sem Skeljungur og Olís veittu Ferðaklúbbnum 4x4 og að Félagi íslenskra bifreiðaeigenda yrði ekki veittur afsláttur.
- Ákveðið var hvaða afsláttur yrði veittur bílafлотum fyrirtækja. Þetta afsláttarkerfi var nefnt 1-2-3 kr. kerfið og var í framkvæmd a.m.k. á árunum 1999 og 2000, sbr. umfjöllun síðar. Jafnframt átti að setja „*meira aga*“ á þennan afslátt.
- Ákveðið að almennt ætti afsláttur á eldsneyti ekki að vera hærri en 3 kr. á lítra.
- Ákveðið var að hafa samráð þegar viðskiptavinir félaganna væru að leita eftir hærri afslætti með því að segjast hafa betra tilboð frá öðru félagi, svonefnt „*shoppa*“.
- Ákveðið var að taka upp gjald fyrir afgreiðslu á 500 lítrum af eldsneyti eða minna.
- Ákveðið var að hækka verð á gasolíu til landnotkunar (leiðsluverð). Hér er um að ræða áréttingu á þeirri stefnumörkun olíufélaganna að draga úr notkun heimatanka og beina viðskiptavinum inn á þjónustustöðvar félaganna í því skyni að auk framlegð félaganna, sbr. m.a. kafla VI 2.3. Þessu var hrint í framkvæmd í febrúar 2000 og ágúst 2001, sbr. kafla VI 5.3. og 6.3.
- Rætt hefur verið um sjálfsafgreiðsludætur og afslætti. Rætt var í því sambandi um sjálfsafgreiðslu á dísil á leiðsluverði sem standi utan „*vinnu vegna bensínstöðva en virðist skekkja þá mynd verulega*“ og það þrýsti á niðurstöðu í þessari vinnu. Jafnframt var rætt um að það myndi almennt aukast að sjálfsafgreiðsla yrði á fulli verði eftir t.d. kl. 17:00. Samkeppnisráð telur að þetta sé til vitnis um áframhaldandi samvinnu olíufélaganna í því skyni að minnka sjálfsafgreiðsluafslátt, sbr. t.d. kafla III 2.4.
- Á þessum fundum félaganna hefur einnig verið fjallað um verðhækkanir á smurolíu og gasi, steinolíu, að hætta að selja 98 oktana bensín, taka upp smápakkagjöld og að „*spyrna fast*“ við óskum um byggingu flotbryggja.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að þau gögn sem samkeppnisráð hefur fært fram séu ítarleg og sannfærandi. Nefndin er sammála rökum samkeppnisráðs fyrir því að fulltrúi frá OHF hafi einnig setið fundinn 11. nóvember 1998. Í hinni kærðu ákvörðun eru tilgreind sérstaklega þau atriði sem samkeppnisráð telur að hafi verið teknar ákvarðanir um eða þegar um áréttingu á eldri ákvörðunum var að ræða. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála gerir ekki athugasemdir við þetta og fellst í öllum tilvikum á rök samkeppnisráðs fyrir því að fundir olíufélaganna 29. október og 11. nóvember 1998 veiti rækilega vísbendingu um að þau hafi haft með sér verulegt og náið samstarf í verðlagsmálum á þessum tíma andstætt ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga.

3.8. Samvinna um að hrinda í framkvæmd ákvörðunum frá fundum í október og nóvember 1998 o.fl.

Í ákvörðun samkeppnisráðs er sagt frá því að gögn frá Skeljungu sýni að unnið hefði verið á grundvelli þeirra ákvarðana sem teknar voru á fundunum sem áður er getið. Þann 22. nóvember 1998 hafi þannig framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu sent tölvupóst til framkvæmdastjóra fjármálasviðs félagsins og beðið hann að muna það með sér „*að fara yfir hvaða skref er skynsamlegt að taka í fyrstu til að minnka mun á leiðsluverði og diesilverði. Við þurfum að gera tillögur umþetta skv. fundinum um daginn.*“ Daginn eftir hafi verið frá því greint á fundi stórnotendahóps hjá OHF að Olís og Skeljungur muni segja upp afsláttarsamningi sínum við Ferðaklúbbinn 4x4 frá áramótum. Olíufélagin hafi breytt verði á eldsneyti 1. desember 1998.

Einnig er greint frá því að 30. nóvember 1998 sendi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís eftirfarandi tölvupóst m.a. til forstjóra félagsins: „*hvernig væri að lækka 98 okt minna en 95 okt til að draga enn meira úr sölunni og beina sem mestri sölu í 95. Kæmi til greina að lækka landnotkun dísil á tank minna en annað dísil, fá tankverðið úr 5kr mism í t.d 4,50*“ Framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís svaraði: „*Legg til að við biðum með dísel landnotkun hugleiðingar af þessum toga þar sem þetta er ennþá á umræðugrundvelli milli félaganna.*“ Forstjóri Olís svaraði tölvupósti framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís eftir hádegi og

leist vel á þetta og það framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar að „*taka málið upp og athugi hvað hægt að gera.*“

Fleiri dæmi en hér hafa verið nefnd koma fram í hinni kærðu ákvörðun sem veita líkur fyrir því að áformum olíufélaganna á fundunum í október og nóvember 1998 hafi verið hrundið í framkvæmd a.m.k. að hluta til.

Eins og komið er fram á ýmsum stöðum hér að framan er umræða milli samkeppnisaðila um verðlagsstefnu sína þar sem skipst er á upplýsingum í sjálfu sér brot á samkeppnislögum. Sú aðgerð að hrinda samráði í framkvæmd felur sömuleiðis einnig í sér slíkt brot en eins og kemur fram í hinni kærðu ákvörðun hefur það slíkt gerst hér a.m.k. að hluta til.

3.9. Fundir forstjóra olíufélaganna í desember 1998

Fundir þeir sem hér um ræðir voru haldnir 9. og 16. desember 1998. Meðal gagna liggur fyrir dagskrá fundarins 9. desember auk ritaðra minnispunkta forstjóra OHF um fundinn. Í fyrrgreindri dagskrá er getið um 15 mál til umræðu á fundinum sem vörðuðu bæði verð og markaðsskiptingu auk annarra atriða. Í hinni kærðu ákvörðun er gerð nánari grein fyrir 10 málefnum sem þar komu til umræðu og tilgreind þau gögn sem liggja þessu til grundvallar. Er rétt að geta lauslega þessara atriða hér:

- Rætt var um verð á gasolíu (tankaverð) og gjald á smáafgreiðslur á eldsneyti.
- Rætt var um arðsemi olíufélaganna og um kröfu Skeljungs að Olís léti hinum félögunum í té hlutdeild í framlegð fyrirtækisins af viðskiptum við Járblendiverksmiðjuna á Grundartanga.
- Rætt var um gagnrýni Landssambands íslenskra útvegsmanna (LÍÚ) á verðlagningu á olíu til útgerða og ákveðið að forstjóri OHF myndi fara á fund LÍÚ og skýra sjónarmið olíufélaganna.
- Rætt var um ósk myndlistarmanns sem óskað hafði eftir styrk frá hverju félagi fyrir sig. Samþykkt var hver yrði hámarksfjárhæð sem hvert félag myndi veita í styrk.
- Ákveðið var að halda áfram samstarfi um svartolíuinnkaup.

- Fjallað var um gagnkvæm lánsviðskipti olíufélaganna á eldsneyti og ósk Skeljungs um samstarf í dreifingu innanlands.
- Rætt var um „uppstokkun“ bensínstöðva. Lýsing forstjóra Olís á umræðunum sýnir að „uppstokkun“ er annað orð yfir landfræðilega markaðsskiptingu milli félaganna um rekstur bensínstöðva.
- Rætt var um möguleika á stofnun Sambands íslenskra olíufélaga.

Á dagskrá fundar forstjóra olíufélaganna 16. desember 1998 var m.a. rætt um verðlagningu á eldsneyti á landsbyggðinni og um skiptingu á framlegð vegna viðskipta olíufélaganna við einstaka viðskiptamenn og fleiri atriði.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að hér hafi farið fram víðtækt ólögmaett samráð eins og rakið er í hinni kærðu ákvörðun.

3.10. Samráð 1997–1999 vegna viðskipta við m.a. Granda og Þormóð Ramma

Fyrir liggur að þann 21. desember 1998 sendi forstjóri Skeljungs tölvupóst til forstjóra Olís. Efni hans hljóðar svo:

„Eitt er það mál, er ég ætlaði að ræða við þig, en sennilega hefur farist fyrir. Sameiginlegir kúnnar, eins og t.d. vinir okkar á Siglufirði, eru sérfræðingar í að hringja í okkur til skiptis og bera fram kvartanir vegna þess að “hitt olíufélagið” bjóði miklu betri verð og kjör en við. Og hvort menn séu nú ekki til í að leiðrétta þann mun, sem sé á verðum og afsláttum osfrv.

Er nokkur ástæða til að láta þá komast upp með að klípa okkur í rassinn til skiptis með þessum hætti? Spurning er hvort við værum nokkuð verr settir ef við heimilum Friðrik og Jóni að skiptast á verðum til að allt sé klárt. Þetta er nefnilega orðin nokkuð árviss jólakveðja frá Siglufirðingunum !!“

Þann 22. desember 1998 sendi forstjóri Olís tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu og framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar. Í tölvupóstinum gerði forstjórinn grein fyrir samtali sínu við forstjóra Skeljungs varðandi þrjá viðskiptavinum félaganna, þ.e. Þormóð Ramma, verktakafyrirtækið Hjarðarnesbræður og Granda.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur með hliðsjón af fyrrgreindum gögnum og öðru því sem rakið er í hinni kærðu ákvörðun að Skeljungur og Olís hafi skipst á upplýsingum um afslætti til Þormóðs Ramma í desember 1998 og einnig nokkru síðar svo og náð samkomulagi um að veita ekki verktakafyrirtækinu Hjarðarnesbræðrum afslátt á svipuðum tíma. Telst það brot á 10. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt fyrrgreindum tölvupósti frá 22. desember 1998 báru forstjórar Skeljungs og Olís saman verð sín til útgerðarfélagsins Granda yfir margra mánaða tímabil. Grandi hafði óskað eftir tilboðum frá félögum í tiltekið magn eldsneytis. Deginum áður en skriflegt tilboð skyldi berast hittust forstjórar fyrirtækjanna á fundi 9. apríl 1997 og síðan aftur 2. maí sama ár til að ræða um Granda. Hin endanlegu kjör sem félögin buðu voru ekki þau sömu. Áfrýjunarnefndin telur ljóst að umrædd olúfélög hafi þarna skipst á upplýsingum varðandi verð og viðskiptakjör til Granda, fyrst áður en tilboð voru send og síðan áður en gengið var til samninga. Var það brot á 10. gr. samkeppnislaga. Fyrir liggur að samkvæmt minnispunktum forstjóra OHF tók hann þátt í fundi með hinum forstjórunum þann 9. desember 1998 þegar rætt var um Granda í tengslum við skiptisölu. Enn fremur liggur fyrir að yfirmaður verðlagsmála hjá OHF samdi yfirlit dags. 1. ágúst 1997 þar sem sagt er að eftir eigi að ganga frá skiptum varðandi Granda. Þegar á þetta er litið svo og önnur gögn málsins þykir nægjanlega sannað að OHF beri einnig fulla ábyrgð á samráðinu varðandi Granda en ósannað er að OHF hafi tekið þátt í fyrrgreindu samráði að öðru leyti.

3.11. Niðurstöður

Tafla yfir verðbreytingar olúfélaganna á fljóttandi eldsneyti á árinu 1998 hefur verið lögð fram í málinu. Hún sýnir mikið samræmi í verðbreytingum þeirra á ýmsum eldsneytistegundum sem voru í flestum tilvikum þær sömu og báru oftast upp á sama dag. Í hinni kærðu ákvörðun og hér að framan er rakin samvinna olúfélaganna í verðlagsmálum eldsneytis á árinu 1998 og einstök gögn tilfærð sem að henni lúta. Ekki síst ber hér að geta þriggja funda í maí 1998 og funda þann 29. október, 11. nóvember, 9. og 16. desember 1998 þar sem umfangsmikil verðlagsmál voru á dagskrá. Þá er og ljóst að starfandi var sérstök samráðsnefnd olúfélaganna að minnsta kosti frá maí 1998. Þess er sérstaklega að geta að OHF hefur greint frá því að fram á árið 1997 hafi olúfélögin að meginreglu haft með sér samvinnu um verðlagningu á eldsneyti en eftir þann tíma hafi félögin „*ekki ræðst eins oft saman og áður*“, sbr.

fyrirgreind skýrsla framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002. Framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF hefur upplýst að honum væri kunnugt um dæmi þess að upplýsingar sem Olís hafi fengið frá OHF um fyrirhugaðar verðbreytingar hafi borist til Skeljungs.

Sem fyrr greinir hefur forstjóri Olís einnig sagt á fundi hjá Samkeppnisstofnun dags. 4. desember 2002 að fram á mitt ár 1997 hafi meginreglan verið sú að olíufélögin hefðu haft samvinnu í tengslum við verðbreytingar. Vorið 1997 hafi nýr maður tekið við verðlagningarmálum hjá félaginu og eftir það hafi slíkum samskiptum „*að mestu*“ verið hætt. Þessi starfsmaður Olís hafi hins vegar verið í miklum samskiptum við hin félögin í tengslum við sameiginleg innkaup á eldsneyti og á þeim fundum hafi félögin yfirleitt reynt „*að fiska*“ hvert annað um verðlagningaráform.

Samkvæmt þessu og í samræmi við það sem kemur nánar fram hér að framan og í ákvörðun samkeppnisráðs lítur áfrýjunarnefnd samkeppnismála svo á að olíufélögin hafi haft með sér víðtækt samráð um verðlagningu á eldsneytisvörum sínum á árinu 1998. Gögn málsins benda ekki til að þar hafi verið um einstök afmörkuð tilvik að ræða eða að eitt olíufélag beri þar mun minni ábyrgð en annað. Áfrýjunarnefndin hefur hér að framan gert grein fyrir því hvernig samráð olíufélaganna horfði við í einstökum atriðum.

4. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 1999

4.1. Atvik frá janúar til mars 1999

a. Hér er fyrst nefnt að forstjóri Olís hafi sent tölvupóst til forstjóra OHF og Skeljungs 8. janúar 1999 og m.a. stungið upp á fundartíma. Fundurinn hafi verið haldinn 18. sama mánaðar og samkvæmt handskrifuðum minnispunktum forstjóra OHF hafi 13 tilgreind málefni verið á dagskrá sem eru nánar rakin í ákvörðun samkeppnisráðs. Þann 21. janúar 1999 hittust framkvæmdastjórar markaðssviða smásölu hjá OHF, Olís og Skeljungu og síðar sama dag sendi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís tölvupóst til m.a. forstjóra félagsins og greindi frá umræðum á fundinum eins og nánar greinir í ákvörðun samkeppnisráðs. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að mörg þeirra atriða sem þarna komu til umræðu og skipst var á upplýsingum um hafi

varðað verðlagsmál olíufélaganna og önnur sérstök viðskiptamál þeirra. Upplýsingaskipti af þessu tagi fela í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga.

b. Í hinni kærðu ákvörðun er bent á nokkur gögn sem sýna að talsvert samstarf hefur verið milli olíufélaganna á þeim tíma sem hér um ræðir. Þar er m.a. getið um að samkvæmt fundargerð OHF 8. mars 1999 hafi verið rætt um afsláttarmál á eldsneyti á fundi stórnotendahóps félagsins m.a. í tengslum við verð til bænda. Ekki hefur þó tekist að sýna fram á ólögmeitt samráð í þessu tilviki sérstaklega. Áfrýjunarnefndin fellst hins vegar á það með samkeppnisráði að í mars 1999 hafi Skeljungur og Olís haft með sér ólögmeitt samráð um sölulaun til umboðsmanna með þeim hætti sem greint er í ákvörðun ráðsins. Hins vegar er ekki sannað að OHF hafi tekið þátt í því samráði.

c. Loks staðfestir áfrýjunarnefndin þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna að olíufélögin þrjú hafa skipst á ólögmeitum upplýsingum um verðbreytingar á umræddu tímabili.

4.2. Samkomulag um að gefa ekki tiltekinn afslátt af gasolíuverði

Samkeppnisráð telur að olíufélögin hafi a.m.k. frá árinu 1994 haft með sér samkomulag um að gefa ekki afslátt af gasolíuverði með því að selja hana á skipagasolíuverði og að skipagasolía yrði ekki seld á skipagasolíuverði til viðskiptavina á landi. Til stuðnings þessu er bent á handskrifað minnisblað framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF frá 10. ágúst 1994. Minnisblaðið lýsir fundi hans með framkvæmdastjórum fjármálasviða hjá Olís og Skeljungi og kemur þar m.a. fram að félögin hafi fjallað um hvort tiltekinn togari eigi að fá gasolíu á skipagasolíuverði. Þá er bent á að mánuði síðar hafi framkvæmdastjórinn hjá OHF ritað bréf til Olís og staðfest að OHF féllist á þetta. Þann 18. janúar 1996 sendi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís símbref til Skeljungs og OHF og óskaði eftir viðhorfi þeirra til þess að tilteknu skipi verði seld gasolía á skipagasolíuverði. Í fundargerð framkvæmdastjórnar OHF 6. febrúar 1996 er bókað að Skeljungur hafi orðið „*uppvíst*“ að því að selja gasolíu á skipagasolíuverði. Þá er einnig vísað til skýrslu fyrrgreinds framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF hjá Samkeppnisstofnun 15. apríl 2002 þar sem hann sagði að ein leið til að ná viðskiptum hafi verið að bjóða gasolíu á skipagasolíuverði og að öll olíufélögin hafi að einhverju leyti beitt þessu.

Það hafi hins vegar verið rætt milli olíufélaganna að bjóða ekki gasolíu á skipagasolíuverði „og sameiginlegur skilningur hefði ríkt meðal þeirra að gera það ekki“. Forstjóri OHF og framkvæmdastjóri fjármálasviðs hafa á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 8. apríl 2002 kannast við að olíufélögin hafi gert athugasemdir hvert við annað þegar gasolíu hafi verið seld á skipagasolíuverði. Sölustjóri á stórnotendasviði hjá OHF hefur orðað þetta þannig að það hafi verið „óskrifuð regla hjá olíufélögunum“ að bjóða ekki skipagasolíu til aðila með starfsemi í landi en hann kannist ekki við neinn skriflegan samning um þetta.

Áfrýjunarnefndin staðfestir þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna að öll olíufélögin hafa haft með sér samkomulag á þeim tíma sem hér skiptir máli um að gefa ekki afslátt á gasolíuverði með því að selja hana á skipagasolíuverði. Telst það brot á 10. gr. samkeppnislaga án tillits til þess að hvaða marki þessu samkomulagi var fylgt eða hvort samkeppni hafi verið haldið uppi á markaðnum þrátt fyrir þetta.

4.3. Atvik frá apríl til ágúst 1999

a. Hér er m.a. getið um að í apríl 1999 hafi verktakafyrirtækið Skanska Dredging boðið út eldsneytis- og smurolúkaup sín vegna vinnu fyrirtækisins við dýpkun hafnarinnar í Grindavík. Um var m.a. að ræða eina milljón lítra af skipagasolíu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála getur ekki fallist á að þau gögn sem tilfærð eru í hinni kærðu ákvörðun nægi til þeirrar ályktunar að olíufélögin þrjú hafi haft með sér samráð í skilningi 10. gr. samkeppnislaga vegna þessa atviðis.

b. Getið er um tilvik varðandi lækkun sjálfsafgreiðsluafsláttar hjá olíufélögunum. Í hinni kærðu ákvörðun er sagt að þann 13. apríl 1999 hafi framkvæmdastjórnar markaðssviða smásölu hjá olíufélögunum þremur hist á fundi. Daginn eftir hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent tölvupóst til framkvæmdastjórnar félagsins og greint frá niðurstöðu fundarins. Kemur fram að farið hafi verið yfir framkvæmd og tímasetningar á því að hætta að bjóða upp á 98 oktana bensín. Einnig hefur verið fjallað um samreknar bensínstöðvar félaganna. Hjá Skeljungu fannst tölvupóstur sem framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sendi tilteknum starfsmönnum félagsins þann 28. apríl 1999 en í tölvupóstinum er greint frá því að hætta eigi að selja 98 oktana bensín í dreifbýli og að OHF og

Skeljungur séu að „*hugsa líka á þessum nótum*“. Enn fremur er þess getið að þann 29. apríl 1999 hafi framkvæmdastjórar markaðssviðs smásölu og markaðssviðs stórnotenda hjá Olís og framkvæmdastjórar markaðssviðs smásölu og markaðssviðs stórnotenda hjá OHF hist á fundi. Í ákvörðuninni er nánar gerð grein fyrir efni minnispunkta framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá OHF um fundinn.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að samningur hafi tekist milli olíufélaganna þriggja um aðgerðir til að draga úr sjálfsafgreiðsluafslætti með þeim hætti sem nánar greinir í ákvörðun samkeppnisráðs.

c. Frá því er greint í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 5. maí 1999 hafi forstjóri Skeljungs sent tölvupóst til framkvæmdastjóra fjármálasviðs og forstöðumanns innkaupadeildar hjá félaginu. Efni hans var sagt vera bensínverð. Í honum kemur þetta fram:

„Hvað er eiginlega um að vera í þessum bensínmálum - upp um \$5 ???! Eru ekki allir klárir í hækkun e. helgi?

Hvernig væri að stíla inná að hittast um kl. 11 og ræða fundinn í fyrramálið og upplýsingar til stjórnarformanns?“.

Í dagbók framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF er ritað 6. maí 1999 „*Gunnar Karl*“. Telur samkeppnisráð að þetta merki fund eða samtal framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF við aðstoðarforstjóra Skeljungs þennan dag en báðir hafi borið ábyrgð á verðlagsmálum eldsneytis í sínum félögum. Verð á bensíni hækkaði síðan 13. maí 1999 hjá öllum olíufélögum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur með skírskotun til þeirra raka sem fram koma í ákvörðun samkeppnisráðs sannað að olíufélögin þrjú hafi haft með sér ólöglegt samráð um fyrrgreinda bensínhækkun.

d. Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir samráði olíufélaganna um að draga úr framboði af tiltekinni tegund eldsneytis. Sér áfrýjunarnefnd samkeppnismála ekki ástæðu til að gera athugasemdir við niðurstöðu samkeppnisráðs um þetta atriði. Sama

gildir um hækkanir Olís og Skeljungs á flugvélabensíni sem tóku gildi þann 6. ágúst 1999. Ekki er þó fallist á að OHF beri ábyrgð á því samráði.

4.4. Viðræður Olís og Skeljungs um stóra viðskiptavinum í september 1999

Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að í september 1999 hafi átt sér stað viðræður um samruna milli Vinnslustöðvarinnar hf., Ísfélags Vestmannaeyja hf., Krossaness hf. og Óslands ehf. Þann 10. þess mánaðar hafi verið send út tilkynning um að viljayfirlýsing um samruna hafi verið samþykkt. Ísfélag Vestmannaeyja var einn stærsti viðskiptavinur Skeljungs og telur samkeppnisráð ljóst að félagið hafði áhyggjur af því að samruninn myndi leiða til þess að viðskiptin við Ísfélagið færu til OHF. Síðan er greint frá tölvupóstum einkum milli forstjóra Olís og forstjóra Skeljungs og minnisblað forstjóra Skeljungs þar sem m.a. er gert ráð fyrir tilteknum viðbrögðum vegna þessa. Í tölvupóstum forstjóranna frá 21. og 22. september 1999 og fleiri gögnum eru síðan rakin sjónarmið félaganna varðandi samskipti þeirra við tiltekna viðskiptavinum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála getur fallist á að umrædd atvik feli í sér ólöglegt samráð olíufélaganna Olís og Skeljungs. Hins vegar er ósannað að OHF hafi tekið þátt í þessu samráði eða beri með öðrum hætti ábyrgð á því.

4.5. Atvik frá september til desember 1999

a. Í ákvörðun samkeppnisráðs er fyrst getið um samráð um verðlagsstefnu milli Orkunnar og Olís en þá niðurstöðu telur áfrýjunarnefndin að megi staðfesta að því er Olís varðar. Þá er fjallað um samvinnu olíufélaganna um að fækka þjónustustöðvum sem veita fulla þjónustu og áframhaldandi samvinnu um að hætta að selja 98 oktana bensín og upplýsingaskipti um viðskiptaleg málefni. Enda þótt ljóst sé af gögnum málsins að félögin hafi haft með sér einhver samskipti um þessi atriði þykir gögn skorta um að þau samskipti hafi leitt til slíks samráðs eða samstilltra aðgerða sem 10. gr. samkeppnislaga tekur til. Um Orkuna er fjallað sérstaklega í II. hluta úrskurðar þessa.

b. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir frá því að í morgunfréttum RÚV kl. 8:00 þann 30. september 1999 hafi verið haft eftir forstjóra OHF að bensín myndi hækka lítillega daginn eftir. Í hádegisfréttum á Bylgjunni sama dag hafi verið haft eftir

framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís að fyrirhuguð verðhækkun yrði undir 3%. Jafnframt hafi í fréttinni verið vísað til ummæla forstjóra OHF frá því um morguninn. Klukkan 14:31 sama dag hafi starfsmaður Skeljungar sent tölvupóst til forstöðumanns innkaupadeildar hjá félaginu og spurt hvort ekki yrði hækkun á bensíni daginn eftir. Forstöðumaðurinn svaraði kl. 14:48 með þessum orðum: „*Bensínið hækkar um 0,90 kr. og gasolíu/diesel um 1,40 kr. kl. 18:00 í dag.*“ Hjá OHF hafi tilkynning verið send með tölvupósti til allra hjá félaginu um verðbreytingu á eldsneyti kl. 17:11. Klukkan 17:23 hafi framkvæmdastjóri fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís sent tölvupóst til m.a. forstjóra félagsins og greint frá því að frá og með 1. október myndi verð á bensíni hækka um 90 aura og verð á gasolíu um 1,40 kr. Í fréttum RÚV kl. 18:00 var greint frá þessari hækkun Olís og sömu hækkun hjá OHF. Hins vegar hafi verið tekið fram að Skeljungur hafi enn ekki gefið út tilkynningu um hækkun og fyrirtækið hafi greint frá því að sennilega yrði það gert seinna um kvöldið.

Samkeppnisráð lítur svo á að það sé mjög ósennilegt að Skeljungur hafi getað áætlað upp á eyri hverjar hækkunir hinna félaganna yrðu. Einnig beri að líta til þess að ekki liðu nema rúmlega tíu mínútur frá því að starfsmönnum OHF er tilkynnt um þessa hækkun þangað til Olís tilkynnti sínum starfsmönnum um sömu hækkun. Áfrýjendur hafa haldið því fram að samráð þeirra sé ósannað.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst hér á þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna hennar að sannað sé að olíufélögin hafi haft með sér samráð um umrædda verðhækkun eldsneytis.

c. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að þann 29. október 1999 kl. 17:00 hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF sent eftirfarandi tölvupóst til meðlima framkvæmdastjórnar félagsins: „*verðlækkun á bensíni um kr 0,70 á lítra mánudaginn 1.11.*“ Um tuttugu mínútum síðar eða kl. 17:24 hafi forstöðumaður innkaupadeildar hjá Skeljungu sent tölvupóst til ýmissa starfsmanna hjá félaginu og greint frá því að fyrirhugað væri að lækka bensín um 0,7 kr./ltr. og breytingin myndi taka gildi á miðnætti sunnudaginn 31. október 1999. Olís tilkynnti um verðbreytingu að morgni 1. nóvember 1999 en ekki er getið um fjárhæð breytinga í ákvörðun samkeppnisráðs.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst hér á þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna hennar að sannað sé að olíufélögin Skeljungur og OHF hafi haft með sér ólöglegt samráð um umrædda hækkun eldsneytis.

d. Samkeppnisráð hefur nefnt fleiri tilvik til sögunnar sem eiga að sýna samskipti olíufélaganna á þessum tíma og vilja þeirra til samstarfs. Ekki er þó ljóst af hinni kærðu ákvörðun hvort samkeppnisráð telur að þarna sé um ólöglegt samráð að ræða og því verður ekki reiknað með því hér að svo sé.

4.6. Niðurstaða

Tafla yfir verðbreytingar olíufélaganna á fljótandi eldsneyti á árinu 1999 hefur verið lögð fram í málinu. Hún sýnir að verðbreytingar voru þær sömu í öllum tilvikum og áttu sér stað á sama degi með einni undantekningu. Í hinni kærðu ákvörðun er rakin samvinna olíufélaganna í verðlagsmálum eldsneytis á árinu 1999 og einstök gögn tilfærð sem að henni lúta. Þar að auki hefur verið gerð grein fyrir samstarfi olíufélaganna í ýmsum skyldum verðlagsmálum á árinu 1999. Þess er sérstaklega að geta að OHF hefur greint frá því að fram á árið 1997 hafi olíufélögin að meginreglu haft með sér samvinnu um verðlagningu á eldsneyti en eftir þann tíma hafi félögin „*ekki ræðst eins oft saman og áður*“, sbr. fyrrgreind skýrsla framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002. Framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF hefur upplýst að honum væri kunnugt um dæmi þess að upplýsingar sem Olís hafi fengið frá OHF um fyrirhugaðar verðbreytingar hafi borist til Skeljungs.

Samkvæmt þessu er það skoðun áfrýjunarnefndarinnar í samræmi við það sem fyrr er rakið og að öðru leyti eins og nánar kemur fram í ákvörðun samkeppnisráðs að olíufélögin hafi haft með sér víðtækt samráð um verðlagningu á eldsneytisvörum á árinu 1999. Gögn málsins benda ekki til að þar hafi verið um einstök afmörkuð tilvik að ræða eða að eitt olíufélag beri þar mun minni ábyrgð en annað. Áfrýjunarnefndin hefur hér að framan gert grein fyrir því hvernig samráð olíufélaganna horfði við í einstökum atriðum.

5. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 2000

5.1. Atvik í janúar og febrúar 2000

a. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna hennar að sannað sé að olúfélögin Olís, Skeljungur og OHF hafi haft með sér ólögmeitt samráð um að draga úr afslætti til Ferðaklúbbsins 4x4.

b. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna hennar að sannað sé að olúfélögin Olís, Skeljungur og OHF hafi haft með sér ólögmeita upplýsingagjöf varðandi verðstýringu á svartolíu með þeim hætti sem greint er í ákvörðun samkeppnisráðs.

c. Í ákvörðun samkeppnisráðs eru rakin ýmis samskipti olúfélaganna sem varða verð á eldsneyti milli Olís (ÓB stöðva Olís) og Orkunnar (dótturfyrirtæki Skeljungs) svo og verðmun milli Orkunnar annars vegar og almenns verðs olústöðvanna hins vegar. Áfrýjunarnefndin er sammála forsendum samkeppnisráðs fyrir því að Olís og Skeljungur hafa fjallað um aðgerðir til að draga úr verðmun milli tegunda bensínstöðva með það að markmiði að minnka þann afslátt sem veittur hafði verið á ómönnum stöðvum. Nægir í því efni að vísa til tölvupósts forstöðumanns innkaupadeildar hjá Skeljungi til forstjóra og aðstoðarforstjóra félagsins, svars aðstoðarforstjóra og fyrirmæli í tölvupósti hans um að honum yrði eytt að lestri loknum og loks tölvupósta frá 17. janúar 2000 milli forstjóra Skeljungs og tveggja starfsmanna félagsins en þessi gögn eru reifuð nánar í hinni kærðu ákvörðun. Gögn málsins veita einnig nægja vísbendingu fyrir samráði um að minnka verðmun milli almenns verðs olúfélaganna og Orkunnar. Verður að telja að þessar aðgerðir séu andstæðar ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga og skiptir í því sambandi engu máli þótt hörð samkeppni kunní að hafa verið á umræddum markaði. Á hinn bóginn þykja þau gögn sem samkeppnisráð færir fram fyrir þátttöku OHF í þessu samráði það óljós og óákveðin að ekki er hér unnt að reikna með því að OHF hafi tekið þátt í samráðinu. Um Orkuna er fjallað sérstaklega í II. hluta úrskurðar þessa.

d. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 11. febrúar 2000 sendi forstöðumaður innkaupadeildar hjá Skeljungi eftirfarandi tölvupóst til innkaupastjóra eldsneytis hjá OHF og framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís:

„Við vorum að verðbreyta steinolíu á tunnum. Verð á steinolíu á 200 ltr. tunnu er nú 63,22 kr/ltr m. vsk. og verð á steinolíu frá dælu 52,30 m. vsk.

Gætuð þið skoðað ykkar mál m.t.t. hreinsunar á tunnum, aksturs og annars kostnaðar og ath. hvaða verð þið fáði. Ég miða við jet-innkaupsverð í desember til grundvallar.“

Enn fremur að bæði Olís og OHF hafi hækkað verð á steinolíu frá dælu umtalsvert 1. mars 2000. Skeljungur hækkaði einnig verð á steinolíu þennan sama dag. OHF hafi síðan hækkað verð á steinolíu í 200 ltr. tunnu 1. apríl 2000. Framkvæmdastjóri Olís hefur á fundi með Samkeppnisstofnun 4. desember 2002 kveðið sig ekki muna eftir þessu máli en væntanlega hafi Olís tekið verðið til endurskoðunar. Á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002 hefur framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá OHF kveðið sig muna eftir þessum tölvupósti og að hann hafi sagt við innkaupstjóra eldsneytis hjá félaginu „að OHF mundi bara halda sínu striki og ekkert hlusta á þessi tilmæli Skeljungs. Hins vegar hafi væntanlega verið komin þörf á að hækka steinolíuverð, og því hafi það verið gert þann 1. mars 2000.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna hennar að sannað sé að olíufélögin hafi haft með sér ólöglegt samráð um hækkun á steinolíu umrætt sinn.

5.2. Samráð um afslátt á svartolíu

Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að þann 5. febrúar 2000 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórvíðskipta hjá Skeljungum sent tölvupóst til m.a. forstjóra félagsins, aðstoðarforstjóra og forstöðumanns innkaupadeildar. Tölvupósturinn varðaði beiðni ýmissa viðskiptavina olíufélaganna um afslátt af svartolíu. Framkvæmdastjórinn gerði fyrst grein fyrir því að í framhaldi af beiðni SR-mjòls um afslátt vegna afleitrar afkomu fyrirtækisins, hækkandi verðs á svartolíu og hrapandi verðs á lýsi á heimsmarkaði, hafi hann haft samband við OHF og Olís. Olíufélögin hafi ákveðið að bjóða SR-mjòli „sérstakan afslátt, tímabundið, sem næmi 0,55 kr. pr. ltr.“ Ýmis gögn eru tilfærð í ákvörðun samkeppnisráðs um þessa samvinnu olíufélaganna sem ekki verður getið frekar hér. Enginn ágreiningur virðist

vera um það að olíufélögin hafi rætt sín á milli um óskir SR-mjöls um afslátt á svartolíu.

Þegar litið er til orðalags fyrrgreinds tölvupósts frá 5. febrúar 2000, tölvupósta framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu frá 18. og 19. mars 2000 þar sem m.a. kemur fram að hann muni hitta fulltrúa hinna félaganna næsta morgun og tölvupóstasamskipta olíufélaganna frá 24. mars 2000 þykir áfrýjunarnefndinni ljóst að olíufélögin hafa haft með sér samráð um afsláttarmálefni, sérstaklega gagnvart fyrirtækinu SR-mjöli.

5.3. Framkvæmd á samkomulagi frá 1998 um að hækka verð á gasolíu til landnotkunar

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að olíufélögin hafi í nóvember 1998 ákveðið að hækka verð á gasolíu til landnotkunar. Einnig hafi verið fjallað um þessi málefni á árinu 1997 og síðan á árinu 1999 m.a. 18. janúar það ár en þá hafi forstjóri OHF ritað minnispunkta frá fundi með forstjórum hinna olíufélaganna á þessa leið: „*Tankaverð. Ekki komin niðurstaða frá GM*“. Einnig er í þeim kafla vísað til fundargerðar OHF frá 8. mars 1999 þar sem rætt var um breytta stefnu í afsláttarmálum til stórnotenda og m.a. bænda. Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá OHF hafi á fundi hjá Samkeppnisstofnun gefið þá skýringu á bókuninni að það lægi í hlutarins eðli að eitt olíufélag gæti ekki lagt niður „*afslætti og ofurþjónustu gagnvart bændum og smærri verkötikum nema hin félögin gerðu það einnig. Félögin þrjú hefðu rætt þessi mál en aðalatriðið væri þó það að ekkert slíkt hefði gerst.*“

Samkeppnisráð hefur fært fram gögn fyrir því að með hækkun eldsneytis þann 1. mars 2000 hafi olíufélögin sammælt að minnka mun á almennu gasolíuverði á þjónustustöðvum og verði á gasolíu frá bíl á heimatank (leiðsluverð). Þessu til staðfestingar sé að þann 28. febrúar 2000 sé bókað í dagbók framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF að hann eigi fund með framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís og síðan tölvupóstar sem sendir voru í kjölfarið sem staðfesti að þá hafi samkomulag verið gert um að minnka ofangreindan verðmun. Enn fremur er þarna tilgreint að þann 6. apríl 2000 hafi forstjórar Olís og OHF hist á fundi ásamt framkvæmdastjórum markaðssviða stórnotenda hjá félögunum og samkvæmt

minnispunktum framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá OHF hafi m.a. verið rætt um „*Tankaverð-afgreiðslugjöld*“. Á fundi með Samkeppnisstofnun þann 16. apríl 2002 hefur framkvæmdastjórinn síðan staðfest að hafa setið á fundum um þessi mál hjá Olís og sagt að „*áhugi hafi verið hjá öllum olíufélögnum að gera verð á tankaþjónustu gagnsæjara*“. Loks er tilgreint að framkvæmdastjórinn hjá OHF framsendi tiltekinn tölvupóst starfsmanns OHF frá 10. maí 2000 til framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís og framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Skeljungu og er sá tölvupóstur nánar rakinn svo og viðbrögð framkvæmdastjóra Olís við honum. Fleiri gagna er einnig getið sem ekki verða rakin frekar hér.

Fyrir liggur að yfirmenn verðlagsmála hjá Olís og OHF hittust á fundi þann 28. febrúar 2000 og benda gögn málsins til að þar hafi m.a. verið rætt um að minnka verðmun á verði til bænda og verktaka annars vegar og dæluverði hins vegar. Í byrjun janúar 2000 hafi komið fram vilji innan Skeljungs til að „leiðrétt“ leiðsluverðið. Enn fremur að forstöðumaður innkaupadeildar eldsneytis hjá Skeljungu hafi þann 29. febrúar 2000 sent tölvupóst til m.a. framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu félagsins og greindi frá því að verðbreytingar yrðu daginn eftir. Framkvæmdastjórinn svaraði: „*Gamli okrarinn!*“ Forstöðumaðurinn svaraði um hæl og sagði „*Nágranna okkar vantar greinilega aura þeir eru alveg óðir í hækkunum! Við bara neyðumst til að synda með straumnum...*“

Áfrýjunarnefndin telur að nægar sannanir séu fram komnar fyrir því að olíufélögin hafi öll tekið þátt í því að minnka ofangreindan verðmun við verðhækkunina 1. mars 2000 en slíkt var andstætt 10. gr. samkeppnislaga. Var það í samræmi við eldra samkomulag milli olíufélaganna, sbr. 3.7.

5.4. Athugasemdir við afslátt OHF til Bílabúðar Benna

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að í febrúar 2000 hafi Olís og Skeljungur talið að OHF hefði brotið samkomulag félaganna um afslátt. Rifjað er upp að olíufélögin hafi ákveðið í október/nóvember 1998 að einstaklingum, félagasamtökum eða öðrum slíkum hagsmunahópum yrði ekki veittur afsláttur umfram svonefndan kortaafslátt en þar hafi verið átt við afslátt sem handhafar t.d. Fríkorts Skeljungs eða Safnkorts OHF nutu. Á árinu 1999 gerði OHF samning við Bílabúð Benna um útgáfu bensín- og viðskiptasafnkorts viðskiptavina Bílabúðarinnar. Viðskiptavinirnir gátu við

framvísun safnkortsins fengið afslátt hjá OHF af eldsneyti í formi punkta. Bílabúð Benna sendi hins vegar út bréf, dags. 7. febrúar 2000, til allra viðskiptavina sinna þar sem ekki var minnst á að afsláttur yrði í formi punkta heldur var gefið til kynna að handhafar kortsins myndu fá 4 kr. afslátt af hverjum lítra eldsneytis þegar þeir keyptu hann. Gerðu viðskiptavinir OHF athugasemdir þegar þeir áttuðu sig á því að afslátturinn var í formi punkta inn á safnkort.

Í ákvörðuninni er farið yfir ýmis gögn sem lúta að samskiptum olúfélaganna út af þessum afslætti. Þar er m.a. nefndur tölvupóstur frá forstjóra Olís til forstjóra OHF frá 22. febrúar 2000 og sömuleiðis tölvupóstasamskipti sölustjóra stórnotenda hjá OHF og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Skeljungu frá 2. febrúar 2000. Áfrýjunarnefndin telur alveg ljóst að umrædd samskipti olúfélaganna sýni að Olís og Skeljungur hafa talið að með þessu hafi OHF brotið fyrra samkomulag, sbr. 3.7. Samskipti þessi eru til frekari sönnunar fyrir því samráði sem þar er greint frá.

5.5. Samkomulag um að keppa ekki vegna tímabundinna tilboða

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá samskiptum Olís og OHF út af tilteknum tímabundnum afslætti af bensíni á ÓB stöð í Kópavogi. Í svari fyrirsvarsmanna Olís á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 4. desember 2002 kemur m.a. fram:

„að innanhúss hjá Olís hafi menn rætt um að félagið verði að þola tilfallandi tilboð af þessum toga. EB tók undir þetta og sagði að þar væri um að ræða nokkuð sem sameiginlegur skilningur virtist hafa skapast um milli félaganna en ekki eitthvað sem félögin hafi formlega samið um. Takmarkaðar upplýsingar væru þó um að einhver slíkur sameiginlegur skilningur hafi í raun haldið.“

Forstjóri OHF hefur og kannast við á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002 að *„sú regla hafi komist á að olúfélögin veittu ca. 4 kr. afslátt á lítra sem framkvæmda- og opnunartilboð, sem giltu í viku til 10 daga.“*

Fleiri gögn hafa verið tilfærð sem veita stoð fyrir því að olúfélögin hafi haft með sér samkomulag sem laut að tímabundnum tilboðum og getið er um í málinu. Áfrýjunarnefndin telur með skírskotun til þeirra forsendna sem raktar eru í hinni

kærðu ákvörðun að ólögmaett samráð hafi verið með olíufélögunum Olís og OHF um tímabundna afslætti með þeim hætti sem í málinu greinir. Þetta samráð var liður í viðtækara samkomulagi þeirra á milli um að takmarka samkeppni, sbr. 3.7. Ekki hefur þó verið sýnt fram á að Skeljungur hafi tekið þátt í umræddu samkomulagi.

5.6. Framkvæmd á 1-2-3 kr. afsláttarkerfinu

Í kafla VI 3.7. í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að olíufélögin hafi í október/nóvember 1998 samþykkt nýtt afsláttarkerfi fyrir bílaflota fyrirtækja. Í kerfinu fólst að fyrirtækjum með 5–10 bíla yrði veitt 1 kr. í afslátt af hverjum lítra eldsneytis, 10–50 bíla 2 kr. í afslátt og 50 bíla og fleiri 3 kr. í afslátt. Var kerfið nefnt 1-2-3 kerfið. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að á fundi framkvæmdastjóra markaðssviða smásölu hjá Olís, OHF og Skeljungi 21. janúar 1999 hefði komið fram að 1-2-3 kerfið hafi haldið, sbr. kafla VI 4.1. í hinni kærðu ákvörðun. Enn fremur er ríftjað upp að samkvæmt fundargerð sölustjóra stórnotendasviðs hjá OHF hafi olíufélögin þrjú ákveðið á fundi sínum 29. október 1998 „*afsláttarmynstur varðandi bílaflota*“. Höfundur fundargerðarinnar hefur staðfest þetta í skýrslu hjá Samkeppnisstofnun, sbr. einnig athugasemdir OHF varðandi fundinn 29. október 1998. Samkeppnisráð telur að gögn málsins sýni að kerfið var líka í framkvæmd á árinu 2000 og hefur tilfært nokkur dæmi til staðfestingar á þessu m.a. til tölvupósta frá 1. og 14. mars 2000 innan Olís en í síðarnefnda póstinum segir framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu í tilefni af spurningu forstjórans:

„Svar okkar er einfalt... við bjóðum 2kr ef 10–50 bílar og 3kr ef 50 og yfir, (...) Erum tilb að teygja okkur allt að 50 aura ofar þar sem shell og esso eru með frípunkta og safnpunkta sem ýmist virka eða ekki hjá fyrirtækjum (...) ef þetta er á þessum nótum þá hristist markaðurinn ekkert og hinir gera ráð fyrir svona tilboðum“.

Í tilefni af þessum tölvupóstum hefur framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís á fundi hjá Samkeppnisstofnun 4. desember 2002 sagt „*að vel mætti vera að einhver 1-2-3 regla hafi verið framkvæmd í fyrstu.*“ Hann teldi þó að flestir viðskiptamenn með stærri bílaflota „*hefðu farið á 3- þáttinn, þ.e. á hæsta afslátt.*“ Í nýlegum samningum hafi þó ekkert svona kerfi verið notað. Þá er þess getið í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 10. mars 2000 hafi starfsmaður hjá Skeljungi sent

tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu og greint frá því að það væri fyrirtæki með 10–15 bíla sem óskaði eftir afslætti. Framkvæmdastjórinn hafi svarað og sagði starfsmanninum að bjóða 2 kr. í afslátt. Samkeppnisráð heldur því fram að þetta sé í samræmi við 1-2-3 kerfið.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur með skírskotun til þeirra forsendna sem rakin eru í hinni kærðu ákvörðun að ólöglegt samráð hafi verið með olíufélögunum um svonefnt 1-2-3 kerfi sem hafi verið í framkvæmd á árinu 2000. Samráðið var liður í viðtækara samkomulagi um afsláttarmál eldsneytis, sbr. 3.7.

5.7. Kvartanir Olís yfir tilboðum OHF og Skeljungs

Forstjóri Olís sendi tölvupóst til bæði forstjóra OHF og Skeljungs 20. mars 2000. Í báðum tölvupóstunum er forstjórinn að kvarta yfir samkeppni frá þessum keppinautum sínum. Svo segir í tölvupóstinum til forstjóra OHF:

„Vísu í samtali okkar fyrir skömmu og áhyggjur mínar varðandi framgöngu KK og að hann væri ekki að ganga fram í þeim anda sem þú vildir mv okkar samtöl. Með hliðsjón af þínum viðbrögðum vildi ég því koma því á framfæri að nú er hann búinn að hræra mikið í málum í Þorlákshöfn með ófyrirsjáanlegum afleiðingum. Það er ekki bara svo að hann komi í heimsókn og ræði málin heldur skilur hann eftir sig eða sendir í kjölfar heimsókna skrifleg tilboð, meira að segja til aðila sem ljóst má vera að hann nær engum árangri með öðrum en að lækka framlegð þeirra sem fyrir eru með viðskiptin. Slík framgangur hefur aðeins þau áhrif að þeir sem fyrir verða ærast til sömu vinnubragða. Þætti vænt um að heyra frá þér þegar þú hefur skoðað þetta mál og það sem við ræddum um daginn.“

Í tölvupóstinum til forstjóra Olís segir: *„Nú heyrir að þínir haukar séu á sveimi á svipuðum slóðum og þú kvartaðir undan mínum ferðum sl haust. Líklega ber það þann eina áragstur að þeim tekst að lækka eitthvað framlegðina fyrir okkur og kveikja á keðjuverkun sem skaðar báða þegar upp verður staðið.“*

Samkeppnisráð hefur og tilfært nokkur önnur gögn sem eiga að staðfesta ólöglegt samráð olíufélaganna um að halda sér frá því að reyna að ná viðskiptamönnum eins

félags yfir til annars. Þar á meðal er tölvupóstur sem sölustjórinn á stórnotendasviði hjá OHF sendi forstjóra sínum og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda þann 5. apríl 2000. Efni tölvupóstsins er Olís og í honum segir m.a. þetta:

„Mér skilst að ég sé óvinur Nr. 1 hjá Olís en ég skal gera í stuttu máli grein fyrir hvernig þetta snýr að mér. Ég tel það hlutverk mitt að auka viðskipti Olíufélagsins (...) Ég óska því eftir því að fá um það skýrar línur hvort það sé stefnan að við eigum að láta fyrirtæki í viðskiptum við Olís í friði.“

Gögn málsins sýna að olíufélögin hafa haft með sér tíð samskipti út af málum sem þessum. Til þess að samkeppnislög nái tilgangi sínum gera þau almennt þá kröfu að samskipti samkeppnisfyrirtækja séu með þeim hætti að ekki sé hætta á að samkeppni milli þeirra raskist. Hér liggur m.a. fyrir gagn frá forstjóra eins olíufélags þar sem kvartað er til annars forstjóra yfir framgöngu starfsmanns hans og að hún væri ekki í þeim anda sem hann vildi miðað við samtöl forstjóranna. Áfrýjunarnefndin lítur svo á að með hliðsjón af fyrirliggjandi gögnum í máli þessu teljist sannað að olíufélögin Olís og OHF hafi með þessum aðgerðum brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er ósannað að Skeljungur hafi tekið þátt í þessum aðgerðum.

5.8. Atvik frá mars til júlí 2000

a. Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá samskiptum Olís, Skeljungs og OHF vegna verðhækkana á bensíni sem gengu í gildi þann 1. apríl 2000. Ítarleg gögn hafa verið færð fram í málinu sem veita nægjanlegar líkur fyrir því að öll olíufélögin hafi sammælt um umrædda verðhækkun á bensíni. Þar kemur m.a. fram að þeir starfsmenn olíufélaganna sem koma að verðbreytingum á eldsneyti höfðu tölvupóstsamskipti sín á milli eftir hádegi 31. mars 2000 en áður en verðbreytingarnar voru tilkynntar opinberlega og lagði starfsmaður Olís til að félögin þrjú myndi tala saman síðar þennan dag. Má að öðru leyti um þetta vísa til þess rökstuðnings sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun.

b. Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá bensínhækkunum olíufélaganna þann 1. maí 2000 sem samkeppnisráð telur einsýnt að orðið hafi á grundvelli ólögsmæts samráðs. Samkeppnisráð vísar til þess að gögn málsins beri með sér að ekki hafi legið opinberlega upplýsingar um verðbreytingar olíufélaganna þegar félögin greindu

innanhuðss frá verðbreytingum sínum þann 28. apríl 2000. Samkeppnisráð telur það nánast útilokað að olíufélögin hafi, á sama tíma dags tveimur dögum fyrir gildistöku fyrirhugaðrar verðbreytingar, hvert fyrir sig komist að nákvæmlega sömu niðurstöðu um efni hennar. Í því sambandi verði að líta til þess að olíufélögin þrjú séu ólík fyrirtæki með mismunandi kostnaðaruppbýggingu.

Áfrýjunarnefndin lítur svo á að næg gögn séu komin fram fyrir því að hér hafi verið um ólöglegt samráð að ræða milli olíufélaganna þriggja. Fyrir utan þau rök fyrir þessari niðurstöðu sem samkeppnisráð hefur tilfært má hafa í huga að olíufélögin hafa einnig haft með sér ólöglegt samráð í sambærilegum tilvikum skömmu áður og skömmu eftir hækkunina 1. maí 2000.

c. Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá samskiptum Olís, Skeljungs og OHF vegna verðhækkana á bensíni sem gengu í gildi þann 1. júlí 2000. Ítarleg gögn hafa verið færð fram í málinu sem veita nægjanlegar líkur fyrir því að líta svo á að öll olíufélögin hafi sammælt um verðhækkun á eldsneyti þann 1. júlí 2000 svo sem gerð er grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun.

5.9. Atvik frá júlí til desember 2000

a. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er sammála þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að OHF og Olís höfðu ólöglegt samráð varðandi afslátt af gasolíuverði í júlí 2000. Var þetta liður í því samkomulagi sem um er rætt í 4.2. hér að framan. Þá þykir og alveg ljóst að olíufélögin hafa öll skipst á rekstrarlegum upplýsingum sumarið 2000 svo sem greint er í ákvörðun samkeppnisráðs. Slík upplýsingaskipti um atriði sem eru til þess fallin að hafa áhrif á samkeppni teljast brot á 10. gr. samkeppnislaga.

b. Í ákvörðun samkeppnisráðs greinir frá tölvupóstsamskiptum frá september 2000 milli forstjóra Olís og framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu félagsins. Í þeim ræddu þeir möguleika á því að reisa ÓB bensínstöð í Grindavík. Framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu Olís greindi frá því að hann hefði aftur spurt framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá OHF um áform félagsins í Grindavík. Framkvæmdastjórinn hjá OHF hefði sagt frá því að OHF væri komið með tanka í

jörðu og ef OHF opnaði þá yrði það mannlauströð. Forstjóri Olís svaraði með þessum hætti:

„Þetta voru aldeilis upplýsingar sem þú hefur eftir Heimi um að ef þeir opni í Grindavík verði það mannlauströð. Varla færu þeir að bjóða sama verð of fyrir fulla þjónustu í mannlauströð og því eru þessi áform algerleg úr takt við það sem Geir tónglast stöðugt á um að samstaða haldist við að hafa fullt verð á landsbyggðinni án tillit til þjónustu. Ytir enn undir að við setjum upp 'OB í Grindavík (...)'“

Framkvæmdastjórinn hjá Olís svaraði nokkrum dögum síðar með þessum hætti:

„Við þetta er að bæta að fyrstu uppl um sjálfvirka stöð komu frá Heimi fyrir nokkrum mánuðum þegar hann nefndi við mig að þeir ættu nokkrar lóðir í þetta, þám Gri og Reykjanesbraut. (...) Síðan spurði ég Heimi aftur um þetta í síðustu viku og hvort ekki stæðist skl um 21 feb 2001 og þá var eins og hann vildi draga í land með sjálfsala í Gri, ekkert væri ákv, hvorki sjálfs eða fullþjón, ekki einu sinni hvencær opnað verður þar.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur þessi gögn og önnur sem tilfærð eru sýni að olúfélögin þrjú leituðust við að koma í veg fyrir verðlækkanir úti á landi og er það nánar rakið í kafla VI 3.9. í hinni kærðu ákvörðun m.a. með því að skiptast á upplýsingum. Umrætt atvik varðar Grindavík en þar höfðu OHF og Skeljungur skuldbundið sig gagnvart Olís að opna ekki bensínsölu í fimm ár frá 21. febrúar 1996 að telja, sbr. nánar kafla VIII 2. Að mati áfrýjunarnefndarinnar var hér um að ræða ólöglegt samráð varðandi verðsamkeppni í Grindavík milli Olís og OHF.

c. Sagt er frá því í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 29. ágúst 2000 hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF og framkvæmdastjóri fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís hist á fundi. Daginn eftir hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF hitt m.a. framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís á fundi hjá Oliudreifingu (ODR). Hjá framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís hafi fundist gögn frá ODR sem dagsett séu 29. ágúst 2000 og tengjast þessum

fundi. Með þeim gögnum fannst ódagsett handskrifað skjal. Eftirfarandi er skrifað á skjalið:

„Skipagas: 2,70 ↑ kr/ltr
 gasolía 2,50 ↑ kr/ltr
 bensín 0,3 ↓ kr/ltr
 svartolía 1,75 kr/ltr ↑
 ~ ¨ 1900 kr/tonn ↑“

Daginn eftir, þann 30. ágúst 2000, breyttu öll olíufélögin verði á eldsneyti með þeim hætti sem fram kemur í skjalinu. Framkvæmdastjóri Olís hefur staðfest rithönd sína á umræddu skjali.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur ódagsetta handritaða skjalið ríkt sönnunargildi og eins og samkeppnisráð hefur bent á er líklegt að það hafi verið samið um líkt leyti og skjölin sem tengdust fundinum 30. ágúst 2000 enda fannst það meðal þeirra gagna. Þegar til þessa er litið svo og samtímis sömu hækkana allra olíufélaganna og annarra gagna málsins þykir nægjanlega leitt í ljós að olíufélögin hafi haft með sér ólöglegt samráð um hækkanir eldsneytis í umrætt sinn.

d. Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir því að þann 19. september 2000 hafi forstjóri Skeljungs sent tölvupóst til forstjóra Olís. Í honum er greint frá því að sænskt fyrirtæki, Nynes, hafi hringt í Skeljung og greint frá því að Olís hefði óskað eftir því að gerast umboðsaðili fyrirtækisins á Íslandi. Síðan segi forstjóri Skeljungs að forstjóra Olís sé það væntanlega kunnugt að undanfarin sjö ár hafi Skeljungur verið umboðsaðili Nynes og keypt af fyrirtækinu umtalsvert magn af olíuvörum, aðallega asphalt. Í tölvupóstinum segir einnig:

„Það sem vekur furðu hjá okkur er að Olís skuli leita svo sterkt eftir að ná erlendum viðskiptasamningum, sem Skeljungur hefur haft um langan tíma. Ber þá enn og aftur nýrra við í samskiptum félaganna og má segja að fátt eitt standi eftir af þeim gömlu gildum er áður voru í heiðri höfð milli félaganna. Er það miður.“

Jafnframt er kvartað yfir því í tölvupóstinum að Olís hafi reynt að kaupa eldsneyti án milligöngu Skeljungs af fyrirtækinu Enron í Finnlandi. Forstjóri Olís svaraði með tölvupósti frá 21. september 2000. Í honum segir forstjórinn að Olís hafi ekki vitað að Skeljungur hafi haft umboðssamning við Nynes um árabíl. Segir forstjóri Olís að hann geti fullvissað forstjóra Skeljungs um að Olís hefði engan áhuga á því að reyna að ná umboðum frá Skeljungi. Fleiri samskipti milli félaganna tveggja eru rakin sem ekki er ástæða til að geta frekar hér.

Samkeppnisráð telur framangreind gögn lýsandi fyrir óeðlilega og samkeppnishamlandi samvinnu Olís og Skeljungs á þessum tíma. Þannig bregðist forstjóri Skeljungs við upplýsingum um hugsanlega nýja samkeppni frá Olís í sölu á olíuvörum með því að kvarta við forstjóra keppinautarins og vísi m.a. til þess að þessi meinta hegðun Olís sé ekki í samræmi við „*gömlu gildin*“ sem voru í „*heiðri höfð*“ milli fyrirtækjanna. Jafnframt er fullyrt að það tíðkist ekki að menn „*beri víur*“ í umboðsaðila annars olíufélags. Telur samkeppnisráð að þetta styðji mat sitt um að olíufélagin hafi haft með sér samfellt samráð.

Því er ekki haldið fram hér að fyrrgreint tilvik feli sér brot á 10. gr. samkeppnislaga heldur bendir samkeppnisráð á að umrædd vinnubrögð og samkeppnishamlandi samskipti Olís og Skeljungs séu hluti af og bein afleiðing af hinu samfellda samráði þeirra og styðji ótvírætt mat samkeppnisráðs að um samfellt samráð hafi verið að ræða. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála getur hins vegar tekið undir þá niðurstöðu samkeppnisráðs að umrætt tilvik feli í sér enn eina vísbendingu þess að olíufélagin hafi haft með sér víðtækt samráð.

e. Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að þann 23. október 2000 hafi starfsmaður félagsdeildar Lögmannafélags Íslands (LMFÍ) sent tölvupóst til forstjóra Skeljungs og farið fram á afslætti. Sama dag hafi forstjóri Skeljungs framsent þetta erindi til forstjóra Olís en þar segir m.a. þetta:

„Ég sendi þér hjál. til fróðleiks erindi frá LMFÍ. Við höfum aldrei ljáð máls á einhverju líku því og farið er fram á í erindinu, og mun ég svara því þannig. Mér þykir ekki ólíklegt í ljósi þess hver er stjórnarformaður í Olís, að næst verði bankað uppá hjá ykkur. Þú veizt þá okkar afstöðu.“

Forstjóri Olís svaraði síðar sama dag. Í tölvupósti hans segir m.a. þetta:

„Þakka aðvörunina varðandi LMFÍ og er algerlega sammála og mun afgreiða málið með sama hætti ef það kemur til mín.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að umræddur tölvupóstur ásamt öðrum gögnum sýni að umrædd félög höfðu ólögmætt samráð um afgreiðslu erindisins. Eins og rakið er í 3.7. var m.a. gert samkomulag milli olíufélaganna þriggja í október/nóvember 1998 m.a. um að veita ekki afslátt til félagasamtaka. Því er óhjákvæmilegt að líta svo á að OHF beri einnig ábyrgð á þessu samráði með þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun.

f. Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að þann 24. október 2000 hafi starfsmaður OW Icebunker sent tölvupóst til OHF, Skeljungur og Olís. Þar komi fram að tiltekið útgerðarfyrirtæki skuldi OW Icebunker fjármuni vegna olíukaupa og fyrirtækið hafi ákveðið að selja ekki eldsneyti til þessa viðskiptavinar fyrr en hann hefði greitt skuldina. Óskaði hann eftir því að olíufélögin myndu leggja OW Icebunker lið með því að neita að eiga viðskipti við útgerðarfyrirtækið að sinni. Olís og Skeljungur hafi svarað og lýstu yfir samþykki sínu vegna þessa. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað að félögin Olís og Skeljungur hafi þarna haft ólögmætt samráð sín í milli. Hins vegar er ósannað að OHF hafi tekið þátt í þessu samráði.

g. Í ákvörðun samkeppnisráðs er sagt frá því að þann 27. október 2000 hafi verið bókað í tölvudagbók framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís að hann eigi fund með framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá OHF en þessir starfsmenn hafi borið ábyrgð á verðlagningu félaganna á eldsneyti. Þann 1. nóvember 2000 hafi öll olíufélögin hækkað verð á eldsneyti. Síðar sama dag sendi starfsmaður FÍB, f.h. svonefnds Samstarfshóps vegna olíuverðshækkana, tölvupóst til allra olíufélaganna. Var þessari hækkun mótmælt og skorað á félögin að draga hana til baka. Daginn eftir eða 2. nóvember 2000 framsendi framkvæmdastjóri fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís þennan tölvupóst Samstarfshópsins til framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá OHF. Samkeppnisráð telur að á grundvelli þessara gagna og annarra sem rakin eru í

ákvörðuninni sé ljóst að olíufélögin hafi haft með sér samráð um verðbreytinguna á eldsneyti 1. nóvember 2000.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ósannað að svo sé. Upplýsingar um fund þennan eru ófullkomnar svo og einnig dagskrá fundarins. Því er vegna sönnunarskorts ekki fallist á niðurstöðu samkeppnisráðs um þetta atriði.

h. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 13. nóvember 2000 hafi starfsmaður OHF sent tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu og sölustjóra á stórnotendasviði. Greindi hann frá því að viðskiptavinur á Blönduósi væri að óska eftir hærri afslætti vegna þess að hann hefði fengið tilboð frá Skeljungu. Spurði starfsmaðurinn hvort hann mætti veita þessum viðskiptavini aukinn afslátt. Sölustjórinn svaraði daginn eftir og taldi varla hægt að hækka afsláttinn og sagði síðan þetta:

„Ég ætla að kanna málið hjá Skeljungu, hvað er á seyði.“

Telur samkeppnisráð að þessi tölvupóstur sé til vitnis um áframhaldandi samvinnu milli olíufélaganna varðandi afsláttarmál eldsneytis. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ekki þörf á að tjá sig um þetta atriði þar sem ekki er sakfelld fyrir það sérstaklega heldur á það að sýna tíð samskipti félaganna á þessum tíma. Það sama á við um önnur þau tilvik sem getið er um í kjölfarið á bls. 481-483 í hinni kærðu ákvörðun.

i. Samkeppnisráð telur að í tölvupóstsamskiptum milli Olís, OHF og Skeljungs frá 22. og 23. nóvember 2000 séu veittar upplýsingar um sölu á 98 oktana bensíni og rætt um aðgerðir í því skyni að takmarka framboð á þessari vöru. Samkeppnisráð telur að slíkt samráð um takmörkun á framboði sé óhjákvæmilega til þess fallið að hafa áhrif á verð þessarar vöru og að þessi samskipti fari gegn 10. gr. samkeppnislaga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þessa niðurstöðu samkeppnisráðs að öðru leyti en því að ósannað er að Olís hafi tekið þátt í þessu samráði sérstaklega.

5.10. Samráð gegn aðgerðum LÍÚ til að lækka verð

Frá því er sagt í ákvörðun samkeppnisráðs að í desember 2000 hafi olíufélögin haft samráð um hvernig þau myndu bregðast við nýrri samkeppni frá LÍÚ í sölu á

eldsneyti til fiskiskipa. Fyrir liggi að LÍÚ hefur um árabil gagnrýnt verðlagningu olíufélaganna á eldsneyti og talið hana óeðlilega háa miðað við verð í nágrennaríkjum. Olíufélögin hafi fjallað sín á milli um þessa gagnrýni á verðlagningu þeirra og er í ákvörðuninni nefnd nokkur dæmi um þetta, einkum frá árinu 1995 og 1998. Þar er einnig rakið að 15. júní 2000 hafi forstjóri Olís sent tölvupóst til forstjóra Skeljungu og OHF og greint frá því að í hann hefði hringt nýr framkvæmdastjóri LÍÚ. Samkeppnisráð telur ljóst að erindi framkvæmdastjórans hafi verið að ræða aðgerðir til að lækka verð á eldsneyti til skipa. Fram kemur að forstjórar olíufélaganna hafi hist á fundi 26. júní 2000 og síðan aftur 6. júlí 2000 og þá með framkvæmdastjóra LÍÚ til að ræða um erindi LÍÚ. Einnig er fram komið að þann 22. september 2000 hittust fulltrúar olíufélaganna hjá Olís til að ræða málefni LÍÚ og síðan aftur þann 29. september 2000 að viðstöddum fulltrúa LÍÚ. Ekki náðist þó samkomulag og leitaði LÍÚ þá m.a. til fyrirtækisins OW Icebunker (sem er að helmingi í sameiginlegri eigu olíufélaganna) eins og getið er um í ákvörðuninni. Að lokum náði LÍÚ samningum við fyrirtækið Malik sem selur olíu á úthafinu um kaup á olíu. Í tölvupósti sölustjóra stórnotenda OHF sem sendur var þann 14. desember 2000 til samstarfsmanna sinna kemur fram að samkvæmt „heimildum frá Vestmannaeyjum þá lofar LÍÚ þeim 5 kr lægra verði en okkar listaverð er nú.“

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að þann 15. desember 2000 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu, framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá Olís og framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda og sölustjóri á því sviði hjá OHF hist á fundi hjá OHF. Sölustjórinn hafi sent sama dag tölvupóst til forstjóra OHF og var efni hans sagt vera „Malik“. Í tölvupóstinum lýsi hann niðurstöðu fundarins með þessum hætti:

„Niðurstaða fundar KK, RB, JH og FS: Menn haldi haus og láti þetta mál ekki trufla sig. Við höfum ekki frumkvæði að því að vekja athygli á þessu við viðskiptamenn okkar með útskýringum umfram það sem fram hefur komið áður. Menn láti ekki hafa sig út í neinn verðslag heldur haldi sínu striki og ákvarði verð um næstu mánaðamót út frá sömu forsendum og hingað til. Annað væri vatn á myllu þeirra sem segja okkur fylgja hentistefnu í verðlagningu. Við munum að sjálfsögðu fylgjast með hverjir það eru sem munu kaupa olíuna úr skipinu. Mjög líklegt er að fréttamenn muni hlaupa upp til

handa og fóta þegar fréttist af skipinu og vera með uppákomu þegar farið verður að landa úr því. Talsmenn Ohf verði aðspurðir vel undirbúnir til að útskýra hvernig stendur á verðmun milli okkar listaverðs og þess verðs sem selt verður á úr skipinu. Þar gildir að sjálfsögðu að nota rökin um birgðaverðið, þjónustustigið, birgðaöryggið og aðgengi að olíunni hvar sem er á landinu.“

Höfundur tölvupóstsins hefur staðfest að á þessum fundi hafi fulltrúar olíufélaganna ákveðið sameiginlega að ekki væri ástæða til að bregðast við þessu framtaki LÍÚ með því að lækka verð og svipað hafi komið fram hjá framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá OHF.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur í samræmi við niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar að olíufélögin hafi hér haft með sér ólöglegt samráð sem var til þess fallið að hafa áhrif á verð til þess viðskiptaaðila sem hér um ræðir. Engu breytir um þetta þótt hann kunnir að hafa átt þátt í samvinnu olíufélaganna. Var þetta skýrt brot á 10. gr. samkeppnislaga.

5.11. Niðurstaða

Tafla yfir verðbreytingar olíufélaganna á helstu tegundum fljótandi eldsneytis á árinu 2000 hefur verið lögð fram í málinu. Hún sýnir að verðbreytingar voru nær allar þær sömu og áttu sér stað á sama degi. Í hinni kærðu ákvörðun er rakin samvinna olíufélaganna í verðlagsmálum eldsneytis á árinu 2000 og einstök gögn tilfærð sem að henni lúta. Þar að auki hefur verið gerð grein fyrir samstarfi olíufélaganna í ýmsum skyldum verðlagsmálum á árinu 2000. Þess er sérstaklega að geta að OHF hefur greint frá því að fram á árið 1997 hafi olíufélögin að meginreglu haft með sér samvinnu um verðlagningu á eldsneyti en eftir þann tíma hafi félögin „*ekki ræðst eins oft saman og áður*“, sbr. fyrrgreind skýrsla framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002. Framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá OHF, sem hóf störf 1998, hefur upplýst að hann hafi átt marga fundi á hverju ári með Olís og Skeljungu og á þeim fundum hafi umræður oft þróast út í verðlagningaráform. Framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá OHF, sem einnig hóf störf 1998, kveðst hafa haft á tilfinningunni að samtöl ættu sér stað milli olíufélaganna um verðlagsmál. Fyrir liggja upplýsingar frá OHF þar sem fram kemur

að innkaupastjóri eldsneytis hjá félaginu átti dagleg samskipti við yfirmenn verðlagsmála hjá Olís og Skeljungu. Jafnframt ber að líta til framburðar framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá Olís sem starfaði hjá félaginu frá árinu 1991 til ársloka 2000. Hann bar ábyrgð á verðlagningu eldsneytis fram á árið 1997 en eftir það hafi hann verið staðgengill í verðlagsmálum. Í málinu liggja fyrir gögn sem staðfesta að þessi framkvæmdastjóri Olís kom að verðlagsmálum á árunum 1997–2000. Framkvæmdastjórinn hefur í fyrsta lagi staðfest að olíufélögin hafi átt í reglubundnu samstarfi í verðlagningarmálum á meðan hann hafi borið ábyrgð á málaflokknum. Hann hefur einnig greint frá því að hann viti að á tímabilinu 1997–2000 hafi ekkert breyst í þessu samstarfi félaganna.

Samkvæmt þessu er það skoðun áfrýjunarnefndarinnar, í samræmi við það sem fyrr er rakið og að öðru leyti eins og nánar kemur fram í ákvörðun samkeppnisráðs, að olíufélögin þrjú hafi haft með sér víðtækt samráð um verðlagningu á eldsneytisvörum sínum á árinu 2000. Gögn málsins benda ekki til að þar hafi verið um einstök afmörkuð tilvik að ræða. Áfrýjunarnefndin hefur hér að framan gert grein fyrir því hvernig samráð olíufélaganna horfði við í einstökum atriðum.

6. Samráð um verðlagningu eldsneytis á árinu 2001

6.1. Atvik frá janúar til mars 2001

a. Í ákvörðun samkeppnisráðs er því lýst að þann 9. janúar 2001 hafi framkvæmdastjóri fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís sent eftirfarandi tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu:

„Ég viðraði í dag þá humynd við MÁ og Reyni að Icebunker yrði selt á meðaltali nokkurra daga, gegn því að fyrirfram yrði samið um magn og afhendingardaga sem þá yrði bindandi fyrir báða aðila, auk þess sem premian yrði hækkuð. Ég talaði svo við Gunnar Karl áðan, ég heyrði ekki annað á honum en þetta væri fyrirkomulag sem Shell gæti sætt sig við, en það er að sjálfsögðu eftir að klára að útfæra þetta. Ég hef ekki heyrt meira frá Esso.“

Samkeppnisráð telur að samkvæmt þessu hafi Olís, OHF og Skeljungur haft með sér samráð um verð á eldsneyti til OW Icebunker. Samkvæmt gögnum málsins átti framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF fund með framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís þann 10. janúar 2001 og gögnin sýna einnig mikil samskipti allra olíufélaganna á næstu vikum eftir það.

Áfrýjunarnefndin fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að olíufélögin hafi haft með sér ólöglegt samráð um verðlagningu eldsneytis sem selt var til fyrirtækisins OW Icebunker. Í því efni skiptir ekki máli þó olíufélögin hafi átt þetta fyrirtæki í sameiningu. Jafnframt verður að fallast á það með samkeppnisráði að fyrirtækið hafi a.m.k. að hluta til starfað á þeim markaði sem mál þetta tekur til.

b. Í ákvörðun samkeppnisráðs er rætt um að þann 21. febrúar 2001 hafi forstjóri Þorbjarnar Fiskaness í Grindavík sent tölvupóst til forstjóra Olís og greint honum frá því að honum hefði verið falið að hafa samband við helstu viðskiptaaðila fyrirtækja í Grindavík og óska eftir stuðningi þeirra við knattspyrnuuppbyggingu á staðnum. Var óskað eftir því að stuðningurinn yrði í formi hlutafjárframlags í nýtt félag um þetta málefni. Innan Olís kom þetta fram í tölvupóstssvari framkvæmdastjóra stórnotenda þann 21. febrúar 2001:

„Það er spurning hvort við ættum ekki að stilla viðbrögð okkar af í samræmi við Skeljung. Það verður trúlega sótt á þá líka og til að missa þetta ekki í kapphlaup um vinsældir hjá Þorbirni tel ég að við ættum að ihuga hvað hinir hafa hugsað sér. (...) Mín skoðun er að við ættum að reyna komast hjá þessu hlutafjárframlagi og stilla öðrum stuðningi saman við Skeljung.“

Síðan er upplýst að OHF hafi veitt Olís upplýsingar um að fyrirtækið myndi ekki veita frekari styrki vegna íþróttamála í Grindavík og einnig um önnur atriði sem teljast til samkeppnislegra málefna. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að olíufélögin Olís og OHF hafi haft með sér ólöglegt samráð um styrkveitingar umrætt sinn og skipst á upplýsingum andstætt 10. gr. samkeppnislaga eins og nánar er greint í ákvörðuninni. Ekkert er hins vegar komið fram um þátt Skeljungs í þessum verknaði.

c. Í ákvörðun samkeppnisráðs er rætt um að þann 5. mars 2001 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórvíðskipta hjá Skeljungu sent tölvupóst til aðstoðarforstjóra félagsins og greint frá því að hann hefði heyrt að SR-mjöl væri að „*hnippa*“ í hin olíufélögin varðandi afslátt á svartolíu og spurði hvort hann hefði heyrt frá SR-mjöli. Aðstoðarforstjórinn hafi svarað og kvaðst ekkert hafa heyrt. Jafnframt hafi hann spurt framkvæmdastjórann hvort SR-mjöl væri ekki enn með tiltekinn afslátt. Framkvæmdastjórinn svaraði þeim tölvupósti og staðfesti að SR-mjöl væri enn með þann afslátt. Framkvæmdastjórinn greindi einnig frá því að hann ætti fund með hinum olíufélögunum síðar þennan dag og hann myndi fara yfir þetta afsláttarmál SR-mjöls með þeim. Í ákvörðuninni segir að samkvæmt tölvudagbók sölustjóra á stórnotendasviði hjá OHF hafi hann verið skráður á fund hjá Olís kl. 16:00 þennan dag.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir þeirri ályktun að hér hafi Skeljungur fengið vitneskju um að SR-mjöl væri að biðja hin félögin um afslátt og því viljað hafa samband við hin olíufélögin. Þegar þess er gætt að olíufélögin höfðu haft með sér verðsamráð varðandi fyrri beiðnir SR-mjöls um afslátt, (sbr. 5.2.) og önnur gögn málsins virt má staðfesta þá niðurstöðu samkeppnisráðs að hér hafi verið um að ræða áframhaldandi ólöglegt samráð olíufélaganna um afslátt til SR-mjöls.

d. Í ákvörðun samkeppnisráðs er rætt um samráð varðandi takmörkun á framboði af svartolíu milli olíufélaganna Skeljungs og OHF. Í athugasemdum OHF hefur komið fram að þarna hafi stefnt í að svartolía yrði uppurin áður en næsti farmur kæmi. Umrætt samráð telst brot á 10. gr. samkeppnislaga og taka má undir það með samkeppnisráði að þegar sérstakar ástæður eru fyrir hendi ber að leita undanþágu samkvæmt 16. gr. laganna.

e. Í ákvörðun samkeppnisráðs er vikið að því að klukkan 9:27 þann 29. mars 2001 hafi framkvæmdastjóri fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís sent tölvupóst til forstjóra félagsins. Efni tölvupóstsins var „*verðlagsmál*“ og hljóðaði svo: „*Ég þurfti óvænt að skjótast heim. Verðútreikningurinn er á borðinu þínu. Ég hittu BB í hádeginu í dag.*“ Þá er rakið að samkvæmt tölvudagbók framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar hjá Olís hafi hann verið bókaður á innflutningsfund í hádeginu

þennan dag. Klukkan 13:16 þennan sama dag hafi forstjóri Olís sent tölvupóst til m.a. framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu þar sem greint var frá því að framkvæmdastjóri fjárfestingar og áhættustýringar „*var að segja mér frá hann hefði verið að ganga eftir við Reyni í Shell í hverju aukining þeirra lægi í svartolíu.*“ Hafi forstjórinn síðan greint frá því hvaða svar um þetta samkeppnismálefni forstöðumaðurinn hjá Skeljungu hefði veitt. Enn fremur er vikið að því að framkvæmdastjórar markaðssviða smásölu hjá olíufélagunum þremur hafi hist á fundi frá kl. 14:00–15:00 þann 30. mars 2001 og rætt a.m.k. um samreknar bensínstöðvar félaganna. Loks er sagt að klukkan 16:48 þann 30. mars 2001 hafi OHF tilkynnt um verðhækkun á eldsneyti og að öll olíufélögin hafi hækkað verð á fljótandi eldsneyti þann 1. apríl 2001 um nákvæmlega sömu fjárhæð. Samkeppnisráð hefur fært fram fleiri gögn máli sínu til stuðnings en þeirra verður ekki getið nánar hér.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur gögn málsins gefa næga vísbendingu um að umræddur fundur hafi verið haldinn í hádeginu þann 29. mars 2001 og hann hafi setið fyrirvarsmenn olíufélaganna sem báru ábyrgð á verðlagsmálum þeirra eða önnuðust verðbreytingar. Fallast má á rök samkeppnisráðs fyrir því að sannað sé að olíufélögin þrjú hafi haft með sér ólöglegt samráð um umrædda verðhækkun á eldsneyti.

f. Samkeppnisráð telur að á fundi framkvæmdastjórnar OHF þann 3. apríl 2001 hafi m.a. verið rætt um rekstur á bensínstöðvum OHF og nauðsyn á að draga úr kostnaði. Eftirfarandi hafi verið m.a. bókað í því samhengi: „*Fækkun útimanna en ath. þar er um að ræða sameiginlegt verkefni allra olíufélaganna og verður ekki gert nema í samvinnu við hin félögin.*“ Framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá OHF hefur greint Samkeppnisstofnun frá því á fundi með stofnuninni þann 9. apríl 2002 að hann kannist við „*að hafa rætt þessi mál við hin félögin og þá út frá kostnaði. Menn hefðu t.d. rætt hvað væri unnt að lækka verð ef útimenn hættu. Hann kvaðst hafa skynjað að það væri ekki endilega viðhorf hinna félaganna að leggja niður útimenn.*“

Þrátt fyrir vísbendingar um að þarna hafi einhverjar upplýsingar farið fram milli olíufélaganna þykja gögn málsins of óljós til að fullyrða að þarna hafi farið fram ólöglegt samráð um verð eða þjónustu þeirra. Áfrýjendur verða því ekki sakfelldir fyrir þann verknað sem þeir eru hér sakaðir um.

6.2 Gagnaeyðing, „verðstríð“ og önnur atvik í apríl og maí 2001

a. Í hinni kærðu ákvörðun er rætt um verðhækkanir á eldsneyti í byrjun maí 2001 og byrjun júní sama ár. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfestir þá niðurstöðu samkeppnisráðs með vísan til forsendna hennar að olúfélögin OHF og Olís hafi haft ólöglegt samráð um verðhækkun á eldsneyti í byrjun maí 2001. Í hinni kærðu ákvörðun er greint frá atviki sem sagt er hafa gerst milli Orkunnar og Olís og er svo að skilja að þar hafi ólöglegt samráð átt sér stað um eldsneytisverð. Gögn málsins eru þó svo ófullkomin að áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sér ekki fært að staðfesta þá niðurstöðu. Af sömu ástæðu telst einnig ósannað í málinu að olúfélögin hafi haft með sér samráð um þá verðhækkun eldsneytis sem varð í byrjun júní 2001. Um Orkuna er fjallað sérstaklega í II. hluta úrskurðar þessa.

b. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að þann 10. maí 2001 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá OHF sent tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviða smásölu hjá Olís og Skeljungu og greint frá því að frá og með 1. maí 2001 hefði OHF hækkað sölulaun til umboðsmanna félaganna úr 3,90 kr./ltr. í 4 kr./ltr. Framkvæmdastjórinn hafi vísað til þess að samkvæmt samningi félaganna um samreknar stöðvar skuli leita eftir samþykki hinna félaganna áður en sölulaunum er breytt. Óskaði framkvæmdastjórinn eftir samþykki Olís og Skeljungs á þessari breytingu. Skeljungur svaraði og sagðist ekki telja tímabært að hækka sölulaun og félagið vilji halda þeim óbreyttum á sameiginlegum stöðvum félaganna. Olís virðist hafa verið sömu skoðunar. Í athugasemdum OHF við frumathugun II staðfestir félagið að hafa haft samstarf við Olís og Skeljung varðandi ákvörðun sölulauna á þeim bensínstöðvum sem félagin ráku saman. Hins vegar sé því mótmælt að ákvörðun sölulauna sé hluti verðlagningu eldsneytis.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að sölulaun þau sem hér um ræðir myndi kostnaðarþátt í verði viðkomandi vöru. Sammæli olúfélaganna um þetta atriði er því til þess fallið að hafa áhrif á verð viðkomandi vöru. Af því leiðir að um er að ræða samráð sem brýtur í bága við ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

6.3. Framkvæmd á samkomulagi um að hækka verð á gasolíu og umræður um afgreiðslugjöld, verðlagningu til bænda o.fl.

a. Greint er frá því í ákvörðun samkeppnisráðs að forstjóri OHF og framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu hafi átt fund í apríl 2000 með forstjóra Olís og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá því félagi þar sem rætt hafi verið m.a. um tankaverð og afgreiðslugjöld. Enn fremur er frá því greint að framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá OHF hafi upplýst Samkeppnisstofnun, á fundi hjá stofnuninni þann 16. apríl 2002 að á fundinum í apríl 2000 hafi félögin bæði samþykkt að stefna að því að taka upp afgreiðslugjöld. Það hafi hins vegar aldrei komist í framkvæmd og hefði málið því fjarað út.

Samkeppnisráð telur ekki rétt að samþykktin hafi fjarað út heldur hafi umræður um hana haldið áfram. Hefur ráðið bent á að meðal gagna málsins sé fundargerð framkvæmdastjórnar OHF frá 3. apríl 2001 þar sem er að finna eftirfarandi bókun:

„RB fór yfir aðgerðir á sínu sviði:

160 kr. seðilsgjald (greiðslugjald) hefur verið sett á. Olís innheimtir 130 kr. og Skeljungur 161 kr..

Afgreiðslugjaldið er ekki tilbúið, en stefnt er að því að senda út tilkynningu um næstu mánaðarmót og gjaldið síðan sett á í byrjun júní. Gjaldið á að dekkja verðlagningu frá birgðastöð enda er gjaldið byggt á taxta Ólíudreifingar. RB benti þó á að taxti lægi ekki endanlega fyrir.“

Þá hefur samkeppnisráð bent á fund forstjóra Olís og forstjóra OHF 14. júní 2001 og síðan á efnisatriði í verkefnalista þeim sem lagður var fram á fundi framkvæmdastjórnar OHF að Geysi í Haukadal þann 1. og 2. júlí 2001. OHF hefur viðurkennt að félagið hafi rætt við hin olíufélögin um nauðsyn þess að taka upp gjöld sem svara til þess kostnaðar sem hlýst af því að þjónusta bændur með heimatanka.

Með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar staðfestir áfrýjunarnefndin að ólöglegt samráð hafi átt sér stað milli olíufélaganna OHF og Olís um svonefnt afgreiðslugjald. Í því sambandi ber sérstaklega að nefna að í 5.3. var greint frá fundi sem forstjóri OHF og framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hjá félaginu áttu í apríl 2000 með forstjóra Olís og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá því

félagi. Á þeim fundi var m.a. rætt um tankaverð og afgreiðslugjöld. Ekki er hins vegar sannað að Skeljungur hafi tekið þátt í þessu samstarfi. Þá þykja gögn málsins ekki gefa næga vísbendingu um að olúfélögin hafi haft með sér ólöglegt samráð varðandi seðilgjald (einnig nefnt útskriftar-, greiðslu- eða færslugjald) árið 2001.

b. Í hinni kærðu ákvörðun er að finna umfjöllun um verðbreytingar olúfélaganna á eldsneyti 1. ágúst 2001 en þá virðist verðmunur milli almenns gasolíuverðs og gasolíu frá söludælu hafa minnkað. Gögn hafa ekki verið lögð fram sem styrkja þá fullyrðingu samkeppnisráðs að umræddar breytingar stöfuðu af samráði olúfélaganna. Það nægir ekki að benda á að samráð hafi verið haft áður í öðrum sambærilegum tilvikum og heldur ekki að sum atvik málsins benda ótvírætt til þess að einhverjum gögnum hafi verið eytt. Verður því ekki fallist á það með samkeppnisráði að ólöglegt samráð olúfélaganna hafi átt sér stað eða komið til framkvæmda þann 1. ágúst 2001.

6.4. Atvik frá júní til desember 2001

a. Í hinni kærðu ákvörðun er þess getið um vorið 2001 hafi Skeljungur byrjað að flytja inn nýja bensíntegund, svonefnt V-Power bensín og þann 30. maí 2001 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent tölvupóst til starfsbróður síns hjá OHF. Í tölvupóstinum komi fram ýmsar vangaveltur um þessar aðgerðir Skeljungs og fjallað hafi verið um viðbrögð Olís. Framkvæmdastjórinn hjá OHF hafi síðan framsent þennan tölvupóst til starfsmanna markaðsdeildar OHF. Síðan, þann 9. júlí 2001, hafi sami aðili hjá Olís sent annan tölvupóst um sama efni til OHF. Jafnframt kemur fram í gögnum málsins að stjórnendur OHF og Olís hafi átt í viðræðum um þetta mál.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á það með samkeppnisráði að samskipti OHF og Olís sem í málinu greinir um viðbrögð við nýrri vöru af hálfu keppinautar feli í sér ólöglegt samráð. Gagnkvæm upplýsingaskipti af þessu tagi eru til þess fallin að raska samkeppni og fer þessi háttsemi í bága við ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

b. Í hinni kærðu ákvörðun er að finna umfjöllun um ólöglega verðlagningu á white spirit milli Olís og Skeljungs. Meðal annars er vitnað í tölvupóst 26. júlí 2001 innan Olís og afritað tölvuskjal „Yfirlit yfir helstu aðgerðir“. Þessu til frekari áréttingar sýni gögn málsins, þ.e. kafli IV 1.5. í hinni kærðu ákvörðun, að Olís og Skeljungur hafi

haft með sér samstarf í árlegum útboðum eða verðkönnunum Vegagerðarinnar á white spirit frá 1994-2001. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur tilfærð gögn nægjanleg til þeirrar ályktunar að Olís og Skeljungur hafi haft með sér ólöglegt samráð um verðlagningu á white spirit með þeim hætti sem greint er í hinni kærðu ákvörðun.

c. Þess er getið að þann 13. september 2001 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Skeljungu sent tölvupóst til m.a. forstjóra og aðstoðarforstjóra félagsins. Í tölvupóstinum sagðist hann hafa séð á leið sinni um Grafarvoginn að Olís byði 5 kr. í afslátt í sjálfsafgreiðslu á Gullinbrú. Rakin eru frekari viðbrögð fyrirsvaramanna Skeljungs við þessu og meðal annars hafi forstjóri félagsins beðið starfsmann sinn um að hafa samband við starfsbróður sinn hjá Olís og spyrja hvað um væri að vera.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að sönnunargögn um þetta atriði séu of veik til þeirrar ályktunar samkeppnisráðs að þarna hafi verið um að ræða samráð Skeljungs og Olís sem væri hluti af samfelldu samráði allra olíufélaganna.

d. Í hinni kærðu ákvörðun er að finna umfjöllun um skilagjald á 5 lítra bensínbrúsum og á verði á tiltekinni tegund rafgeyma. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að olíufélögin Skeljungur og Olís hafi haft með sér ólöglegt samráð varðandi skilagjald á umræddum bensínbrúsum en telur að gögn skorti fyrir samsvarandi ályktun varðandi rafgeyma.

e. Af hálfu samkeppnisráðs er talið að olíufélögin hafi haft með sér samráð um verðbreytingar á eldsneyti í kringum mánaðarmótin október/nóvember 2001. Lýsing samkeppnisráðs á þessu kemur nánar fram í hinni kærðu ákvörðun og verður hún ekki rakin hér.

OHF telur að einhver samskipti hafi átt sér stað milli olíufélaganna í aðdraganda þessarar verðbreytingar en telur þó að engar viðræður hafi átt sér stað um verð.

Með skírskotun til þeirra raka sem færð eru fram í hinni kærðu ákvörðun telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að staðfesta megi þá niðurstöðu sem þar kemur fram.

f. Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að þann 14. nóvember 2001 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent tölvupóst til framkvæmdastjóra markaðssviða smásölu hjá Skeljungu og OHF. Í tölvupóstinum tilgreini hann verð á rúðuhreinsi hjá Olís, OHF og Skeljungu þennan dag. Þar kemur fram verðsamaburður á rúðuhreinsi hjá félögunum. Var þetta sent OHF og Skeljungu „*til fróðleiks*“. Framkvæmdastjórinn hjá Skeljungu svaraði og sagðist ekki hafa áhuga á að fá þessar upplýsingar frá keppinauti. Framkvæmdastjórinn hjá OHF áframsendi hins vegar þennan tölvupóst til tveggja starfsmanna félagsins og bað þá jafnframt um að „*eyða skeytinu*“. Fram kemur einnig að OHF hafi verið búið að hækka rúðuhreinsi tveimur dögum seinna.

Með skírskotun til þeirra raka sem færð eru fram í hinni kærðu ákvörðun telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að staðfesta megi þá niðurstöðu samkeppnisráðs að olíufélagin OHF og Olís hafi haft með sér ólöglegt verðsamráð en á hinn bóginn ekki Skeljungur.

g. Af hálfu samkeppnisráðs er talið að olíufélagin hafi haft með sér samráð um verðbreytingar á eldsneyti í kringum mánaðamótin nóvember/desember 2001. Atburðarrásinni er lýst í hinni kærðu ákvörðun og verður hún ekki rakin hér.

Sú lækkun á eldsneyti sem hér var ákveðin var sú sama í öllum tilvikum. Atburðarrásin gefur sterklega til kynna að yfirmenn verðlagsmála hjá Skeljungu og OHF hafi haft samband sín á milli enda kom nákvæmlega sama verðlækkun eldsneytis fram í gögnum Skeljungs og OHF. Þá er og ljóst samkvæmt gögnum málsins að ekki lágu fyrir neinar opinberar upplýsingar um verðlagningaráform olíufélaganna er þau greindu hvert fyrir sig innanhúss frá nákvæmlega sömu verðbreytingum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að fram séu komin nægjanleg gögn fyrir því að öll olíufélagin þrjú hafi hér haft með sér ólöglegt samráð um hækkun eldsneytis.

6.5. Tilraunir olíufélaganna til að hækka verð í Færeyjum

Í hinni kærðu ákvörðun er hér leitast við að sýna fram á LÍÚ hafi um árábil gagnrýnt verðlagningu olíufélaganna á eldsneyti til fiskiskipa og talið hana óeðlilega háa miðað við verð í nágrennaríkjum. Í því sambandi hafi oft verið vísað til verðs á olíu í

Færeyjum og fullyrt að verðið sé mun hagstæðara þar. Olíufélögin hafi m.a. af þessum sökum ákveðið að grípa til aðgerða í því skyni að hækka verð til íslenskra skipa í Færeyjum til að vinna gegn verðlækkunum hér á landi. Hafi þær aðgerðir beinst að erlendu olíufélögunum Statoil og Shell sem bæði stunda olíusölu í Færeyjum. Jafnframt hafi Statoil verið mikilvægur olíubirgir íslensku olíufélaganna. Aðgerðir þessar hafi náð hámarki árið 2001. Í ákvörðuninni er síðan vikið að ýmsum gögnum sem sýna að olíufélögin hafi haft talsverðar áhyggjur af þessari þróun. Sem eitt dæmi um þetta er nefnt í hinni kærðu ákvörðun að þann 17. september 2001 hafi forstöðumaður á markaðssviði stórviðskipta hjá Skeljungi sent af gefnu tilefni tölvupóst til framkvæmdastjóra sviðsins og forstjóra félagsins þar sem sagði:

„Ég legg til að nú verði haft samband við forstjóra Danska Shell af okkar hálfu og Olíufélagið hafi samband við Statoil í Noregi, og ræða alvarlega verðmyndun þessar félag í Færeyjum. Það virðis ríkja allgjört stríð á milli þessara aðila í Færeyjum og þeir geti ekkert talað saman. Þessvegna þarf að fara þessa leið. Ég er með fund á morgun hérna í húsi, með manni frá Olíufélaginu og Olís, varðandi erlendu sölnuna. Ég gæti þrýst á hann að ræða þessi mál við Geir.“

Síðan er sagt frá því að fulltrúar Statoil hafi komið til Íslands í október 2001 til þess að ræða við íslensku olíufélögin um m.a. möguleg kaup þeirra á olíu frá fyrirtækinu. Þann 18. október 2001 hafi Statoil átt fund með annars vegar Olís og OHF og hins vegar með Skeljungi. Forstjórar OHF og Olís hafi hist á fundi 15. október 2001 og rætt Statoil. Forstjórar olíufélaganna þriggja hafi síðan hist á fundi þann 17. október 2001. Skömmu eftir þann fund sendi forstjóri OHF tölvupóst til forstjóra Olís og bað hann að velta fyrir sér mögulegum viðbrögðum Statoil ef félögin myndu ekkert kaupa af hinu erlenda félagi, m.a. hvort Statoil myndi eitthvað bregðast við á íslenska markaðnum. Af þessum tölvupósti og eftirfarandi umfjöllun telur samkeppnisráð að forstjórar félaganna þriggja hafi á fundinum 17. október 2001 lagt línurnar varðandi aðgerðir gegn Statoil. Loks hefur samkeppnisráð rakið nokkur önnur gögn sem eiga að sýna að olíufélögin hafi með samstilltu átaki sett það skilyrði fyrir áframhaldandi viðskiptum við Statoil að félagið myndi beita sér varðandi verðlagningu í Færeyjum. Það hafi síðan gengið eftir. Meðal slíkra gagna málsins er fundargerð sem lýsir fundi OHF og Olís með Statoil 18. október 2001 sem nánar er rakin í ákvörðuninni og

tölvupóstur frá 25. október 2001 sem forstöðumaður innkaupasviðs hjá Skeljungu sendi Poul Möller hjá Statoil sem er svohljóðandi:

„Any news from your side on the issue we discussed concerning the Faroes Islands and the Icelandic fishing vessels? It is necessary to have that issue finalized before we continue on the supply issue for 2002. I know that Esso is also waiting for a response from you. (...)“

Auk framangreinds hefur forstjóri OHF staðfest á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002 að olíufélögin þrjú hafi haft með sér samvinnu vegna verðlagningar í Færeyjum og það sama hefur efnislega komið fram hjá forstjóra Olís á fundi með Samkeppnisstofnun þann 4. desember 2002.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á það með samkeppnisráði að gögn málsins sýni að olíufélögin hafi a.m.k. frá árinu 1998 sameiginlega fjallað um verð á eldsneyti til íslenskra skipa í Færeyjum og leitað leiða til að fá það verð hækkað. Á árinu 2001 hittust forstjórar olíufélaganna fyrir fund þeirra með Statoil. Þá verður einnig að telja sannað að olíufélögin hafi sameiginlega ákveðið að gera það að skilyrði fyrir viðskiptum við Statoil að það fyrirtæki myndi beita sér fyrir því að verð til íslenskra skipa í Færeyjum yrði hækkað og að því hafi verið hrint í framkvæmd með aðstoð Statoil. Þau rök sem olíufélögin tefla fram fyrir markaðshegðun sinni lúta að því að undirboð hafi verið í gangi og að þau hafi orðið fyrir óréttmætri gagnrýni af þeim sökum. Slík rök réttlæta ekki að gripið sé til ólögmeats samráðs í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Þá er og enginn vafi á því að aðgerðir olíufélaganna voru til þess fallnar að hafa áhrif á verð á eldsneyti hér á landi. Með þessum athugasemdum má staðfesta niðurstöðu samkeppnisráðs um þetta atriði.

6.6. Upplýsingaskipti olíufélaganna um sölu á eldsneyti

Hér er gerð grein fyrir upplýsingaskiptum olíufélaganna á árunum 1993-2001 um hvers konar málefni sem almennt hafa áhrif á samkeppni. Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að fram á árið 1997 hafi það verið regla að olíufélögin þrjú hafi skipst mánaðarlega á upplýsingum um sölu hvers annars á öllum tegundum eldsneytis. Hafi þetta verið gert með þeim hætti að símbréf voru send milli félaganna með þessum upplýsingum. Um mitt ár 1997 hafi komið upp ágreiningur og hafi Skeljungur slitið

Þessu samstarfi félaganna. Félagið hafi þó haldið áfram að skiptast á upplýsingum við hin félögin um sölu svartolíu. Þetta samstarf hafi hins vegar haldist áfram milli OHF og Olís þó þannig að í september 1997 skiptust félögin á þessum upplýsingum munnlega. Forstjóri OHF og framkvæmdastjóri markaðssviðs stórnotenda hafa staðfest á fundi með Samkeppnisstofnun þann 16. apríl 2002 að olíufélögin hafi lengi skipst mánaðarlega á skriflegum upplýsingum um sölu á eldsneyti. Skeljungur hafi síðan hætt þessum reglubundnu upplýsingaskiptum. Svipað hafi komið fram hjá forstjóra Olís og framkvæmdastjóra fjárfestingar og áhættustýringar á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 4. desember 2002. Gögn málsins benda til þess að upplýsingagjöfin hafi verið býsna nákvæm.

Áfrýjunarnefndin er þeirrar skoðunar að nákvæm upplýsingaskipti um nýlegar og áætlaðar sölu ásamt skýringum á þeim á milli samkeppnisaðila séu til þess fallnar að takmarka samkeppni. Það á sérstaklega við á fákeppnismarkaði eins og þeim sem hér um ræðir. Samstarf olíufélaganna um innflutning réttlætir ekki slíkt samráð. Ef olíufélögin töldu samvinnu um upplýsingar nauðsynlegar af öðrum orsökum bar að leita undanþágu samkvæmt ákvæðum 16. gr. samkeppnislaga. Fallast má á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að sannað sé að olíufélögin OHF og Olís hafi haft með sér reglubundin upplýsingaskipti á árunum 1996-2001 og fór það gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga. Eins og samkeppnisráð bendir á tók Skeljungur einnig þátt í þessum upplýsingaskiptum en þó með takmarkaðri hætti en OHF og Olís frá árinu 1997.

6.7. „Leyniþjónusta“ Olíudreifingar

Olíudreifing (ODR) er félag í eigu OHF og Olís og annast birgðahald og dreifingu á eldsneyti fyrir fyrirtækin. Samkeppnisráð telur gögn málsins sýna að það fyrirtæki hafi aflað og miðlað viðkvæmum viðskiptalegum upplýsingum til eigenda sinna. Þessi starfsemi hafi verið nefnd innan OHF „leyniþjónusta“ ODR. Í ákvörðuninni eru síðan nefnd nokkur dæmi til staðfestingar á þessu. Er þar einkum um að ræða öflun og miðlun upplýsinga til Olís og OHF varðandi starfsemi Skeljungs en önnur upplýsingagjöf er einnig tilfærð. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að umrædd dæmi sýni að öflun og miðlun upplýsinga hafi þarna átt sér stað um atriði sem skipta máli í samkeppnislegu tilliti. Telja verður að OHF og Olís hafi haft samvinnu um öflun og dreifingu þessara upplýsinga. Telst slíkt brot á 10. gr. samkeppnislaga.

6.8. Niðurstaða

Tafla yfir verðbreytingar olíufélaganna á fljótandi eldsneyti árið 2001 hefur verið lögð fram í málinu. Hún sýnir mikið samræmi í verðbreytingum þeirra á ýmsum eldsneytistegundum sem voru í flestum tilvikum þær sömu og bar auk þess upp á sama dag. Samkeppnisstofnun vísar til fyrri umfjöllunar um samvinnu olíufélaganna um verðlagsmál og meðal annars að OHF hafi greint frá því að fram á árið 1997 hafi olíufélögin að meginreglu haft með sér samvinnu um verðlagningu á eldsneyti en eftir þann tíma hafi félögin „*ekki ræðst eins oft saman og áður*“, sbr. fyrrgreind skýrsla framkvæmdastjóra fjármálasviðs OHF á fundi með Samkeppnisstofnun þann 3. desember 2002. Framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá OHF hefur upplýst að honum væri kunnugt um dæmi þess að upplýsingar sem Olís hafi fengið frá OHF um fyrirhugaðar verðbreytingar hafi borist til Skeljungs. Vorið 1997 hafi nýr maður tekið við verðlagningarmálum hjá félaginu og eftir það hafi slíkum samskiptum „*að mestu*“ verið hætt. Þessi starfsmaður Olís hafi hins vegar verið í miklum samskiptum við hin félögin í tengslum við sameiginleg innkaup á eldsneyti og á þeim fundum hafi félögin yfirleitt reynt „*að fiska*“ hvert annað um verðlagningaráform.

Samkeppnisráð hefur tekið saman nokkur atriði varðandi verðbreytingar á bifreiðaeldsneyti frá 1993 til febrúar 1996 annars vegar og hins vegar frá apríl 1996 til desember 2001. Enn fremur hefur ráðið tekið saman samsvarandi verðbreytingar á gasolíu, skipagasolíu og svartolíu frá 1993 til desember 2001. Helstu niðurstöður samkeppnisráðs eru þær að mikil samsvörun hafi átt sér stað varðandi verðhækkanir, tímasetningu þeirra og önnur atriði sem máli skipta. Samanburður á verðlistum olíufélaganna styðji ekki þá skoðun að verulega hafi dregið úr samstarfi þeirra í verðlagsmálum á árinu 1997 eða síðar þannig að eðlisbreyting hafi orðið.

Það er skoðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála, í samræmi við það sem kemur nánar fram í ákvörðun samkeppnisráðs, að olíufélögin hafi haft með sér víðtækt samráð um verðlagningu á eldsneytisvörum sínum á árinu 2001. Engin trúverðug rök hafa verið færð fram fyrir því að eðlileg markaðslögmál skýri framangreindar verðbreytingar miðað við þau gögn sem færð hafa verið fram í málinu. Gögn málsins benda heldur ekki til að þar hafi verið um einstök afmörkuð tilvik að ræða. Áfrýjunarnefndin hefur

hér að framan gert grein fyrir því hvernig samráð olíufélaganna horfði við í einstökum atriðum.

7. Samráð um verðlagningu á smurolíu

7.1. Aðgerðir til að koma Bílanausti út af smurolíumarkaðnum

Samkeppnisráð telur að í gögnum málsins sé að finna skýrar vísbendingar um að olíufélögin hafi haft með sér margs konar samstarf sem miðað hafi að því að takmarka samkeppni í sölu á smurolíu og hækka verð á þeirri vöru.

a. Í hinni kærðu ákvörðun er bent á að í málinu sé að finna handskrifað minnisblað frá framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF sem sé dagsett 3. janúar 1995 og lýsi fundi framkvæmdastjóra markaðssviða olíufélaganna þriggja. Á fundinum hafi m.a. verið ákveðið að hækka 92 oktana bensín um 1 kr. og síðan er bókað undir 4. lið: „*Bílanaust mál: Rætt að fá þá til að hætta við Comma olíur*“. Comma olíur eru sagðar smurolíur sem fyrirtækið Bílanaust hefur selt í samkeppni við olíufélögin. Gögn málsins sýni einnig að þessir sömu framkvæmdastjórar hafi hist 11. september 1996 og að samkvæmt fundargerð starfsmanns Skeljungs hafi verið rætt um samkeppnina frá Bílanausti.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur gögn málsins veita nægar vísbendingar um það að olíufélögin hafi hér haft ólöglegt samráð um að reyna að eyða eða minnka samkeppni frá fyrirtækinu Bílanaust.

b. Þess er einnig getið í hinni kærðu ákvörðun að á árinu 1995 hafi olíufélögin haft með sér samstarf varðandi söfnun úrgangsolíu í samvinnu við fyrirtækið Uppdælingu. Fyrir liggur m.a. bréf frá OHF til Olís og Skeljungs frá 9. maí 1995. Þar er vísað til fyrri umræðna um gjaldtöku við söfnun úrgangsolíu og gerð tillaga um framkvæmd á söfnun á olíu frá öðrum en föstum viðskiptavinum. Þriðji liðurinn í tillögunni er að Uppdæling fái lista yfir þau fyrirtæki sem kaupi smurolíur hjá öðrum aðilum en olíufélögunum og „*neiti að taka úrgangsolíu frá slíkum aðilum*.“ Síðan er greint frá því að OHF myndi senda Uppdælingu slíkan lista og sé þess vænst að Olís og Skeljungur geri það sama. Olís svaraði með bréfi frá 24. maí 1995. Í bréfi Olís er

greint frá samtali starfsmanns fyrirtækisins við starfsmann Uppdælingar. Þar hafi m.a. komið fram að Uppdæling tæki „*ekki olíu frá neinum öðrum en þeim sem hann telur sig hafa vissu fyrir að séu viðskiptavinir olíufélaganna*“. Jafnframt er í bréfinu listað upp hverjir séu keppinautar olíufélaganna í smurolúsölu og greint frá því að Uppdæling hafi ekki heyrt frá Bílanausti í eitt ár. Sagt er að Uppdæling vilji að tekið verði fram í samningi við olíufélögin hverjir séu viðskiptavinir. Skeljungur svaraði bréfi OHF með tölvupósti til OHF og Olís. Þar kemur fram að Skeljungur geri engar athugasemdir við tillögur OHF og muni standa eins að málum. Síðan segir í tölvupóstinum:

„þó er gerð sú athugasemd, að við teljum að Það geti verið óheppilegt að neita að taka við úrgangsolíu frá öðrum. Við erum frekar á því að fyrir Það verði tekið mjöðög riflegt gjald (...).“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísar hér til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar og telur sönnunargögn næg til þeirrar ályktunar að olíufélögin hafi hér haft samráð um að draga úr samkeppni í smurolúsölu og undirbúa jarðveg fyrir verðhækkanir. Í því sambandi skiptir engu máli þótt aðgerðir olíufélaganna hafi beinst að fyrirtækinu Uppdælingu þar sem um var að ræða aðgerð sem var til þess fallin að takmarka samkeppni.

c. Gögn málsins gefi til kynna að fundur hafi verið haldinn um miðjan janúar 1997 milli allra olíufélaganna þriggja þar sem rætt var um verðlagsmál smurolíu og aðgerðir til að draga úr samkeppni frá fyrirtækinu Bílanausti. Í ákvörðun samkeppnisráðs er rakinn tölvupóstur sem framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sendi þann 14. janúar 1997 til m.a. forstjóra félagsins og framkvæmdastjóra markaðssviðs hjá OHF og framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu. Þar kemur m.a. fram að höfundur tölvupóstsins hafði átt fund með Bílanausti og komið fram með tiltekna tillögu og sagst „*myndu í framhaldi af fundinum gefa esso og shell merki um að þeir væru að skoða þetta og málið rætt áfram í febrúar.*“ Rétt er og að geta tölvupósts sem framkvæmdastjóri markaðssviðs hjá OHF sendi m.a. til forstjóra félagsins þann 15. janúar 1997:

„Trúnaðarmál: Thomas Möller ræddi við Bílanaust, fyrir hönd Olís vitanlega, en með “hint” um það að hann væri til í að ræða við Skeljung og Oliufélagið, ef Bílanaust hætti með Comma. Þetta er í raun forsenda þess að við getum náð hærri framlegð út úr smurolíunum. Við skulum vera viðbúnir, Þórarinn, að tala við Bílanaust á “mjúkum nótum” ef þeir eru að draga sig út úr smurolíu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísar til umræddra gagna og að öðru leyti til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar. Áfrýjunarnefndin telur fyrirliggjandi sönnunargögn nægja til þeirrar ályktunar að oliufélögin hafi hér haft ólögmeitt samráð um að minnka eða hindra samkeppni frá fyrirtækinu Bílanausti.

7.2. Atvik á árinu 1998

Í hinni kærðu ákvörðun er lýst ýmsum samskiptum oliufélaganna varðandi verðhækkun á smurolíu á árinu 1998. Þess er m.a. getið að framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Skeljungi hafi átt fund 29. október 1998 með framkvæmdastjóra markaðssviðs Olís og sölustjóra stórnotendasviðs hjá OHF. Á þessum fundi hafi verið fjallað um ýmis samráðsmál. Ekki er ágreiningur um að fundur þessi var haldinn. Hjá OHF fannst fundargerð umrædds sölustjóra fyrirtækisins. Hún er merkt trúnaðarmál og dagsett 30. október sama ár. Í henni segir eftirfarandi varðandi smurolíu:

„Olís og Skeljungur vilja hækka verð á smurolíum á bensínstöðvum um 10%. Þessi mál eru nú í deiglu hjá okkur og þar þarf ekki aðeins að líta á bensínstöðvarnar heldur sér í lagi stærri umbúðirnar.“

Umræddur starfsmaður OHF hefur staðfest á fundi með Samkeppnisstofnun þann 15. apríl 2002 að á fundinum hafi hin félögin greint frá vilja sínum til að hækka verð á smurolíu á bensínstöðvum. Hækkunin virðist þó ekki hafa náð fram að ganga og í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir því að málið hafi aftur komið upp á fundi oliufélaganna þann 11. nóvember 1998. Hefur samkeppnisráð fært rök fyrir því að fulltrúar allra oliufélaganna hafi setið þann fund.

Samkeppnisráð telur að þrenn gögn málsins sýna hvað hafi farið fram á fundinum 11. nóvember 1998. Í fyrsta lagi hafi dagskrá fundarins fundist hjá bæði Olís og OHF.

Fimmti liðurinn á dagskránni hafi verið smurolíuverð og við þann lið hafi á eintaki OHF verið handskrifað: „*Hækka smurolíu 1. des '98 (Shell)*“ og „*Hækka á útgerðir*“. Í öðru lagi hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu ritað fundargerð um þennan fund en lokaútgáfa hennar hafi fundist hjá framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís. Þar komi m.a. fram eftirfarandi undir liðnum smurolíur: „*Fyrir liggur að Skeljungur hækki verð á bílasmurolíum þann 01.12. n.k. og er ekki ólíklegt að aðrir fylgi í kjölfarið (...)*“. Í þriðja lagi hafi fundist önnur fundargerð sem lýsi sama fundi hjá framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís. Rithönd framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís komi fram á fundargerðinni. Um smurolíu segi þetta í fundargerðinni: „*Bílasmurolíur í hillum upp um 5–10% og skipasmurolíu/stórinnkaup um 4–6% í jan/feb, síðan sama í vor aftur.*“

Fleiri gögn eru nefnd til sögunnar. Þar á meðal er tölvupóstur frá Skeljungu frá 3. desember 1998, bréf sölustjóra stórnotendasviðs OHF til smurstöðva og aðila með smurþjónustu dagsett 13. nóvember 1998 en afrit fannst hjá bæði Olís og Skeljungu og loks tölvupóst sölustjóra stórnotendasviðs OHF frá 13. nóvember 1998 til framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá félaginu og vörustjóra smurolíu hjá félaginu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísar til þess sem fyrr er sagt í 3.7., til fyrrgreindra gagna og að öðru leyti til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar um að nægar sannanir séu fram komnar fyrir því að olíufélagin öll hafi haft með sér ólögmaett samráð á fundum sínum þann 29. október og 11. nóvember 1998 um hækkun á bílasmurolíum og á smurolíum til stórnotenda sem kom til framkvæmda með þeim hætti sem nánar greinir í ákvörðun samkeppnisráðs.

7.3. Atvik á árinu 1999

Hér er m.a. greint frá viðbrögðum olíufélaganna vegna sérstaks spilliefnagjalds sem fyrirhugað var að leggja á olíuvörur á árinu 1999. Ljóst er af gögnum málsins að talsvert hefur verið rætt um þetta gjald milli þeirra og innan þeirra. Virðist það hafa verið skoðun olíufélaganna að þetta gjald færi beint inn í olíuverðið og rætt var um hvort nota ætti tækifærið og hækka verð á smurolíu umfram spilliefnagjaldið í leiðinni. Í tengslum við þetta er m.a. nefndur tölvupóstur framkvæmdastjóra markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu til starfsbræðra sinna hjá Olís og OHF frá

16. febrúar 1999 og fundur þeirra í kjölfarið. Auk annarra gagna er einnig nefndur tölvupóstur 12. apríl 1999 frá vörustjóra OHF í smurolíu m.a. til framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá OHF þar sem hann leggur til tiltekna verðhækkun á olíum umfram spilliefnagjaldið og getur þess að hann hafi haft samband við Skeljung og Olís varðandi þessi mál og að þau félög muni ekki hækka umfram spilliefnagjaldið nema OHF ríði á vaðið. Þessi tillaga vörustjórans og samskipti við hin félögin voru rædd síðar sama dag á fundi á stórnotendasviði hjá OHF og samþykkt að mæla með henni. Daginn eftir greindi sölustjórinn á stórnotendasviði hjá OHF frá þessu í tölvupósti og kemur fram að hans svið gæti samþykkt þessa hækkun og hann bætir við:

„en við förum fram á það að í eitt skipti verði hin félögin látin hafa frumkvæðið í þessum efnum. Við höfum fyrir því reynslu að við riðum á vaðið en hinirsitja eftir á bakkanum og láta sem ekkert sé. Ef það er rétt að hin félögin séu ólm og uppvæg að hækka þá eiga þau að láta verða af því ekki ætlast til þess að við drögum vagninn fyrir þau.“

Fjallað er einnig um þetta málefni innan Olís á þessum tíma. Þann 14. apríl 1999 sendi deildarstjóri hjá fyrirtækinu tölvupóst til annars starfsmanns þar sem sagt er frá spilliefnagjaldinu og ákveðið hafi verið „að nota sjensinn“ og hækka verð á smurolíu umfram spilliefnagjaldið.

Framhaldið varð svo það að þann 20. apríl 1999 hækkaði Skeljungur verð á smurolíu. Þann sama dag var búið að taka ákvörðun um verðhækkun hjá Olís en verðhækkunin er sögð hafa tekið gildi daginn eftir eða 21. apríl 1999. Hækkun OHF á smurolíu tók gildi 15. maí 1999 en tölvupóstur innan fyrirtækisins frá 20. apríl sama ár sýnir að þann dag hafi fyrirtækið verið búið að ákveða hækkun. Ekki er ágreiningur um það að öll félögin hafi hækkað olíuna umfram spilliefnagjaldið en að hækkun milli þeirra hafi verið mismunandi. Því er svo við að bæta að OHF hefur viðurkennt að samráð hafi verið milli olíufélaganna varðandi verðhækkun í tengslum við spilliefnagjaldið en hins vegar ekki umfram það gjald.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað með vísan til þeirra raka sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun að öll olíufélögin þrjú hafi sammælt um að hækka smurolíuverð vorið 1999 og framkvæmt þá ákvörðun sína.

7.4. Atvik á árinu 2000

a. Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir gögnum sem sýna að áliti ráðsins að frá upphafi árs 2000 og fram í september sama ár hafi olíufélögin rætt saman um verð á smurolíu og veitt hvert öðru upplýsingar um fyrirætlanir sínar í þeim efnum. Af hálfu OHF er því ekki mótmælt að olíufélögin hafi rætt um verðbreytingaþörf á smurolíu og veitt upplýsingar um fyrirætlanir sínar í þeim efnum.

Þegar gögn málsins eru virt telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála sannað að umræddar upplýsingar hafi verið gefnar á fyrrgreindu tímabili. Slík upplýsingagjöf á milli samkeppnisaðila er brot á 10. gr. samkeppnislaga. Með vísan til þeirra raka og gagna sem gerð er grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun má því staðfesta niðurstöðu ráðsins um þetta atriði.

b. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 31. október 2000 hafi forstöðumaður á markaðssviði stórviðskipta hjá Skeljungu sent svohljóðandi tölvupóst til annars forstöðumanns á sama sviði hjá fyrirtækinu:

„Sæll.

Ingólfur hafði samband áðan og spurði hvort ekki væri í lagi að hann og Þórarinn frá Esso kæmu við hjá okkur um kl. 11.00 á morgun, eða eftir að fundi hjá Gasfélaginu sem veður haldinn hér á morgun. Þeir vilja ræða við okkur um smurolíuverðshækkun, óformlega.“

Umræddur fundur var haldinn 1. nóvember 2000 og hefur vörustjóri OHF í smurolíu á fundi með Samkeppnisstofnun þann 2. apríl 2003 viðurkennt að hafa tekið þátt í honum og að þar hafi verðhækkunar á smurolíu verið ræddar. Samkvæmt gögnum málsins tók fulltrúi Olís á þessum fundi saman skjal um smurolíu fyrir yfirmenn sína sem hann sendi þeim 8. nóvember 2000. Í skjalinu er m.a. greint frá því að ákveðið hafi verið að hækka útsöluverð á tiltekinni smurolíutegund um 15% sem framkvæmd

yrði í tveimur skrefum. Einnig að ákveðið hafi verið að hækka smurolíu á árinu 2001. Síðan segir í ákvörðun samkeppnisráðs:

„Þann 13. nóvember 2000 sendi annar fulltrúi Skeljungs á umræddum fundiolíufélaganna tölvupóst til starfsfélaga síns hjá Skeljungu og sagði honum að hringja í þann starfsmann Olís sem hafi setið fundinn. Þann 15. nóvember 2000 hækkaði Olís smurolíu um 9%. Síðar í sama mánuði sendi umræddur starfsmaður Olís tölvupóst til þess starfsmanns OHF sem setið hafði smurolíufundinn 1. nóvember 2000 (vörustjóri smurolíu) og óskaði eftir verðlista yfir smurolíu. Þann 13. desember s.á. hitti vörustjóri smurolíu hjá OHF nefnda starfsmenn Olís og Skeljungs á fundi hjá Olís. Skeljungur hækkaði smurolíur sínar 15. desember 2000. Samkvæmt dagbók vörustjórans hjá OHF átti hann fund um verðhækkun á smurolíu 17. desember 2000. Í dagbók nefnds fulltrúa Skeljungs á fundi olíufélaganna 1. nóvember 2000, er bókuð færsla 19. desember 2000 sem gefur til kynna samtali eða fund um smurolíu með umræddum vörustjóra OHF.“

Fyrirgreindir tölvupóstar og fundir eru studdir undirstöðugögnum svo sem nánar er greint frá í ákvörðuninni. Þegar gögn málsins eru virt telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála sannað að á fundinum 1. nóvember 2000 hafi olíufélögin komið saman til að ræða um smurolíuverðshækkun og til að skiptast eða lofa að skiptast á upplýsingum um viðskiptaatriði sem því tengdust. Slík upplýsingagjöf á milli samkeppnisaðila er brot á 10. gr. samkeppnislaga.

7.5. Atvik á árinu 2001

a. Í ákvörðun samkeppnisráðs er rætt um verðhækkunir olíufélaganna á smurolíu 14., 15. og 25. maí 2001 og aðdraganda þeirra. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfestir hér niðurstöðu samkeppnisráðs um að viðræður og upplýsingaskipti hafi farið fram milli olíufélaganna í tengslum við verðbreytingarnar m.a. um viðskiptaleyndarmál. Er hér um samstilltar aðgerðir þeirra að ræða sem brjóta í bága við 10. gr. samkeppnislaga.

b. Í ákvörðun samkeppnisráðs er getið um umræður um verðhækkunir á smurolíu í júní 2001. Er því haldið fram að OHF hafi í júní-júlí 2001 talið fulla þörf á verðhækkunum en hins vegar ekki talið það mögulegt nema Olís hækkaði líka. Eru ástæður þessar nánar skýrðar í ákvörðuninni. Þar er m.a. vísað til fundar þann 1. og 2.

júlí 2001 sem framkvæmdastjórn OHF hélt að Geysi í Haukadal. Á þeim fundi hafi verið lagður fram prentaður verkefnalisti og einn liður hans er svona: „*Fara ofan í smurolíumálin – ath verðlagning háð verðlagningu Olís.*“ Á eintak af þessum verkefnalista hafi einn framkvæmdastjóra OHF handritað athugasemdir sem virðist lýsa því sem rætt var eða ákveðið á fundinum. Sumar þessara athugasemda eru sagðar tengjast samvinnu við hin olíufélögin. Í ákvörðun samkeppnisráðs eru enn fremur rakin gögn sem eiga að sýna samráð olíufélaganna um verðlagsmál smurolíu á þeim tíma og í fundargerð Samkeppnisstofnunar vegna fundar með vörustjóra smurolíu og bílavöru OHF frá 2. apríl 2003 er þetta bókað eftir honum:

„ÞÞ staðfesti að á árinu 2001 hafi fulltrúar félaganna vissulega einnig rætt saman um smurolíuverð. Þær samræður hafi þó aðeins náð til þess að menn voru að velta fyrir sér verðhækkunarþörf hvers annars. Sérstaklega hafi menn innan OHF velt fyrir sér verðstrúktúr hjá Olís og undrast að félagið teldi sig ekki þurfa hækkun, þrátt fyrir miklar erlendar verðhækkunir. ÞÞ sagði að þrátt fyrir þessi samtöl á þessum tíma um smurolíuverð hefðu félögin ekki gert neina samninga um hækkun á smurolíuverði.“

Í ákvörðun samkeppnisráðs er þess einnig getið að þann 8. nóvember 2001 hafi deildarstjóri skipapjónustu hjá Olís greint frá því að OHF hafi hækkað verð á Mobil-smurolíum. Innkaupastjórinn hjá Olís hafi svarað 13. nóvember sama ár og spurt deildarstjóran hvort hann væri búinn að hækka verð. Af svari deildarstjórans telur samkeppnisráð að ekki verði annað ráðið en að Olís væri ekki búin að hækka verð vegna þess að OHF hefði gert mistök og OHF ætti eftir að hækka eina tiltekna gerð af smurolíu. Telur samkeppnisráð að ekki sé unnt að draga aðra ályktun af þessu en að þessa vitneskju hafi deildarstjórinn haft frá OHF.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfestir hér niðurstöðu samkeppnisráðs um að viðræður og upplýsingaskipti hafi farið fram milli olíufélaganna OHF og Olís í tengslum við verðbreytingar á smurolíu. Brýtur það í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Hins vegar telst ósannað að Skeljungur hafi tekið þátt í þessum upplýsingaskiptum.

7.6. Niðurstaða

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir að olúfélögin þrjú eru fundin sek um að hafa reynt með samráði og eigin aðgerðum að hindra eða draga úr samkeppni fyrirtækisins Bílanausts og einnig notið við það verk aðstoðar fyrirtækisins Uppdælingar. Enn fremur um að hafa haft ólöglegt samráð um hækkun á bílasmurolíum og sammælt um að láta spilliefnagjaldið fara beint út í verðlagið. Loks eru þau fundin sek um ólöglega upplýsingagjöf sín á milli. Um nánari lýsingu á þessu er vísað til kaflanna hér að framan. Fallast má á það með samkeppnisráði að markmið þeirra með þessum aðgerðum hafi verið að skapa skilyrði til verðhækkana á smurolíu.

8. Samráð um verðlagningu á gasi

8.1. Atvik fram til 1996

Samkeppnisráð heldur því m.a. fram að olúfélögin hafi haft með sér ólöglegt samráð gagnvart fyrirtækinu Ísaga sem leitaði eftir því við þau fyrrihluta ársins 1995 að fá að selja propangas. Í minnisblaði forstjóra Olís um fund forstjóra olúfélaganna þann 22. mars 1995 var m.a. bókað:

„Ennfremur kom fram að Ísaga-menn hafa greinilega reynt að selja sömu hugmyndina til allra félaganna, þ.e. að fá keypt Propangas gegn því að félögin fengju aðgang að þeirra dreifikerfi inn á verkstæði og aðra aðila sem Ísaga þjónar. Samkomulag var um að ekkert félaganna myndi taka að sér að selja beint Propangas til Ísaga. Hins vegar væri óeðlilegt að neita þeim um kaup á Propangasi og því er lagt til að Þórólfur, Bjarni Snæbjörn og Thomas komi sér saman um samræmt svar á þann veg að Ísaga verði boðið að fá keypt Propangas beint frá Gasfélaginu þegar það hefur starfsemi.“

Þess er einnig getið í ákvörðun samkeppnisráðs að þann 7. september 1995 hafi framkvæmdastjóri hjá Olís átt fund með framkvæmdastjóra hjá Skeljungu. Varðandi gas var þetta bókað: „Ræddum gasverðlagningu, hún væri of lág, einnig þyrfti að ná inn flutningskostnaði.“ Framkvæmdastjórar olúfélaganna hittust síðan á fundi 9. október 1995 og benda gögn málsins til þess að þeir hafi þá m.a. rætt um gasmál.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að í báðum tilvikum hafi olíufélögin haft með sér ólöglegt samráð. Í öðru tilvikinu var um það að ræða að olíufélögin ákváðu að þau myndu ekki keppa sín á milli um sölu á propangasi til Ísaga og komu sér saman um samræmt svar í framhaldi af því og í hinu síðara var um að ræða samráð um verð á gasi a.m.k. í mars, maí, september og október 1995.

8.2. Atvik á árunum 1996–1997

Á árinu 1996 hófst samstarf olíufélaganna í innflutningi og birgðahaldi á gasi. Í því skyni stofnuðu félögin einkahlutafélagið Gasfélagið sem er í jafnri eigu þeirra. Tilgangur félagsins er kaup, innflutningur, móttaka, geymsla og dreifing á fljótandi gasi og rekstur gasstöðvar sem hóf starfsemi 1996. Starfsmenn olíufélaganna sitja í stjórn Gasfélagsins. Til samvinnunar var stofnað, að sögn olíufélaganna, til að efla nauðsynlegt öryggi og til að stuðla að hagkvæmni í innkaupum. Frá því er sagt í ákvörðun samkeppnisráðs að olíufélögin hafi lýst því skriflega yfir þegar starfsemin var á sínum tíma kynnt samkeppnisyfírvöldum að félagið kæmi ekkert að endursölumálum á gasi.

Í ákvörðun samkeppnisráðs er síðan vikið að þeim gögnum sem lúta að samráði olíufélaganna í mörgum tilvikum á árunum 1996-1997 og verða þau ekki rakin hér. Telur samkeppnisráð að gögnin sýni að olíufélögin þrjú hafi eftir stofnun Gasfélagsins haft með sér viðamikla samvinnu varðandi m.a. verðlagningu í endursölu á gasi. Áfrýjunarnefndin telur gögn málsins skýr um að olíufélögin þrjú hafi haft með sér umfangsmikið og reglubundið ólöglegt samráð um verðlagningu á gasi á árunum 1996 og 1997 eins og nánar er lýst í hinni kærðu ákvörðun.

8.3. Atvik á árinu 1998

Hér er m.a. vikið að því í ákvörðun samkeppnisráðs að forstjórar olíufélaganna hafi hist á fundi 20. janúar 1998 þar sem m.a. þetta kom fram í fundargerð framkvæmdastjórnar Olís þar sem greint var frá fundinum: „3. Gas. Sagt frá fundi forstjóra félaganna um gasfélag og gasmál. Menn sammála um þörf á hækkun gasverðs.“ Fundur undirmanna forstjóranna var síðan haldinn 29. janúar 1998 og í

tölvupósti deildarstjóra skipaþjónustu hjá Olís m.a. til forstjóra félagsins kemur fram eftirfarandi samantekt um niðurstöður:

„Í stuttu máli: 8–10% hækkun útsöluverðs (heild og smásölu)

12% hækkun vegna hækkunar innkaupsverðs (01.12.97)

ca 8% hækkun (ef ákveðið verður að hækka til að mæta

kostnaði við flutning út á land.)

samt. 28–30% hækkun.

Samkv. fundargerð stj. Gasfélagsins er talið að hækka þurfi gas um 10–30%

til að ná viðunandi framlegð og er hér með tekið undir þá skoðun.“

Verðhækkunarir á gasi fylgdu í kjölfarið en erfiðleikar virðast hafa komið upp. Þann 9. apríl 1998 sendi deildarstjóri skipaþjónustu hjá Olís eftirfarandi tölvupóst til forstöðumanns söludeildar á smásölusviði Skeljungs:

„Nokkur titringur hefur orðið, eins og við mátti búast vegna gashækkunarinnar. Viðskiptavinir eru að bera saman verðin frá félögunum og kemur þá í ljóst að ekki virðast allir vera að spila sama leikinn. Það kom í ljós eins og mig grunaði að ekki er ljóst hvað telst Gasfélagssvæði. Þá er og grunur á að Shell sé að selja gas án flutningsgjalds á svæði sem klárlega er ekki Gasf.sv. til viðskiptavina hinna félaganna. Ef rétt er þá er það óþolandi og í ósamræmi við gerða samninga þó munnlegir séu. Comment Shell á þessu vel þegið hið fyrsta. Spurning hvort rétt væri að hittast fljótlega til að skerpa á þessum málum áður en lætin byrja“.

Frekari gögn eru rakin um þetta og m.a. rakin samskipti olíufélaganna vegna upptöku á sérstöku flutningsgjaldi á gasi. Áfrýjunarnefndin telur gögn sem lúta að samráði olíufélaganna skýr og sýna að þau hafi haft með sér umfangsmikið og reglubundið ólöglegt samráð um verðlagningu á gasi á árinu 1998.

8.4. Atvik á árinu 1999

Hér er getið um tvö tilvik annað í apríl 1999 og hitt í desember sama ár varðandi samráð um verðlagningu á gasi. Samkvæmt gögnum málsins hafa einhver upplýsingaskipti farið fram á milli olíufélaganna í aprílmánuði 1999 og ljóst er

samkvæmt tölvupósti deildarstjóra hjá Olís 13. apríl 1999 að hann hafi átt fund með forstöðumanni söludeildar Skeljungs og sölustjóra OHF þar sem meðal helstu mála á dagskrá hafi verið verðhækkun á gasi.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfestir þá niðurstöðu samkeppnisráðs að ólögmætt samráð hafi átt sér stað um verðlagningu á gasi í aprílmánuði 1999 enda engin gögn fram komin sem veikja fyrrgreinda frásögn. Engu máli skiptir þótt umrædd verðbreyting hafi í raun ekki komið til framkvæmda. Hins vegar þykja ekki fram komin nægjanleg gögn sem veita vísbendingar um ólögmætt samráð olíufélaganna síðar á árinu.

8.5. Atvik á árunum 2000-2001

a. Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að starfsmenn olíufélaganna þriggja hafi hist á tveimur fundum í mars 2000 þar sem fjallað var um gasverðlagningu. Annar fundurinn var haldinn 23. mars 2000 en hinn 29. mars 2000. Fundinum er lýst með þessum hætti í tölvupósti frá Olís sem sendur var 1. apríl 2000:

„Fundur var haldinn 29.03 með hinum þar sem ákveðið var að gera breytingu á verði 01.03 um sem næst 10,7 % á gasi í kútum auk þess þarf að koma inni verðið a.m.k. hluta af sendingarkostnaði út á land þar sem kerfi félaganna ræður illa við að fylgja þeim kostnaðarlið eftir sérstaklega. Fyrir liggur að verðbreyting á 47 kg kútum verður nokkuð meiri.“

Daginn eftir fundinn 29. mars 2000 hafi sölustjórinn á stórnotendasviði OHF sent tölvupóst til framkvæmdastjórnar félagsins og gert tillögu að nýjum verðlista á gasi. Í tölvupóstinum segir að hækkun á gasi á 9 kg kútum verði höfð eins lítil eins og unnt sé til að hún rati ekki inn á neytendasíður dagblaðanna, en þeir kútar eru helst notaðir við gasgrill. Jafnframt segir að sérstök hækkun væri gerð á gasi í 47 kg kútum þar sem framlegð hafi verið óviðunandi. Samkvæmt gögnum málsins hækkaði verð hjá OHF og Olís á gasi þann 1. apríl 2000 en hjá Skeljungu 12. sama mánaðar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfestir þá niðurstöðu samkeppnisráðs að ólögmætt samráð hafi átt sér stað um verðlagningu á gasi í mars 2000 og að það hafi komið til framkvæmda.

b. Í júlí 2000 hækkaði verð frá Gasfélaginu smávægilega. Í kjölfar þess sendi deildarstjórinn hjá Olís tölvupóst til OHF og Skeljungs og sagðist telja óþarft að hækka verð á gasi um 1% og bað um álit á þessu. Ekkert er upplýst um viðbrögð hinna olíufélaganna við þessu bréfi. Fyrir liggur í málinu að gasverð hækkaði ekki á þessum tíma. Samkeppnisráð telur engu að síður að gögn málsins sýni að hin olíufélögin, þ.e. OHF og Skeljungur, hafi fallist á tillögu Olís um að hækka ekki verð. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur hins vegar ekki sannað að hér hafi verið um aðgerðir að ræða sem falli undir 10. gr. samkeppnislaga. Áfrýjendur verða því ekki fundnir sekir um þennan verknað.

c. Í hinni kærðu ákvörðun er frá því sagt að í byrjun október 2000 hafi Gasfélagið tilkynnt um 10% verðhækkun á gasi og að innan Olís hafi verið vangaveltur um það hvort þessi hækkun ætti að leiða til hækkunar á útsöluverði félagsins á gasi. Að mati framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís var eðlilegt að verð yrði hækkað. Í kjölfar þessa hófust viðræður milli olíufélaganna um verðhækkun á gasi og haldinn var fundur þeirra þann 1. nóvember 2000 hjá Skeljungu. Á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 23. apríl 2003 hefur sölustjóri OHF á stórnotendasviði og vörustjóri í smurolíu hjá OHF staðfest að olíufélögin hefðu rætt um og orðið sammála um verðhækkun olíufélaganna á gasi í nóvember/desember 2000. Með hliðsjón af þessu og öðrum gögnum málsins telur áfrýjunarnefndin sannað að olíufélögin þrjú hafi á umræddum fundi haft ólögmeitt verðsamráð um verðhækkun á gasi.

d. Samkvæmt tölvupósti deildarstjórans hjá Olís dags. 11. desember 2000 og dagbók vörustjórans hjá OHF frá 13. desember 2000 hittust starfsmenn olíufélaganna á fundi þann 13. desember 2000 og ræddu gasmál. Samkvæmt tölvupóstsendingum innan OHF frá 15. desember 2000 komu fram hjá sölustjóra á stórnotendasviði hjá OHF, sem jafnframt sat á þessum tíma í stjórn Gasfélagsins, tvenns konar rök til stuðnings hárrí framlegð. Í fyrsta lagi benti hann á þetta: „*Hækkun á útsöluverði 1. des um 20% sem er ca. 7% yfir það sem þurfti vegna beinnar hækkunar á innkaupsverði. Ekki verður lækkað þótt innkaupsverð breytist til lækkunar eins og ávallt gerist á vorin.*“ Í öðru lagi sagði sölustjórinn að stjórnarmenn í Gasfélaginu væru sammála um að stefna að því að breyta dreifingu á gasi á höfuðborgarsvæðinu þannig að Gasfélagið dreifi beint til viðskiptavina.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er hér sammála niðurstöðum samkeppnisráðs varðandi ólögmett samráð olíufélaganna frá því í desember 2000 um að hætta að keppa í dreifingu á gasi til viðskiptavina sinna og um að lækka ekki útsöluverð á gasi þrátt fyrir að innkaupsverð myndi lækka.

e. Frá því er greint í ákvörðun samkeppnisráðs að í janúar og febrúar 2001 hafi farið fram umræða milli olíufélaganna um að hætta að keppa um dreifingu á gasi til stærri viðskiptavina og samræma að einhverju leyti viðskiptakjör í þeim viðskiptum. Um var að ræða t.d. veitingastaði og verktaka. Í ákvörðun samkeppnisráðs er bent á að rætt hafi verið um þetta í tölvupósti deildarstjóra skipaþjónustu, dags. 5. janúar 2001, hjá Olís til m.a. OHF og Skeljungs. Fram komi að skoða þyrfti greiðsluskilmála í þessum viðskiptum og athuga hversu mikið OHF og Skeljungur væru að selja á þessum markaði. Í tölvupósti sölustjóra á stórnótendasviði hjá OHF, dags. 16. febrúar 2001, til Olís og Skeljungs segir að mikilvægt væri að félögin yrðu samstíga í því að hætta að dreifa gasi til viðskiptavina sem þyrfti að rukka á staðnum. Sölustjórinn hjá OHF hefur upplýst á fundi hjá Samkeppnisstofnun þann 23. apríl 2003 að Skeljungur og OHF hafi hætt þessari dreifingu og falið Gasfélaginu að annast hana. Samkeppnisráð telur að olíufélögin hafi með þessum aðgerðum brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og fellst áfrýjunarnefndin á þá niðurstöðu með vísan til forsendna hennar.

8.6. Niðurstaða

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir að olíufélögin eru fundin sek um ólögmett samráð í gasviðskiptum frá árinu 1995 til og með 2001. Um nánari lýsingu á þessu samráði er vísað til kaflanna hér að framan.

VII Samráð við sölu á eldsneyti á Keflavíkurflugvelli og Reykjavíkurflugvelli

1. Aðdragandi samstarfsins

Í ákvörðun samkeppnisráðs er greint frá því að olíufélögin hafi um árabíl haft með sér margvíslega samvinnu í tengslum við sölu á eldsneyti til flugfélaga á

Keflavíkurflugvelli. Jafnframt hafi Skeljungur og Olís haft með sér sams konar samvinnu á Reykjavíkurflugvelli. Í þessu hafi falist samráð um verðlagningu, markaðsskiptingu og samstarf við gerð tilboða. Framan af hafi Skeljungur og OHF rekið sameiginlega olíuafgreiðslustöð á Keflavíkurflugvelli en Olís sína eigin. Þann 2. febrúar 1994 hafi forstjórar félaganna undirritað samning um rekstrarfélag afgreiðslustöðvar á Keflavíkurflugvelli og í lok mars 1995 hafi síðan Skeljungur og Olís undirritað samning um stofnun rekstrarfélags um afgreiðslustöðvar á Reykjavíkurflugvelli.

Sumt af þessum viðskiptum varðar sölu eldsneytis til erlendra flugfélaga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að slík sala falli undir gildissvið samkeppnislaga. Um þetta atriði vísar áfrýjunarnefndin til þeirra röksemda sem fjallað var um í V 1.

2. Atvik á Keflavíkurflugvelli

Samkvæmt því sem fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs fólst í samningi olíufélaganna um rekstrarfélag afgreiðslustöðvar á Keflavíkurflugvelli m.a. að Olís varð eignaraðili að sameignarfélaginu Eldsneytisafgreiðslan á Keflavíkurflugvelli sf. (EAK). Hin sameinaða afgreiðslustöð, EAK, hefur með höndum afgreiðslu á flugeldsneyti fyrir eigendur sína á Keflavíkurflugvelli. Starfsemi EAK nær hins vegar ekki til varnarsvæðisins en þar hefur OHF afgreiðslustöð, svonefnda Knútsstöð. EAK leggur á afgreiðslugjald sem ætlað er að standa straum af kostnaði við rekstur afgreiðslunnar. Samkvæmt samningnum skipa þrír menn stjórn félagsins, einn tilnefndur af hverjum eiganda fyrir sig.

2.1. Samráð um verð og skipting á sölu ósamningsbundinna viðskiptavina

Atvik eru hér þau að þegar EAK hóf rekstur sinn þurfti að ákveða á hvaða verði þyrfti að selja ósamningsbundnum viðskiptavinum eldsneyti sem staðgreiddu eða greiddu með almennum greiðslukortum. Ákveðið var eitt verð sem hafi verið nefnt „*posted airport price*“ (PAP) sem gildi gagnvart þessum viðskiptavinum. Þetta verð væri mun hærra en það verð sem gildi gagnvart samningsbundnum viðskiptavinum. Áfrýjendur eru ekki samstíga um það hver hafi í raun ákveðið þetta verð.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að hér hafi í raun verið um að ræða verðsamráð olíufélaganna sem annaðhvort var ákveðið milli þeirra sjálfra eða innan vébanda fyrirtækis sem alfarið var í þeirra eigu. Engu máli skiptir heldur hvort umrætt verð var ákveðið af því olíufélagi sem taldist umsjónaraðili EAK enda vinnur það í umboði hinna félaganna. Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun bar olíufélögunum að leita eftir undanþágu ef þau töldu sérstakar ástæður réttlæta samvinnu þeirra. Eins og atvik málsins liggja fyrir var því um brot á 10. gr. samkeppnislaga að ræða sem samkvæmt gögnum málsins hafa varað á tímabilinu 1995-2001.

2.2. Markaðsskipting og samráð vegna útboða erlendra flugfélaga

Samkeppnisráð telur að gögn málsins sýni að á árinu 1996 hafi náðst samkomulag milli olíufélaganna um að draga úr samkeppni í útboðum erlendra flugfélaga og reyna ekki að ná viðskiptum við þau flugfélög sem væru sammingsbundin tilteknu olíufélagi. Hefur samkeppnisráð m.a. bent á að deildarstjóri flugþjónustu hjá OHF hafi greint frá því á fundi með Samkeppnisstofnun þann 30. maí 2002 að verðstríðinu hafi lokið með uppgjöf Skeljungs. Í skýrslu hans segir:

„Sagði SPS að Gunnlaugur Helgason hjá Skeljungum hefði hringt í sig og sagt að nóg væri komið af blóðugu verðstríði og nú yrðu félögin að hætta þessu. Trúlega hefði þetta verið sumarið 1996. Af hálfu Skeljungs var sagt að koma þyrfti einhverjum „skikk“ á þennan markað. OHF hefði fallist á þetta, enda höfðu mál á þessum tíma þróast út í tóma vitleysu. Í kjölfar þessa frumkvæðis Skeljungs hefði verðstríðið fjarað út á markaðnum.“

Á fundi Samkeppnisstofnunar þann 22. ágúst 2002 var eftirfarandi haft eftir framkvæmdastjóra stórnotendasviðs hjá Olís:

„(...) Niðurstaðan hafi orðið sameiginlegur skilningur um að bregðast við þessu verðstríði með því að taka upp aðra verðstefnu gagnvart útlendingum.“

Samkeppnisráð hefur tínt til fleiri gögn í málinu sem það telur styrkja niðurstöður þess. Þar á meðal eru gögn sem varða samskipti olíufélaganna í einstökum tilvikum á árunum 1997, 1998, 2000 og 2001 varðandi tiltekin erlend flugfélög. Þessi tilvik eru nánar rakin í hinni kærðu ákvörðun og gerir áfrýjunarnefndin ekki athugasemdir við

niðurstöður þeirra að því leyti að umrædd tilvik þykja skjóta frekari stoðum undir fyrrgreinda niðurstöðu samkeppnisráðs. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur því að í heild megi staðfesta niðurstöður samkeppnisráðs um að olúfélögin hafi náð samkomulagi um að draga úr verðsamkeppni í tilboðum til erlendra flugfélaga á árunum 1996-2001 og þá markaðsskiptingu sem fyrr er greind. Telst þetta brot á 10. gr. samkeppnislaga.

3. Atvik á Reykjavíkurflugvelli

Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að samningur um rekstrarfélag afgreiðslustöðvar á Reykjavíkurflugvelli hafi verið undirritaður af Olís og Skeljungu 31. mars 1995. Rekstrarfélaginu hafi verið gefið heitið Eldsneytisafgreiðslan á Reykjavíkurflugvelli sf. (EAR). Í 1. gr. segir að aðilar stofni með sér samskattað rekstrarfélag sem taki yfir allan þann rekstur sem félögin hafi haft með höndum til afgreiðslu flugvélaeldsneytis á Reykjavíkurflugvelli með nokkrum undantekningum. Hvor aðili um sig nefni einn aðila í stjórn og að ákvarðanir sem samþykktar séu af þeim báðum skuli skoðast lögmætar. Samningur þessi hafi haft tímabundið gildi en hann hafi verið framlengdur allt til ársloka 2001.

3.1. Samráð um verð og skipting sölu ósamningsbundinna viðskiptavina

Fram kemur í skjölum málsins að í viðauka 2 við samninginn um EAR segir:

„Samkomulag er um að sölu rekstraraðila til erlendra ósamningsbundinna viðskiptaaðila á Reykjavíkurflugvelli verði skipt að jöfnu milli rekstraraðila. Sala og innheimta skal eftir sem áður vera á hendi hvors aðila um sig skv. samningum við kaupendur, eða skv. pöntunum þeirra. Skipting sölu fer fram mánaðarlega í gegnum birgðir eins og fordæmi eru um í sambærilegum tilfellum.“

Með hliðsjón af þessu og öðrum gögnum málsins staðfestir áfrýjunarnefnd samkeppnismála þá niðurstöðu samkeppnisráðs með skírskotun til forsendna að Olís og Skeljungur hafi gripið til aðgerða til að skipta á milli sín sölu til ósamningsbundinna viðskiptavina og að þessi félög hafi samræmt útsöluverð á eldsneyti til þeirra. Enn fremur verður að leggja til grundvallar að þessar aðgerðir hafi varað frá 1995–2001. Telst þetta samráð brot á 10. gr. samkeppnislaga.

3.2. Markaðsskipting á samningsbundnum viðskiptavinum á Reykjavíkurlflugvelli

Af skjölum málsins má ráða að Skeljungur og Olís hafi gert með sér samkomulag 28. apríl 1994 um afgreiðslu eldsneytis á Reykjavíkurlflugvelli. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að það samkomulag sé undanfari samningsins um EAR. Í 5. gr. samkomulagsins frá 1994 segir:

„Samkomulag er um að gerður verði samningur, eigi síðar en 1. júní 1994 er tekur til skiptingar viðskipta á flugvellingum milli aðila. Með þeim samningi skal reynt að tryggja að það mynstur fastra viðskipta sem nú er á sölu flugeldsneytis á vellingum haldist áfram þar til annað verður ákveðið.“

Fyrrgreint samkomulag um markaðsskiptingu var síðan áréttað í viðauka 2 í samningnum um EAR frá 31. mars 1995.

Með hliðsjón af þessu og öðrum gögnum málsins staðfestir áfrýjunarnefnd samkeppnismála þá niðurstöðu samkeppnisráðs með skírskotun til forsendna þeirra að umrædd ákvæði í samningnum frá 1994 og viðauka 2 við samninginn um EAR feli í sér markaðsskiptingu sem staðið hefur frá apríl 1994 til ársloka 2001. Þar með hafa olúfélögin Olís og Skeljungur brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga.

VIII Markaðsskipting

Samkeppnisráð telur gögn málsins sýna að olúfélögin hafi á tímabilinu 1993–2001 gripið til margs konar aðgerða sem höfðu það að markmiði að skipta markaðnum á milli þeirra. Hafi ýmist verið um að ræða aðgerðir sem miðuðu að því að skipta markaðnum eftir svæðum, eftir viðskiptavinum eða eftir sölu og magni.

1. Landfræðileg skipting olíufélaganna í bensínstöðvarekstri 1993–2001

Samkeppnisráð telur að gögn málsins sýni að olíufélögin hafi frá gildistöku samkeppnislaga skipt með sér mörkuðum í bensínstöðvarekstri eftir svæðum eins og hér verður rakið.

1.1. Landfræðileg markaðsskipting á tíu stöðum á landinu

Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að í desember 1988 hafi olíufélögin þrjú undirritað samning um rekstur á tíu sölustöðum/bensínstöðvum. Samkvæmt samningnum hafi hverju olíufélagi fyrir sig verið falin umsjón með rekstri tiltekinna bensínstöðva en allri sölu var hins vegar skipt milli allra félaganna. Í samningnum hafi komið fram að hann gildi í tvö ár frá og með 1. janúar 1988. Samkeppnisráð telur ljóst að þrátt fyrir þetta ákvæði hafi samningurinn verið í gildi og eftir honum var starfað þar til nýr samningur um sama efni var undirritaður 14. mars 2001. Megi ráða það af 11. gr. samningsins frá 2001 milli olíufélaganna þar sem segi að hann komi „í stað samningsins sem dagsettur er 30.12.1988 og tekur gildi 1. janúar 2001.“ Í 8. gr. samningsins frá 1988 hafi m.a. þetta komið fram:

„Félögin samþykkja að þau munu ekki stuðla að né koma á viðbótar sölustöðum né smásöludælum til einkaafnota á framangreindum stöðum nema að fengnu samþykki hinna félaganna, enda falli sú sala einnig inn í skiptin.“

Í ákvörðun samkeppnisráðs er síðan rakið hvaða staðir hafi fallið undir samkomulagið og lýst nokkrum dæmum um það hvernig það hafi virkað í reynd.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ótvírætt samkvæmt gögnum máls þessa að samkomulag hafi verið í gildi milli olíufélaganna frá 1993 og fram á árið 2001 um landfræðilega markaðsskiptingu sem virkaði að mestu leyti í framkvæmd. Engar eðlilegar skýringar hafa komið fram sem benda í aðra átt. Frá gildistöku samkeppnislaga bar olíufélögunum að leggja niður fyrrgreint samstarf eða leita leiða til að fá undanþágu. Hvorugt var gert og því fór umrætt samkomulag og framkvæmd þess í bága við 10. gr. samkeppnislaga.

1.2. Umræður um markaðsskiptingu á árinu 1995

Samkeppnisráð rekur upphaf þessa til tveggja símbréfa sem Olís hafi sent til Skeljungs og OHF þar sem lagt hafi verið til samstarf m.a. um að loka nokkrum bensínstöðvum en hefja samstarf um aðrar. Fundur hafi svo átt sér stað milli fyrisvarsmanna OHF og Olís þann 3. maí 1995 og í lok maí sama ár hafi verið unnið frekar í málinu en þann 23. maí 1995 hafi framkvæmdastjóri markaðssviðs smásölu hjá Olís sent eftirfarandi tillögur til Skeljungs og OHF:

„Minnisblað: TM 23/05/95

Til ÞÁ, BSJ – til umræðu.

Málefni: Aukið hagræði í bensínsölu, hugsanlegir hagræðingarmöguleikar.

- 1. Þriggja féлага stöð í Búðardal eða Esso með eina stöð og Olís/Shell hættu rekstri. Framtíðarstöðin verði í uppgerðri núverandi aðstöðu Shell/Olís.*
- 2. Hvert félag leggi niður eina stöð á Barðaströnd. Olís hætti rekstri á Bæ í Reykhólasveit, Esso hætti stöð X, Shell hætti stöð Y.*
- 3. Esso leggi niður sína stöð á Vopnafirði. Shell verði einn á staðnum. Hugsanlega þriggja stöðva stöð.*
- 4. Shell og Esso hætti rekstri stöðvar sinnar á Dalvík, núverandi Olísstöð verði rekin sem þriggja féлага stöð eða Olís verði eitt á staðnum.*
- 5. Mývatn – Olís og Shell loki sinni stöð, Esso verði eitt á staðnum eða þriggja féлага stöð.*
- 6. Þórshöfn á Langanesi. Olís og Shell loki sinni stöð og Esso reki eina stöð á staðnum eða ein þriggja féлага stöð.*
- 7. Neskaupstaður – Olís og Esso leggi niður sínar stöðvar, Olís kaupi Shell stöðina og reki hana. Einnig hugsanlegt ein þriggja féлага stöð á staðnum.*
- 8. Reyðarfjörður – Esso loki sinni stöð, Shell og Olís haldi áfram rekstri.*
- 9. Olís/Esso leggi til dætur og inniborð á nýrri stöð á Flúðum.“*

Viðbrögð við þessari tillögu komu frá Skeljungum en ekki sést að öðru leyti hver hafi orðið afdrif hennar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ótvírætt samkvæmt gögnum málsins að umræður af því tagi sem hér greinir teljist til mikilvægra samkeppnismálefna. Öll

olíufélögin tóku þátt í þeim. Umræður um slíkar tillögur höfðu það að markmiði að raska eðlilegri samkeppni. Þær teljast því andstæðar 10. gr. samkeppnislaga.

1.3. Markaðsskipting á Neskaupstað

Í ákvörðun samkeppnisráðs er það rifjað upp að í fyrrgreindu minnisblaði framkvæmdastjóra markaðssviðs smásölu hjá Olís sé lagt til að Olís og OHF leggi niður sínar stöðvar í Neskaupstað og Olís kaupi stöð Skeljungur og reki hana. Í svari Skeljungur frá 26. maí 1995 hafi verið tekið vel í þessa tillögu og hafi málinu verið fylgt eftir með viðeigandi kaupsamningum. Á móti hafi Skeljungur fengið húsnæði á Neskaupstað en í samningi fyrir það hafi m.a. þetta komið fram:

„(...) Jafnframt er samkomulag um að Skeljungur hf. hætti rekstri bensínstöðvar með tilheyrandi rekstri á Neskaupsstað í a.m.k. tíu ár og skilyrði hugsanlega leigu eða sölu húsnæðisins að Strandgötu 14 við að ekki megi nota það til bensínsölu, sjoppu- og/eða veitingarekstrar. Ennfremur lýsir Skeljungur hf. því yfir að félagið muni ekki selja eldsneyti til þriðja aðila á Neskaupstað sem ætlað væri til endursölu á bifreiðar.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ótvírætt samkvæmt gögnum málsins að fyrrgreindar aðgerðir hafi falið í sér ólögmæta markaðsskiptingu. Samkvæmt gögnum málsins og einkum með hliðsjón af minnisblaði framkvæmdastjóra markaðssviðs OHF frá 28. ágúst 1995 telst einnig upplýst að OHF hafi tekið þátt í þessu samráði en það var hluti af áætlun félaganna um viðtækari markaðsskiptingu.

1.4. Samningur frá 1996 um markaðsskiptingu á níu stöðum á landinu

Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir aðdraganda þess að olíufélögin náðu fram markaðsskiptingu á níu stöðum á landinu. Viðræðurnar enduðu með svofelldu samkomulagi:

„SAMKOMULAG

Oliuverzlun Íslands hf., Olíufélagið hf. og Skeljungur hf. samþykkja að framkvæma eftirfarandi til að auka hagræði í bensínsölu í dreifbýli.

<i>Búðardalur:</i>	<i>Olís/Shell hætti.</i>	<i>Esso eftir með eina stöð.</i>
<i>Mývatn:</i>	<i>Olís/Shell hætti.</i>	<i>Esso eftir með eina stöð.</i>
<i>Þórshöfn:</i>	<i>Olís/Shell hætti.</i>	<i>Esso eftir með eina stöð.</i>
<i>Hvolsvöllur:</i>	<i>Olís/Shell hætti.</i>	<i>Esso eftir með eina stöð.</i>
<i>Seyðisfjörður:</i>	<i>Esso hætti.</i>	<i>Shell eftir í sínum núverandi skála.</i>
<i>Neskaupstaður:</i>	<i>Esso hætti.</i>	<i>Olís eftir með eina stöð.</i>
<i>Eskifjörður:</i>	<i>Esso hætti.</i>	<i>Shell eftir með eina stöð.</i>
<i>Reyðarfjörður</i>	<i>Esso hætti.</i>	<i>Olís áfram. Shell áfram.</i>

Samkomulagið skal komið til framkvæmda fyrir 1. október n.k.

Esso og Shell opni ekki bensínsölu í Grindavík a.m.k. næstu fimm árin.

Aðilar eru sammála um að bjóða smuroliur og viðskiptakort hinna aðilanna til sölu á þeim stöðum þar

sem fækkun hefur orðið á stöðvum.

Ráðstöfun eigna á hverjum stað verður sbr. nánara samkomulagi.

Reykjavík, 21. febrúar 1996.

(...)

(...)

Olíuverzlun Íslands hf.

Olíufélagið hf.

(...)

Skeljungur hf.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um það að hér hafi verið gerður samningur milli olíufélaganna þriggja um ólögsmæta markaðsskiptingu sem að einhverju leyti hafi komist til framkvæmda.

1.5. Markaðsskipting í Varmahlíð

Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að þann 10. október 1995 hafi Skeljungur og OHF undirritað samning um rekstur bensínstöðvarinnar í Varmahlíð. OHF sé umsjónaraðili með rekstri bensínstöðvarinnar en hins vegar sé sölu skipt þannig að Skeljungur fái

32% hennar. Í samningnum var ekkert ákvæði sem bannar Skeljungu að hefja samkeppni á staðnum. Samkeppnisráð bendir á að í fundargerð framkvæmdastjórnar OHF þann 10. júlí 1996 segi m.a. eftirfarandi um ferð forstjóra OHF og framkvæmdastjóra markaðssviðs félagsins til Norð-Vesturlands:

„SAUÐÁRKROKUR: (...)

(...) Kaupfélagið var fullvissað um að nettóafkoma þess ætti ekki að skerðast þótt dreifing flytjist til ODR og reikningagerð til aðalskrifstofu OHF. Helgi í Varmahlíð afar neikvæður í garð OHF og reyndar kaupfélagsins líka. Stoppa þarf smávörusölu Skeljungs í Varmahlíð sem samræmist ekki samningi um sölu á staðnum.“

Af þessum sökum telur samkeppnisráð að í samkomulagi félaganna hafi falist að Skeljungur myndi ekki hefja samkeppni við OHF í Varmahlíð. Vitnað er einnig til þess að í athugasemdum OHF við frumathugun II segi að gögn málsins bendi til þess að samkomulag hafi verið milli umboðsmanns OHF í Varmahlíð og Skeljungs um að sá síðarnefndi stundaði ekki smásölu á staðnum en að OHF kannist ekki við að hafa komið að meintu samkomulagi nema sem þolandi.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að þau gögn sem hér eru nefnd gefi nægjanlegt tilefni til þeirrar ályktunar að Skeljungur og OHF hafi haft með sér samkomulag um að Skeljungur stundaði ekki smávörusölu á staðnum. Slíkt samkomulag telst brot á 10. gr. samkeppnislaga og gildir það fyrir bæði félögin.

1.6. Markaðsskipting á Ólafsfirði

Hér er lýst aðdraganda þess að Skeljungur og Olís hófu samstarf á Ólafsfirði og á það rætur að rekja til umræðna í upphafi ársins 1995 en virðast hafa lognast út af. Í ákvörðun samkeppnisráðs segir að undir lok árs 1996 hafi viðræður Olís og Skeljungs hafist á ný um Ólafsfjörð. Í þetta sinn hafi umræðan einkum verið um kaup Olís á bensínstöð og hóteli í eigu Skeljungs á Ólafsfirði. Skeljungur hafi þann 14. nóvember 1996 gert fulltrúum Olís m.a. formlegt sölutilboð vegna eignarinnar. Bensínstöðin var áföst hótelinu og hafi Olís ætlað að selja Ólafsfjarðarbæ hótelllutann að loknum kaupunum. Þann 25. febrúar 1997 hafi framkvæmdastjóri fjármálasviðs hjá Olís sent tölvupóst til forstjóra félagsins og greint frá viðræðum við Skeljung varðandi

Ólafsfjörð og m.a. sagt að forstjóri Skeljungs óskaði eftir því að það yrði „*munlegt samkomulag*“ milli hans og forstjóra Olís um að Skeljungur opnaði ekki bensínafgreiðslu á Ólafsfirði næstu árin. Í mars 1997 hafi Olís sent Skeljungi athugasemdir við drög að kaupsamningi vegna bensínstöðvarinnar og hótelsins á Ólafsfirði og óskað m.a. eftir því að Skeljungur lýsti því yfir að félagið myndi ekki opna bensínafgreiðslu á Ólafsfirði næstu tíu ár. Í svari Skeljungs við þessu atriði segi eftirfarandi í símbrefi til Olís:

„Hvað þetta ákvæði varðar hef ég þegar tjáð þér að það verður ekki sett inn í samninginn, heldur verður forstjórum félaganna falið að ná munnlegu samkomulagi um þetta“.

Síðan er gerð grein fyrir því að fundist hafi yfirlýsing hjá Skeljungi þar sem fram komi að Skeljungur myndi ekki opna bensínstöð á Ólafsfirði næstu tíu ár. Hins vegar hafi hlaupið snurða á þráðinn þegar Ólafsfjarðarbær hafi ákveðið að afturkalla fyrri yfirlýsingu um að bærinn myndi kaupa umrætt hótél. Vildi Olís þá ganga frá samningunum en Skeljungur taldi Olís vera bundið við kaupin eins og nánar er lýst í ákvörðun samkeppnisráðs.

Umrædd áætlun kom þó aldrei til framkvæmda og hófust viðræður á ný á milli félaganna í upphafi árs 1999. Þann 13. júlí 1999 var undirritaður samningur milli Olís og Skeljungs um rekstur bensínstöðvar á Ólafsfirði. Samkvæmt samningnum keypti Olís sig inn í rekstur Skeljungs á Ólafsfirði. Í samningi félaganna er tekið fram að frá og með 1. ágúst 1999 myndu félögin reka sameiginlega „núverandi“ bensínstöð Skeljungs á Ólafsfirði og þann sama dag myndi Olís loka sinni stöð. Í framhaldi af því myndi eldsneytissala á staðnum skiptast til helminga milli félaganna.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að í báðum þessum tilvikum hafi olúfélögin Olís og Skeljungur gerst sek um brot á 10. gr. samkeppnislaga. Í fyrra tilvikinu verður talið að samningur hafi komist á í skilningi samkeppnislaga um markaðsskiptingu enda þótt hann hafi aldrei komið til framkvæmda. Í síðara tilvikinu liggur fyrir skýr samningur um ólögsmæta markaðsskiptingu. Aðkoma OHF að þessu máli er hins vegar ekki ljós. Það fyrirtæki tók að vísu þátt í umræðum og niðurstöðum um markaðsskiptingu eins og nánar er rakið í þessum hluta en þau atvik gefa ekki

nægjanlega ástæðu til að ætla að OHF hafi einnig átt beinan eða óbeinan þátt í því samstarfi sem hér um ræðir. OHF verður því ekki sakfelld fyrir þennan þátt málsins.

1.7. Uppskipti Skeljungs og Olís árið 1997

Fram kemur að um mitt ár 1997 hafi átt sér stað samningaviðræður milli Olís og Skeljungs. Þeim viðræðum hafi lokið með undirritun nokkurra samninga þann 28. nóvember 1997 þar sem m.a. var undirritaður samningur um uppskipti nokkurra stöðva í samrekstri þeirra. Þannig hafi Skeljungur keypt helmings hlut Olís í bensínstöðvum félaganna á Seltjarnarnesi, Sandgerði, Hvolsvelli og Bíldudal, sbr. 1. gr. samningsins, og tekið við rekstri þeirra. Á móti keypti Olís helmings hlut Skeljungs í bensínstöðvum félaganna í Keflavík, Skagaströnd og hjá Bifreiðastöð Oddeyrar (BSO) á Akureyri, sbr. 2. gr. samningsins.

Samkeppnisráð hefur talið að umrætt tilvik sé hluti af samfelldu samráði olíufélaganna um markaðsskiptingu og hefur tilfært ýmis gögn máli sínu til stuðnings. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur þó ósannað að líta beri á umrædda samninga sem framkvæmd á víðtækara samkomulagi um markaðsskiptingu. Af því leiðir að olíufélögin verða ekki sakfelld fyrir þetta atriði.

1.8. Viðræður olíufélaganna um uppskiptingu bensínstöðva 1997–2001

Gerð er grein fyrir því að fljótlega eftir uppskiptingu Skeljungs og Olís á áður nefndum bensínstöðvum hafi viðræður milli olíufélaganna þriggja hafist um uppskiptingu stöðva í samrekstri þeirra allra. Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð ítarleg grein fyrir þeim tillögum sem gengu milli allra olíufélaganna og innan þeirra á árunum 1997 og 1998. Þá liggur einnig fyrir að málið var rætt á fundi forstjóra olíufélaganna þann 9. desember 1998 og reynt að finna lausn á málinu en það tókst hins vegar ekki í það sinn. Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að umræður um uppskiptingu bensínstöðva hafi hafist aftur í kjölfar samnings milli olíufélaganna frá 14. mars 2001 um rekstur sameiginlegra bensínstöðva. Samkvæmt tölvupósti innan Olís til forstjóra félagsins frá 3. ágúst 2001 komi þetta fram:

*„Stefnt er að fundi með MG og HS í lok ágú
nú hafa öll 3 félögin heimild til að ganga í þetta
til upprifjunar*

Olís fær Ólafsvík

Shell fær Sigló

Olís og Esso reka saman dalvík, Esso kaupir sig inn

Esso fær 'Flúðir, kaupir okkar dælu

Við lofum að loka Sauðárkróki innan skamms þó ekki nema (...) vilji hætta

Littrar verða í jafnvægi“.

Fram kemur að innan olíufélaganna hafi verið litið á þessa uppskiptingu sem fyrsta áfanga í enn víðtækari uppskiptingu samkvæmt því sem fram kemur í minnisblaði frá OHF frá 24. september 2001. Samkeppnisráð bendir á að fram eftir hausti var m.a. samið um verðmæti þeirra bensínstöðva sem skipta átti á milli félaganna og skipst á upplýsingum um sölu einstakra stöðva. Í húsleit Samkeppnisstofnunar hafi fundist einnig drög að samningi milli Olís og OHF um kaup á fasteignum, samningi um rekstur og eignarhald á bensínstöð við Skíðabraut á Dalvík, einnig milli Olís og OHF, auk samnings milli olíufélaganna þriggja um kaup og sölu á bensínstöðvum. Öll samningsdrögin séu dagsett í desember 2001. Samkvæmt síðastnefndu samningsdrögum átti Olís að kaupa hlut Skeljungu og OHF í bensínstöð félaganna í Ólafsvík og hafa eitt félaganna starfsemi þar. Skeljungur átti hins vegar að kaupa hlut OHF og Olís í bensínstöð félaganna á Siglufirði en OHF og Olís áttu að starfa saman á Dalvík.

Samkeppnisráð fullyrðir að ljóst sé af gögnum málsins að þegar húsleit hafi farið fram hjá olíufélagunum þann 18. desember 2001 hafi í raun verið búið að ná samkomulagi og einungis átt eftir að undirrita samninga. Í ákvörðun samkeppnisráðs eru tilfærð fleiri gögn sem eiga að styðja þetta.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst ekki á það sjónarmið OHF að aðeins hafi verið um að ræða viðræður um að hætta sameiginlegum rekstri bensínstöðva. Gögn málsins sýna að viðræður milli olíufélaganna hafi náð mun lengra en það. Má fremur segja að umræður hafi farið fram um víðtæka landfræðilega markaðsskiptingu í rekstri bensínstöðva úti á landi. Áfrýjunarnefndin lítur svo á að samningum hafi ekki lokið í desember 2001 á milli olíufélaganna um greinda markaðsskiptingu. Á hinn bóginn er ljóst að markvissar viðræður fóru fram milli þeirra um þetta efni eins og nánar er gert grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun. Um var að ræða viðræður sem skipta miklu máli í

samkeppnislegu tilliti og sem voru til þess fallnar að hafa áhrif á samkeppnina. Slíkar viðræður og upplýsingaskipti þeim tengdar teljast samstilltar aðgerðir og eru bannaðar milli samkeppnisaðila samkvæmt 10. gr. samkeppnislaga. Má því fallast á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að olíufélögin hafi haft með sér ólöglegt samráð á árunum 1997-2001 með þeim hætti sem greint er í ákvörðun samkeppnisráðs.

2. Markaðsskipting í Grindavík

Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að í samningi olíufélaganna frá 21. febrúar 1996 felist ólöglegt markaðsskipting á níu stöðum á landinu og hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála fallist á þá niðurstöðu, sbr. 1.4. Í samningnum segir m.a. þetta: „*Esso og Shell opni ekki bensínsölu í Grindavík a.m.k. næstu fimm árin.*“ Jafnhliða þessum samningi telur samkeppnisráð að gert hafi verið munnlegt „heiðursmannasamkomulag“ um að viðskiptavinir Skeljungu yrðu látnir „í friði“. Er síðan gerð nánari grein fyrir þessu samkomulagi og umræðum milli Olís og Skeljungu um efndir þess. Taldi Skeljungur að Olís hafi ekki staðið við þetta síðargreinda samkomulag og líkur eru fram færðar fyrir því að af þeim sökum m.a. hafi Skeljungur opnað fyrir sölu á bensíni í Grindavík 1. júní 2000 eða talsvert fyrr en fyrrgreindur samningur frá 21. febrúar 1996 rann út.

Áfrýjunarnefndin fellst á að sannað sé í málinu að umrætt munnlegt samkomulag hafi verið gert í tengslum við samninginn frá 21. febrúar 1996 og fól það í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga.

3. Markaðsskipting á Ísafirði

Fram kemur að áliti samkeppnisráðs að Olís og Skeljungur hafi haft með sér markaðsskiptingu á Ísafirði. Fram til ársins 1997 hafi fyrirkomulagið verið með þeim hætti að allri sölu á staðnum hafi verið skipt til helminga en síðan hafi stórum viðskiptavinum verið skipt upp á milli félaganna en sölu til smærri aðila hafi áfram verið skipt til helminga en Olíufélag útvegsmanna var umboðsaðili fyrrgreindra olíufélaga á staðnum

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að frá gildistöku samkeppnislaga og fram á árið 1997 hafi Olís og Skeljungur skipt til helminga allri sölu fyrirtækjanna á Ísafirði. Frá 1997–2001 hafi fyrirkomulagið verið

með þeim hætti að stórum viðskiptavinum hafi verið skipt upp á milli félaganna samkvæmt samkomulagi þeirra á milli en sölu til smærri aðila áfram verið skipt til helminga. Aðgerðir þessar eru brot á 10. gr. samkeppnislaga. Ekki verður talið að OHF hafi tekið þátt í þessum brotum.

4. Markaðsskipting í Stykkishólmi

Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að OHF og Olís hafi lengi haft með sér samstarf um að skipta jafnt á milli sín allri sölu á gasolíu og flotaolíu (skipagasolíu) sem seld er viðskiptavinum félaganna í Stykkishólmi úr sameiginlegri birgðastöð félaganna þar. Eru ýmis gögn tilfærð sem styðja þessar fullyrðingar og þeim er heldur ekki mótmælt af hálfu OHF.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að allt frá gildistöku samkeppnislaga og fram á árið 2002 hafi OHF og Olís haft með sér samráð um sölu eldsneytis úr sameiginlegri birgðastöð félaganna í Stykkishólmi. Samráðið fól í sér að allri þessari sölu var skipt jafnt milli félaganna. Samráð OHF og Olís var jafnframt um verð og afslætti. Þessar aðgerðir brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga. Ekki hefur hins verið sýnt nægjanlega fram á að Skeljungur hafi tekið þátt í þessum brotum.

5. Markaðsskipting á Raufarhöfn

Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að olúfélögin hafi haft með sér víðtækt samstarf og markaðsskiptingu á Raufarhöfn frá gildistöku samkeppnislaga 1. mars 1993 og a.m.k. fram á árið 2002 og hafi þetta samstarf olúfélaganna á Raufarhöfn náð a.m.k. aftur til ársins 1973. Nefnd eru dæmi um þetta og m.a. bent á yfirlit frá september 1994 sem fannst hjá OHF. Þar komi fram að samstarf olúfélaganna á Raufarhöfn hafi náð til afgreiðslu, birgðahalds og dreifingar. Jafnframt að geymir á staðnum væri sameiginlegur auk leiðslna til afgreiðslu. Samkvæmt yfirlitinu hafi samstarfið náð til sölu á gasolíu og svartolíu. Þá hafi einnig komið fram að olúfélögin hafi rætt um að koma samstarfi sínu á Raufarhöfn í formlegri búning á þessum tíma og eru nefnd dæmi um tilraunir í þá átt. Bent er á að fyrirsvarsmenn OHF hafi á fundi með Samkeppnisstofnun þann 7. maí 2002 upplýst að á tímabilinu 1993-2001 hafi allri sölu á Raufarhöfn verið skipt jafnt milli olúfélaganna þriggja með nokkrum breytingum og að önnur gögn málsins styðji þetta.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ljóst að allt frá gildistöku samkeppnislaga og fram á árið 2002 hafi olíufélögin þrjú haft með sér samkomulag um að skipta milli sín allri sölu á eldsneyti á Raufarhöfn. Á árinu 2000 var þó ákveðið að viðskipti við útgerðarfélagið Jökul féllu framvegis ekki undir slíka skiptingu. Framan af var umrætt samstarf í umsjón Skeljungs, en á árinu 1999 færðist hún yfir til OHF. Umrætt samstarf fól í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga.

6. Markaðsskipting vegna sölu til SR-mjöls

6.1. Stofnun SR-mjöls á árinu 1993 og samkomulag um olíuviðskipti í kjölfar þess

Á árinu 1992 ákvað ríkisstjórnin að einkavæða Síldarverksmiðjur ríkisins, en þær höfðu starfað frá árinu 1930. Þann 1. apríl 1993 voru samþykkt á Alþingi lög nr. 20/1993 um stofnun hlutafélags um Síldarverksmiðjur ríkisins. Félagið, sem nefnt var SR-mjöl hf., var stofnað 1. júlí 1993 og tók það mánuði síðar yfir starfsemi Síldarverksmiðja ríkisins. Hlutabréf í SR-mjöli voru fyrst í eigu ríkisins en voru síðan seld fjárfestum. Tóku nýir eigendur við félaginu þann 1. febrúar 1994.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ljóst samkvæmt gögnum málsins að olíufélögin hafi skipt viðskiptum sínum við SR-mjöl með svartolíu á milli sín með samkomulagi í tilteknum hlutföllum á árunum 1994-2001. Fól það í sér ólögsmæta markaðsskiptingu í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga. Breytir engu um þessa niðurstöðu þótt olíufélögin kunni að hafa ákveðið þessa skiptingu viðskipta í tengslum við hlutafjárkaup í SR-mjöli og með samþykki þess félags.

6.2. Samningar vegna olíuviðskipta við SR-mjöl haustið 1996 og aðdragandi þeirra

Hér er frá því sagt að með bréfi SR-mjöls, dags. 15. september 1995, hafi verið óskað eftir því við Olís að verð á svartolíu til verksmiðja félagsins yrði samsvarandi 5% afslætti frá lágsta verði samkvæmt almennri verðlagningu frá olíufélagi með starfsemi á Íslandi. Myndi SR-mjöl óska eftir sama afslætti frá öðrum olíufélögum sem selt hefðu SR-mjöli olíu. Jafnframt hafi verið óskað eftir viðræðum um kjör á öðrum vörum sem SR-mjöl keypti af olíufélagunum. SR-mjöl setti fram tiltekin rök fyrir beiðni sinni um afslátt. Fyrir liggur tölvupóstur framkvæmdastjóra markaðssviðs

smásölu hjá Olís til forstjóra og framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá félaginu þann 17. október 1995. Af honum sést að fulltrúar olíufélaganna hafi fundað m.a. til þess að ræða þessa beiðni SR-mjöls um afslátt. Heiti tölvupóstsins er „Fundur TM með ÞÁ og BSJ 9 okt kl 14 í esso“. Fram kemur að 8 málefni hafi verið rædd á fundinum, en í 4. lið er svohljóðandi bókun varðandi SR-mjöl:

„SR MJÖL. Shell telur mikinn hag í innheimtu SR. TM dró í efa. Samþykkt að gefa 10% eða um 50–60 aura afslátt (t.d. 56 aura) Lóðarleiga SR falli samtímis niður.

Gera þarf samstarfssamning esso olis shell vegna SR, throughput fee og skipting kostnaðar á öllum stöðum eins og skipting tekna, þmt þátttaka í tankaleigu, greiðslu kostnaðar vegna hluta í eigu olíufélaganna hjá SR, rekstur tankabúnaðar og dæla svo og afgjald af eignum. TM mun stilla upp uppkasti.“

Í ákvörðun samkeppnisráðs er það síðan rakið að umrætt ferli endaði með gerð þriggja samninga í byrjun október 1996. Sá fyrsti var viðskiptasamningur milli SR–mjöls og olíufélaganna þriggja, næsti var leigusamningur milli SR-mjöls og Olís vegna svartolíutanks í eigu SR-mjöls og sá þriðji var samningur milli olíufélaganna þriggja um skiptingu rekstrarkostnaðar við rekstur olíugeyma í eigu félaganna. Í fyrsta samningnum var ákvæði um verð á svartolíu og afslætti en þar var m.a. gert ráð fyrir að olíufélögin veittu SR-mjöli afslátt sem næmi 56 aurum á lítra svartolíu. Upplýst er í málinu að samningurinn tók gildi 1. október 1995 og var enn í gildi í maí 2002.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað í málinu að olíufélögin hafi ákveðið sameiginlega verð á svartolíu til SR-mjöls og skipt á milli sín sölunni þangað í a.m.k. 6 ár. Í þessu fólst brot á 10. gr. samkeppnislaga. Vitneskja viðsemjanda olíufélaganna, fyrirtækisins SR-mjöls, skiptir engu máli í þessu sambandi þar sem gerningarnir eru til þess fallnir að raska samkeppni óháð þeirri vitneskju.

6.3. Samningur Olís og Skeljungs vegna olíuviðskipta við nótaveiðiskipið Svein Benediktsson og samstarf félaganna um að verjast kröfu um afslátt

Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að á árinu 1999 hafi SR-mjöl keypt fyrsta skip sitt, Svein Benediktsson, frá Noregi og hafi Reyðarfjörður verið heimahöfn þess. Svo hafi virst sem SR-mjöl hafi ákveðið að olíuviðskipti vegna skipsins yrðu bæði við

Olís og Skeljung. Framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungu hafi lýst óánægju í tölvupósti til SR-mjöls þann 14. apríl 1999 með að SR-mjöl vildi að eldsneytisviðskiptum vegna skipsins yrði skipt. Lagði framkvæmdastjórinn til að SR-mjöl myndi fallist á að Skeljungur héldi viðskiptum við skipið, m.a. þar sem það væri í smurolíuviðskiptum við Skeljung, en að Olís fengi síðan viðskipti við næsta skip sem SR-mjöl eignaðist. Þá sagði framkvæmdastjórinn m.a.:

„Fari svo að tillaga ykkar til lausnar leiði til skiptingar viðskiptanna óska ég eindregið eftir því í ljósi samtala okkar að tillagan feli það einnig í sér að smurolíuviðskipti og aðrar rekstrarvörur verði hjá Skeljungu, sem og umsjón með viðskiptunum, en Skeljungur geri upp eldsneytissöluna við Olís í “umsömdum” hlutföllum, þannig að ekki verði um það að ræða að afgangur verði til skiptis á skipið eða annað snúið fyrirkomulag ráði.“

Fleiri gögn eru talin styðja það að umrædd olíufélög hafi hér skipt með sér sölu til SR-mjöls. Er sérstaklega bent á ódagsettan tölvupóst innan Olís sem talinn er tengjast tilraunum SR-mjöls árið 2000 til að fá fram lægra eldsneytisverð sem þó hafi ekki tekist í það sinn. Í tölvupóstinum segir svo:

„Hlynur hringdi í mig og sagði að þeir heffðu sest niður eftir fundinn og skoðað tilboðið frá Shell. Hann segir að það hafi verið hærra en svartolíuafslátturinn. Hann segir að þeir muni koma fram með tillögu sem báðum stendur til boða að ganga að og sá sem ekki vill það tapar þá öllu.“

Þá liggur fyrir í gögnum málsins handskrifað minnisblað frá 28. júní 2000 um fund framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda hjá Olís og framkvæmdastjóra hjá Skeljungu með fjármálastjóra SR-mjöls. Minnisblaðið fannst hjá Olís og er framkvæmdastjórinn sagður þar mögulega höfundur þess. Þar segir m.a.:

„Rætt um svartolíumál. Fram kom að SR hefur gengið mjög illa sem af er ári [...] þeir reyna að pressa allt niður [...] HA segir að hann viti um betri kjör og kom það fram að það væri Ásgrímur Halldórs/ Esso. HA vildi ekki gefa upp kjörin og vildi fá tölu frá JH/FS. – Við næstum því og sögðum (sic) að hreinskilni yrði að vera í þessu máli. Endaði

með því að Hlynur kom fram með tölu 1,50 kr/ltr. án vsk sem hann sagði að [væri] undir þeim afslætti sem Ásgrímur væri með. JH/FS mjög vantrúaðir á töluna en eftir mikið þref var ákveðið að enda þetta í 1,50 kr/ltr. og væri afturvirkt til 1. apríl 2000 þegar fyrsta lækkun Ásgríms H. Átti sér stað. FS sér um nýjan samning og sér um að endurgreiða afslátt til SR og skulda á Olís.“

Loks er getið um tölvupóst framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnenda frá Skeljungu til ýmissa stjórnenda Olís og Skeljungs frá 5. júlí 2000. Hann verður þó ekki rakinn frekar hér.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað í málinu að Olís og Skeljungur hafi haft samstarf með sér og tekið sameiginlega ákvörðun um afslátt til SR-mjöls vegna sölu olíuvara til skipsins Sveins Benediktssonar á tímabilinu 1999-2001. Í þessu fólst brot á 10. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er ekki fallist á að OHF sé ábyrgt fyrir þessu samráði. Í því sambandi telur áfrýjunarnefndin ekki nægjanlegt að OHF hafi haft vitneskju um umrætt samráð ef fyrirtækið hafði að öðru leyti engin afskipti af því.

6.4. Samstarf olíufélaganna um viðbrögð við beiðni SR-mjöls um endurskoðun viðskiptakjara á árunum 2000–2001

Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að miklir rekstrarerfiðleikar hafi verið hjá SR-mjöli á árunum 1999–2000. Hafi þeir m.a. leitt til þess að félagið lokaði verksmiðjum sínum á Raufarhöfn og Reyðarfirði á árinu 1999. Hafi fyrirsvarsmenn félagsins leitað margoft til olíufélaganna með beiðni um bætt viðskiptakjör við kaup á olíuvörum. Í framhaldinu eru síðan raktir tölvupóstar sem styrkja það að SR-mjöl hafi leitað eftir afslætti á árinu 2000 og að öll olíufélögin hafi haft með sér samráð um hvernig mæta skyldi slíkum kröfum. Ekki er hins vegar upplýst hvort einhverjar breytingar urðu á viðskiptakjörum SR-mjöls á árinu 2000.

Olíufélögin eru einnig sögð hafa haft samvinnu um verð til SR-mjöls á árinu 2001. Í tölvupósti SR-mjöls til Skeljungs frá 1. október 2001 sem hafi fundist hjá Olís hafi verið óskað eftir fundi þegar í stað um kaup SR-mjöls á svartolíu og gasolíu. Í tölvupóstinum segir:

„Þau kjör sem við förum fram á eru:

Afsláttur á gasolíu 2 kr í afslátt frá listaverði

Afsláttur á svartolíu kr 1 í afslátt frá listaverði, verði afturvirkir til 1. júní

2001.

[...]

Vinsamlegast sendi afrit af þessu til hinna "samstarfsaðilanna".

Fyrir liggur að framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungum framsendi þennan tölvupóst frá SR-mjöli til Olís og OHF ásamt athugasemdum sem vikið er að í hinni kærðu ákvörðun.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað í málinu að Olís og Skeljungur hafi haft samstarf með sér í þeim tilvikum sem hér um ræðir. Það sama á einnig við um OHF. Auk þeirra gagna sem getið er í ákvörðun samkeppnisráðs og að nokkru leyti er vitnað til hér að framan skal bent á að OHF kom að umfjöllun almenns afsláttar á svartolíu á árinu 2000 en þar var SR-mjöl ásamt öðrum fyrirtækjum til umræðu svo sem nánar er rakið í V 5.2.

6.5. Niðurstaða

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir samráði olúfélaganna í tengslum við viðskipti við SR-mjöl. Má vísa til fyrrgreindrar umfjöllunar um þær niðurstöður sem komist var að um einstök atriði.

7. Markaðsskipting vegna sölu til Jökuls

7.1. Skiptisala olúfélaganna vegna viðskipta við Jökul og samkomulag um sérstakan afslátt

Fyrir liggur að í framkvæmd var samkomulag milli olúfélaganna um að skipta allri sölu jafnt milli félaganna þriggja sem fór í gegnum sameiginlega birgðastöð þeirra á Raufarhöfn, sbr. m.a. upplýsingar forstjóra OHF og fyrrverandi framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda á fundi Samkeppnisstofnunar þann 7. maí 2002. Þrátt fyrir að Skeljungur hefði umsjón með skiptisölunni á Raufarhöfn, hafði Olís umsjón með viðskiptum við Jökul, þ.e. Olís sendi Jökli reikninga fyrir eldsneytiskaupum, en gerði síðan söluna upp við hin félögin. Á árinu 1995 leitaði Jökull eftir því að fá keypta

gasolíu á flotaolíuverði (skipagasolíuverði) fyrir þau skip sem félagið hafði nýlega keypt, en Jökull hafði áður fengið slík kjör vegna eldra skips félagsins, Rauðanúps.

Talsverð umræða var milli olíufélaganna um afslátt til Jökuls vegna ársins 1995. Niðurstaða úr umræðum olíufélaganna um afslátt til Jökuls virðist hafa orðið sú að félögin komust að samkomulagi um afslátt sem var skipt jafnt á milli olíufélaganna þriggja.

7.2. Skiptisölu vegna Jökuls hætt í kjölfar sameiningar félagsins við Útgerðarfélag Akureyringa

Fram kemur að í maí 1999 hafi Útgerðarfélag Akureyringa hf. (ÚA) og Burðarás hf. keypt meirihluta hlutabréfa í Jökli hf. Rekstur Jökuls var síðan sameinaður rekstri ÚA frá og með 1. september 1999. Skömmu síðar hafi forstjóri Olís óskað eftir því að OHF og Skeljungur verði rukkuð um þeirra hluta í afslætti af eldsneyti til Jökuls, sbr. tölvupóst forstjóra Olís til framkvæmdastjóra markaðssviðs stórnotenda félagsins frá 1. nóvember 1999. Í kjölfar þessa sendi Olís síðan í ársbyrjun 2000 samhljóða bréf til Skeljungs og OHF vegna afsláttar til Jökuls á Raufarhöfn, en þar segir m.a.:

„Undanfarin ár hefur verið í gildi samkomulag um skiptingu á sölu á því magni sem fer í gegnum sameiginlega birgðastöð olíufélaganna á Raufarhöfn. Jökull hf hefur verið í viðskiptamannahópi Olís mörg undanfarin ár og því verið haldið utan um skiptingu þeirra viðskipta af hálfu félagsins.“

Fleiri tölvupóstar gengu síðan á milli Olís og Skeljungs um þetta sem ekki verða hér frekar raktir. Fram kemur einnig að eftir að rekstur Jökuls var sameinaður rekstri ÚA síðla árs 1999, hafi komið fram krafa frá ÚA um að afsláttur vegna skipa á vegum Jökuls yrði hækkaður til samræmis við viðskiptakjör sem giltu um önnur skip ÚA, enda hafi viðskiptakjör við ÚA verið meðal þess hagstæðasta sem tíðkaðist. Voru mál þessi rædd á fundi forstjóra og framkvæmdastjóra markaðssviða stórnotenda hjá OHF og Olís þann 6. apríl 2000. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að í gögnum málsins sé að finna handskrifaða fundargerð vegna þess fundar, þar sem segir m.a.:

„Raufarhöfn- ÚA út úr skiptingu. Skip viðskiptaaðila afgr. af ODR en tekjur hvers félags fyrir sig.“

7.3. Niðurstaða

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað í málinu með vísan til gagna þess að öll olíufélögin, Olís, OHF og Skeljungur, hafi samið um að veita Jökli afslátt sem síðan skiptist jafnt á milli olíufélaganna. Einnig telst sannað að eftir að Jökull var sameinaður ÚA hafi verið samið um að viðskiptakjör ÚA í viðskiptum félagsins við OHF skyldu einnig gilda um skip Jökuls. Áfrýjunarnefndin telur sannað að olíufélögin hafi haft samstarf um markaðsskiptingu að því er varðar nefnt fyrirtæki. Fyrrgreint samstarf fól í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga.

8. Markaðsskipting vegna sölu til SBK og áhaldahúss Keflavíkur

Fram kemur að frá 1993 hafi verið í gildi samkomulag milli Skeljungs og OHF um að félögin skiptu með sér til helminga allri sölu á gasolíu til fyrirtækisins SBK hf., Sérleyfis- og hópferðabíla Keflavíkur, og áhaldahúss Keflavíkur (nú Reykjanesbæjar).

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur gögn málsins veita næga vísbendingu um að umrætt samstarf hafi átt sér stað á allt frá árinu 1993. Þetta er og staðfest af forstjóra OHF í skýrslu hans hjá Samkeppnisstofnun þann 7. maí 2002.

9. Markaðsskipting vegna sölu til ÍSAL

Fram kemur að á fundi olíufélaganna sem haldinn var þann 8. mars 1967 var samþykkt að olíufélögin þrjú myndu bjóða tiltekið verð í kaup ÍSAL á eldsneyti. Jafnframt var ákveðið að það félag sem fengi viðskiptin skyldi skipta sölunni jafnt með hinum félögunum. Einnig var ákveðið að Olís fengi viðskipti við tiltekið fyrirtæki sem vann að byggingu verksmiðjunnar og í því samhengi ákveðið að Olís myndi bjóða lægst vegna útboðs fyrirtækisins. Framleiðsla ÍSAL hófst árið 1969 og samdi fyrirtækið við Skeljung um kaup á eldsneyti. Forstjórar olíufélaganna þrjú hittust á fundi 4. september 1969 og ræddu um „*Gasolíu- og fuelolíuviðskipti við Álverksmiðjuna í Strumsvík*“ og var þá nánar bókað um samstarf þeirra eins og getur í ákvörðun samkeppnisráðs.

Þá kemur fram að árið 1996 ákváðu stjórnendur ÍSAL að endurnýja samning sinn vegna olíukaupa og óskuðu eftir viðræðum við Skeljung. Starfsmenn Skeljungs tilkynntu OHF og Olís um þessar viðræður og leituðu eftir samþykki þeirra varðandi

þau kjör sem ætti að bjóða ÍSAL, sbr. eftirfarandi tölvupóst starfsmanns Skeljungs til forstjóra Olís og framkvæmdastjóra fjármálasviðs hjá OHF:

„Vísu í símtal okkar rétt áðan.

Á morgun föstudag, verða viðræður við ÍSAL um endurnýjun viðskiptasamnings, út árið 1996. Í núverandi viðskiptasamningi er afsláttur á svartolíu kr. 60 pr. tonn, frá gamalli tíð, sem ekkert hefur breyst í nokkur undanfarin ár. Við þurfum að endurskoða þennan afslátt og líklega bæta eitthvað við grunninn til þess að þeim finnist þeir einhvers njóta með hliðsjón af magni (þeir vita að sjálfsögðu ekki um skiptisölu).

Við búumst við að þurfa að ljúka málinu með a.m.k. 200 kr. afslætti pr. tonn, jafnvel hærra (þó hámark 300 að okkar mati).

Athugasemdir óskast ef ekki er fallist á þessa málsmeðferð. Fundur með ÍSAL er kl. 10 í fyrramálið.“

Undirritun samnings þessa milli Skeljungs og ÍSAL fór fram 3. júní 1996. Gögn málsins sýna enn fremur að samkomulag olíufélaganna frá árunum 1967 og 1969 voru enn talin í gildi árið 1997. Í lok ágúst 1997 ákvað ÍSAL að bjóða út sölu á eldsneyti til fyrirtækisins, þ.e. svartolíu, gasolíu og bensíni, og voru bréf þess efnis send OHF, Olís og Skeljungi. Frestur til að skila tilboðum var veittur til 15. september 1997. Innan Skeljungs var tekið saman minnisblað um viðskiptasamninga við ÍSAL sem dagsett er 3. september 1997 en þar segir svo í niðurstöðu:

„Ef ÍSAL fer í útboð með viðskiptin kemur til greina fyrir okkur að hafa samráð við hin olíufélögin um tilboðsfjárhæðir og semja einnig um að sá aðili sem fái viðskiptin skipti þeim bróðurlega með hinum félögunum. Slíkt samráð er hinsvegar litið hornauga af löggjafanum, sbr. samkeppnislögin.“

Gögn málsins sýna einnig að umrædd skiptisala á eldsneyti til ÍSAL hélt áfram allt fram á árið 2001 enda er það ekki umdeilt í málinu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að frá gildistöku samkeppnislaga hafi olíufélögunum borið að stöðva það samstarf sem hér hefur verið lýst. Áfrýjunarnefndin vísar í rök samkeppnisráðs og telur að olíufélögin hafi skipt með sér

viðskiptum Skeljungs við ÍSAL frá gildistöku samkeppnislaga allt til ársins 2001 og haft með sér samráð um verð til ÍSAL. Fara þessar aðgerðir gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þessu samráði félaganna vegna ÍSAL lauk í ágúst 2001. Í IV 7. hefur verið rætt um samvinnu um gerð tilboða í útboði ÍSAL 1997. Engin rök eru til þess að telja að stjórnvöld hafi átt frumkvæðið að umræddri skiptingu í upphafi en jafnvel þó svo hafi verið hefur það ekki þýðingu eftir gildistöku samkeppnislaga.

10. Markaðsskipting vegna sölu til Kísiliðjunnar við Mývatn

Gögn málsins veita vísbendingar um að skiptisala hefði tíðkast gagnvart Kísiliðjunni allt frá því er starfsemi verksmiðjunnar hófst og að OHF hafi haft umsjón með þeirri sölu. Framlegð af sölu til verksmiðjunnar virðist hafa skipst jafnt milli olúfélaganna. Þetta fyrirkomulag hófst löngu fyrir gildistöku samkeppnislaga og það hélt áfram eftir gildistöku þeirra laga allt fram á árið 2001.

Með skírskotun til þeirra forsendna sem koma fram í ákvörðun samkeppnisráðs má staðfesta þá niðurstöðu að olúfélögin hafi öll skipt með sér viðskiptunum frá gildistöku samkeppnislaga þar til í ágúst 2001. Felst í þessu brot á 10. gr. samkeppnislaga. Engin rök eru til þess að telja að stjórnvöld hafi átt frumkvæðið að umræddri skiptingu í upphafi en jafnvel þó svo hafi verið hefur það ekki þýðingu eftir gildistöku samkeppnislaga.

11. Markaðsskipting vegna sölu til Íslenska járnblendifélagsins, Reykjavíkurborgar, dómsmálaráðuneytisins, Vestmannaeyjabæjar o.fl.

Í gögnum málsins liggur fyrir minnisblað sem fannst hjá Olís sem lýsir fundi forstjóra olúfélaganna 7. ágúst 1975. Minnisblaðið hljóðar m.a. svo:

„Á fundi þriggja forstjóra olúfélaganna í dag var ákveðið að hafa sameiginlega aðild að viðskiptum við Málblendiverksmiðjuna að Grundartanga og byggingaraðila hennar, þannig að viðskiptin skiptust til þriðjunga milli olúfélaganna (...)

Þá var enn fremur ákveðið að Olíuverslun Íslands h.f., skyldi vera umsjónaraðili með þessum viðskiptum (...).“

Framkvæmd þessa samkomulags frá 1975 tengist svo framkvæmd annarra samninga olíufélaganna eins og nánar er greint frá í hinni kærðu ákvörðun og er í málinu sýnt fram á að það eigi m.a. við um dómsmálaráðuneytið, Landhelgisgæsluna, Reykjavíkurborg og Vestmannaeyjabæ.

11.1. Atvik á árinu 1997

Samkeppnisráð hefur í ákvörðun sinni vitnað til ýmissa gagna sem hún telur styðja það að í gildi hafi verið almennt samkomulag að skipta viðskiptum við opinbera aðila og stóriðjur. Að nokkru leyti hefur verið vikið að þessum gögnum í IV 8. og 9. bæði í úrskurði þessum og í ákvörðun samkeppnisráðs.

Áfrýjunarnefndin telur alveg ljóst að samkomulag um markaðsskiptingu hafi komist á milli olíufélaganna í tilteknum málum og hefur hér að framan í VIII verið að því vikið. Vissar vísbendingar hafa einnig komið fram um að þetta samkomulag hafi verið almenns eðlis og náð t.d. til opinberra fyrirtækja eða stóriðja. Áfrýjunarnefndin er hins vegar þeirrar skoðunar að hvorki skrifleg gögn málsins né skýrslur fyrirsvarsmanna olíufélaganna séu skýrar að þessu leyti. Því verður ekki á það fallist að í gildi hafi verið almennt samkomulag um að skipta ætti á milli félaganna viðskiptum við opinbera aðila og stóriðjur.

11.2. Atvik á árinu 1998

Upplýst er í málinu að deilur voru milli olíufélaganna um uppgjör. Með bréfi, dags. 27. febrúar 1998, krafði Olís Skeljung um þjónustugjöld frá 1. október 1996 til 31. desember 1997. Bréfinu fylgdu útreikningar á svonefndum þjónustugjöldum. Sömu útreikningar komu fram í símbréfi Olís til OHF frá 6. mars 1998 sem einnig liggja frammi í málinu. Í framhaldi af þessu sendi Skeljungur þann 10. mars 1998 eftirfarandi bréf til OHF og Olís:

„Trúnaðarmál

Varðar: Óuppgerð þjónustugjöld

Meðfylgjandi er tillaga Skeljungs hf. að uppgjóri þjónustugjalda fyrir árin 1996 og 1997 hvað Skeljung varðar, árið 1997 hvað Olíufélagið varðar og ártin 1975–1997 hvað Olís varðar.

Skv. samkomulaginu ber Skeljungu hf. að greiða hvoru hinna olíufélaganna kr. 9.058.178.- fyrir árin 1996 og 1997 vegna Reykjavíkurborgar og kr. 52.675.- vegna Hafnarsjóðs Vestmannaeyja. Samtals nemur greiðslan því kr. 9.110.853.- til hvors félags. Hér er Landhelgisgæslan undanskilin enda ágreiningur um þau þjónustugjöld.

Olíufélaginu hf. ber að greiða hvoru hinna félaganna kr. 434.602.- fyrir tímabilið maí til des 1997.

Ekki er gerð krafa um uppgjör vegna Dómsmálaráðuneytis af sömu ástæðum og hvað Landhelgisgæsluna varðar.

Olís hf. ber að greiða Skeljungu hf. kr. 19.803.194.-, vegna þjónustugjalda á Grundartanga skv. undirrituðu samkomulagi dags. 07.08.1975 sem aldrei hefur verið efnt. (...)

Meðfylgjandi er yfirlit heildarviðskipta þeirra aðila sem þjónustugjöldin taka til ásamt sundurliðun á greiðslum hvers félags skv. þessari tillögu.“

Þessu bréfi fylgdi yfirlit um skiptingu milli olíufélaganna þriggja að því er varðar viðskipti við Reykjavíkurborg, Landhelgisgæsluna, dómsmálaráðuneytið, Vestmannaeyjar og Grundartanga. Landhelgisgæslan og dómsmálaráðuneytið voru þó undanskilin. Þá er gerð grein fyrir ódagsettu skjali sem fannst hjá aðstoðarforstjóra Skeljungs og hefur að geyma sambærilegt yfirlit og sundurliðanir þær sem sendar voru OHF og Olís með fyrrgreindu bréfi frá 10. mars 1998 nema að því leyti að þar er gert ráð fyrir því að OHF greiði hinum félögunum rúmar 1,7 milljónir króna vegna dómsmálaráðuneytisins og að Skeljungur greiði Olís tæpar 3 milljónir króna og OHF sömu upphæð vegna Landhelgisgæslunnar. Eins og greinir nánar í hinni kærðu ákvörðun hafa ekki komið fram af hálfu fyrirsvarsmanna Skeljungs fullnægjandi skýringar á þessum gögnum.

Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir ýmsum gögnum sem snerta óuppgerð mál olíufélaganna út af viðskiptum við stóra viðskiptamenn. Fram kemur m.a. að forstjórar olíufélaganna þriggja hittust á fundi 9. desember 1998. Samkvæmt dagskrár fundarins sem er meðal gagna málsins voru 15 mál til umræðu. Auk þessarar dagskrár lét forstjóri OHF Samkeppnisstofnun í té bæði handskrifaða og prentaða minnispunkta sína um fundinn. Forstjóri Olís sendi tölvupóst til undirmanna sinna 10. desember 1998 og lýsti umræðum forstjóranna varðandi 10 málefni. Á dagskránni var m.a.

umræða um „*Málefni Grundartanga*“. Samkvæmt tölvupósti forstjóra Olís lagði hann fram tillögu í málinu. Í henni bauðst Olís til að greiða OHF og Skeljungu rúmlega 1 milljón króna vegna framlegðar Olís af viðskiptum við ÍJ frá 1978–1993. Forsendur tillögunnar voru þessar:

1. *Útboð fór fram 13.01.94. Ekkert rætt um skipti þá.*
2. *Reiknað kr. 0,54 frá '92, eftir að framlegð fór að hækka, sem er sama og samkomulag varð um varðandi Landhelgisgæsluna 18/9'96. Árin þar á undan reiknað kr. 0,35 og magn áætlað.*
3. *Engin þátttaka hefur verið reiknuð vegna flutningskostnaðar, tækja og búnaðar.*
4. *Framhald ræðst af því, hvort samkomulag tekst um óleyst mál af sama toga, svo sem Landhelgisgæsluna, Dómsmálaráðuneytið og Póst og síma. Einnig vaknar spurning um Norðurál.*

Um nánari atriði sem að þessu lúta verður að vísa til hinnar kærðu ákvörðunar.

11.3. Atvik á árinu 1999

Fram kemur að þann 8. janúar 1999 hafi forstjóri Olís sent tölvupóst til forstjóra OHF og Skeljungs. Í honum vísaði hann til síðasta fundar þar sem ákveðið hafi verið að hann hefði frumkvæði að því að boða til næsta fundar þegar hann væri „*tilbúinn með viðbrögð við Grundartanga málinu.*“ Forstjórafundurinn var haldinn 18. janúar 1999. Samkvæmt handskrifuðum minnispunktum forstjóra OHF voru að minnsta kosti 12 málefni á dagskrá, þar á meðal Grundartangamálið og kemur fram að forstjóri Olís hafi lagt fram nýja tillögu dags. 18/1/99. Í henni fólst að Olís bauðst nú til að greiða OHF og Skeljungu hærri upphæð vegna áranna 1978–1993, rúmar 2 milljónir króna í stað 1 milljóna króna áður. Áréttað var í nýja tilboðinu að greiðslur vegna viðskipta eftir 1994 réðust af því hvort samkomulag tækist um óleyst mál af sama toga. Í því sambandi var aftur vísað til m.a. Landhelgisgæslunnar og dómsmálaráðuneytisins.

Forstjóri Skeljungs svaraði þessari tillögu með bréfi sem hann sendi forstjóra Olís. Bréfið er dagsett 4. febrúar 1999 og var samrit þess sent forstjóra OHF. Í bréfinu eru gerðar ýmsar athugasemdir við forsendur í tillögu Olís. Í bréfinu segir einnig þetta:

„Útboð 13. janúar 1994:

Í bréfi Íslenska Járblendifélagsins hf. dagsett 13. janúar 1994, er óskað tilboða í eldsneyti, sem og smurolíur og aðrar tilgreindar rekstrarvörur. Samkvæmt þeim upplýsingum sem fyrrverandi starfsmenn Skeljungs hafa veitt, var óformlegt samkomulag um óbreytt fyrirkomulag á Grundartanga, þ.e. áframhaldandi rekstur Olís með skiptingu framlegðar. Það er í fullu samræmi við þær venjur og hefðir sem skapast hafa í sambærilegum málum. Eðli málsins samkvæmt er ekki hægt að kalla til þá aðila sem að þessu máli komu þar sem málið er að sjálfsögðu afar viðkvæmt. Eftir stendur, jafnvel þótt túlkun útboðs sé umdeild, að undirrituðu samkomulagi frá 7. ágúst 1975 hefur aldrei verið rift af Olís hálfu og verður að líta svo á að samkomulag um skiptingu framlegðar sé enn í fullu gildi. Því er óeðlilegt að tengja lúkningu þessa máls öðrum málum, s.s. útboðs Landhelgisgæslunnar, Dómsmálaráðuneytisins og Norðuráli þar sem samningar eru ófrágengnir enda forsendur allt aðrar þar sem tilboðum var hafnað. Niðurstaða Skeljungs hf: Krafa Skeljungs er því kr. 6.154.514 án VSK sbr. meðfylgjandi útreikningi. Hlýtur að mega fallast á, að hér er reynt til hins ýtrasta að koma til móts við önnur framkomin sjónarmið í málinu.“

Ekki þykir hér efni til að rekja fleiri gögn um þessi samskipti olíufélaganna og er vísað um þau til hinnar kærðu ákvörðunar.

11.4. Atvik á árinu 2000

Fram kemur að Íslenska járnblendifélagið hf. (ÍJ) óskaði þann 4. febrúar 2000 eftir tilboðum frá olíufélagunum og var skilafrestur til 22. febrúar 2000. Þann 5. febrúar 2000 sendi framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta hjá Skeljungi tölvupóst til forstjóra félagsins og aðstoðarforstjóra og greindi frá nefndu útboði. Í tölvupósti hans kemur einnig fram að skoða þyrfti þetta „í sögulegu samhengi og spurning hvort ekki er hægt að klára ýmis eldri mál, þar sem loks skapast aðgengi að þessu ágæta félagi.“ Forstjóri Skeljungs svaraði og spurði hvort Olís hefði „rætt málið.“ Þann 17. febrúar 2000 sendi forstjóri OHF tölvupóst til forstjóra Skeljungs og var efni hans „fundur 18.2.2000 kl. 8.00“. Í tölvupóstinum segir þetta:

„Ég geri það að tillögu minni að við tökum aðeins fyrir uppgjörsmál á fundinum og frestum öðru. Óuppgerð er: Grundartangi, SVR, Raufarhöfn og Kísiliðjan. Ef ég gleymi einhverju þá bætið það við. Málefni fyrir annann fund eru: Nýr samningur um Örfirsey milli ODR og Skeljungs. Hagsmunafélag olíufélaganna??

Vinsamlegast eyðið þessari orðsendingu þegar þið hafið lesið hana.“

Forstjóri Skeljungs framsendi þennan póst til aðstoðarforstjóra félagsins og spurði hann hvort þetta séu einu málin sem óuppgerð séu. Í svari aðstoðarforstjórans segir þetta:

„Það er spurning um Dómsmálaráðuneytið, en þá munu þeir væntanlega benda á Landhelgisgæsluna. Ég kannast ekki við ágreining varðandi Raufarhöfn, þar er skiptisala vegna SR 40/40/20 og önnur skipting er 33/33/33. Ætlar þú ekki að afboða eða fresta fundinum?

Það er sjálfsagt að eyða þessu en mér finnst glannalegt að senda þetta svona í gegnum netþjóna út um allan bæ.“

Ekki þykir hér efni til að rekja fleiri gögn um þessi samskipti olíufélaganna og er vísað um þau til hinnar kærðu ákvörðunar.

11.5. Umræður 2001 um lok skiptisölu og nýja markaðsskiptingu

Í ákvörðun samkeppnisráðs er málavöxtum lýst svo:

„Eins og nefnt er í kafla IV 13 áttu sér stað á árinu 2001 margir viðræðufundir milli olíufélaganna um skiptingu milli þeirra á viðskiptum við tiltekna viðskiptavinum. Að sögn OHF og Olís hófust þessar viðræður að frumkvæði Skeljungs og hafi fyrirtækið lagt til að þágildandi fyrirkomulagi á skiptisölu eða skiptingu framlegðar yrði hætt. Þess í stað myndu olíufélögin ná nýju samkomulagi um markaðsskiptingu sem í myndi felast að olíufélögin héldu hvert um sig tilteknum viðskiptavinum. Að mati OHF og Olís hafi tilgangur Skeljungs verið að reyna að sannfæra hin félögin um að Skeljungur gæti haft viðskiptin við ÍSAL og Reykjavíkurborg í friði þrátt fyrir að skiptisölu yrði hætt. Samkeppnisstofnun hefur beðið þá starfsmenn Skeljungs sem sátu þessa fundi að gera grein fyrir þeim. Framkvæmdastjóri markaðssviðs stórviðskipta

hefur sagt að á árinu 2001 hefðu farið fram viðræður vegna „*gamalla samstarfsmála*“ olíufélaganna. Á þessum fundum hefðu menn leitað leiða til þess að félögin gætu „*hætt því samkrulli sem tíðkast hefði*.“ Ekki hefði hins vegar „*gengið vel að finna lausn sem allir gátu sætt sig við*.“ Aðstoðarforstjóri Skeljungs segist kannast við samtöl við hin félögin um „*ýmis fortíðarmál, sem ekki hafi fundist á lausn á árinu 1998*“. Þar hefðu viðskipti við ÍSAL verið rædd. Skeljungur hefði viljað hætta allri skiptisölu og um það hefðu allir verið sammála.“

Mörg gögn málsins veita vísbendingar um að umræður hafa farið fram milli olíufélaganna í kjölfarið sem gengu út á það að hætta skiptisölu og taka upp annað fyrirkomulag. Forstjóri Olís sagði m.a. á fundi með Samkeppnisstofnun 9. ágúst 2002 að tiltekið skjal frá Skeljungum sem þar var til umræðu hefði verið samið „*í tilefni umræðna um að hætta skiptisölu. Hefði Skeljungur greinilega verið að reyna að sannfæra hin félögin um að unnt væri að hætta skiptisölu með þeim hætti að hvert félag héldi viðskiptum við þau fyrirtæki sem þau höfðu umsjón með og þar með að Skeljungur héldi Ísal áfram. Kortlagningin væri algjörlega komin frá Skeljungum. Félagið vildi sannfæra hin félögin um að þau hefðu nóg fyrir sig, þannig að Skeljungur gæti verið í friði með Ísal og SVR*.“

OHF hefur tekið efnislega undir þessi ummæli og sagt að Skeljungur hafi haft frumkvæði að því að skiptisölu olíufélaganna yrði hætt, m.a. með því að hætta uppgjörum við hin olíufélögin. Skeljungur hefði einnig gert tilraunir til þess að ná sáttum við hin félögin um að Skeljungur fengi að halda viðskiptum við ÍSAL og SVR. Þar á móti hafa fyrirsvarsmenn Skeljungs sagt efnislega að tilgangurinn með viðræðunum við hin olíufélögin hafi fyrst og fremst verið sá að sjá til þess að engir eftirmálar yrðu af því að skiptisala væri lögð niður.

11.6. Niðurstaða

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að staðfesta megi niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar um að olíufélögin náðu á árinu 1996 samkomulagi um að skipta á milli sín framlegð:

- vegna viðskipta Skeljungs við fyrirtæki Reykjavíkurborgar. Samkomulagið var í gildi fram til útboðsins sem lauk í desember 2001.

- vegna viðskipta Skeljungs við Landhelgisgæsluna. Samkomulagið var í gildi fram á árið 2001.
- vegna viðskipta OHF við dómsmálaráðuneytið. Samkomulagið var í gildi fram á árið 2001.
- vegna viðskipta OHF og Skeljungs við Vestmannaeyjabæ. Samkomulagið var í gildi fram á árið 2001.
- vegna viðskipta Olís við ÍJ. Samkomulagið var í gildi fram á árið 2001.

Umræddir samningar voru ýmist alls ekki efndir eða efndir að hluta til. Þeir teljast brot á 10. gr. samkeppnislaga. Enn fremur má fallast á það með samkeppnisráði að viðræður hafi farið fram milli olíufélaganna um að hætta skiptisölu og taka þess í stað upp nýja gerð af markaðsskiptingu. Þessar hugmyndir náðu þó ekki fram að ganga. Þó verður ekki fram hjá því litið að gögn málsins sýna að umræðurnar hafa snúist um viðskiptaleg atriði þar sem olíufélögin skiptust á upplýsingum sem snerta samkeppni og voru til þess fallnar að raska henni. Slíkt brýtur í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Loks þykir ósannað í málinu að á milli olíufélaganna hafa verið í gildi almennt samkomulag um að skipta ætti öllum viðskiptum við opinbera aðila og stóriðjur á árunum 1993–2001.

12. Samkomulag um að keppa ekki um samningsbundna viðskiptavinum

Að mati samkeppnisráðs gefa gögn málsins til kynna að á tímabilinu 1993–2001 hafi verið í gildi samkomulag eða sameiginlegur skilningur olíufélaganna um að félögin myndu ekki keppa um fasta/samningsbundna viðskiptavinum hvers annars. Í því skyni að festa þetta fyrirkomulag í sessi hafi einnig verið í gildi samkomulag um að ef viðskiptavinur flytti viðskipti sín frá einu olíufélagi til annars þá myndi nýja félagið yfirtaka viðskiptaskuldir viðskiptavinarins hjá hinu félaginu. Þetta fyrirkomulag hafi latt félögin frá því að reyna að ná til sín viðskiptavinum hinna félaganna. Í málinu liggur frammi skjal dagsett 3. mars 1992 sem afhent var af OHF og ber heitið „*Vinnureglur vegna hinna Olíufélaganna*“. Í skjalinu segir:

„1. Þegar Olíufélagið h.f. tekur í viðskipti, viðskiptaskip hinna Olíufélaganna, eru skuldir að fullu gerðar upp, með greiðslu peninga eða uppáskrift veðskuldabréfa, þar sem hin Olíufélögin hafa verið í ábyrgð fyrir.“

2. Þegar skip eru leigð milli útgerðaraðila, hefur Olíufélagið h.f. afgreitt viðskiptaskip hinna Olíufélaganna, hafi leigutaki bedið um viðskipti og er okkar viðskiptaaðili.

3. Þegar hin Olíufélögin tilkynna um lokun á sína viðskiptaaðila vegna vanskila, afgreiðum við ekki þó staðgreiðsla sé í boði. (...)

Um aðra viðskiptaaðila (önnur viðskipti en skip) eiga að gilda sömu vinnureglur.“

Til enn frekari marks um fyrrgreint samráð hefur samkeppnisráð m.a. tilgreint tölvupóst frá 21. júní 2001 innan OHF þar sem segir:

„Mig langar að láta ykkur vita af því að hingað hafa hringt margir viðskiptavinir og eru að leita eftir auknum afslætti. Ástæðan er fyrst og fremst hátt eldsneytisverð en einnig hafa margir sagt mér að hin olíufélögin og þá aðallega Shell eru að senda til þeirra menn og bjóða þeim afslátt að fyrra bragði. Mönnum finnst greinilega mikið til koma að það skuli vera sendur til þeirra maður með sérstök tilboð til viðkomandi aðila og ég hef fengið að heyra “að þetta gerum við sko ekki”. Er þá verið að bjóða þeim bæði krónutöluafslátt af eldsneyti og einnig prósentuafslátt af öðrum vörum úti á stöðvunum. Og þessir aðilar eru að athuga hvort við getum boðið það sama eða hærra. Það er því greinilegt að það heiðursmannasamkomulag sem var í gildi milli olíufélaganna að láta viðskiptavini hinna í friði er ekki lengur í gildi. Sérstaklega finnst mér að Shell sé að vinna í því að ná frá okkur viðskiptavinum með alls konar tilboðum. Mér finnst ástæða til að láta ykkur vita af þessu til þess að hægt sé að skoða málin og bregðast við sem fyrst áður en við töpum of mörgum viðskiptavinum.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur sannað í málinu að á milli olíufélaganna þriggja hafi verið í gildi samkomulag um skiptingu markaðarins sem að því laut að keppa ekki um sanningsbundna viðskiptavini. Engu breytir um ólögmati þessa þó olíufélögin hafi ekki alltaf virt samkomulagið eða með hvaða hætti það komst á í upphafi. Ljóst þykir að það hafi verið virt öðru hvoru. Ætla verður að það hafi verið í gildi a.m.k. frá gildistöku samkeppnislaganna og fram á árið 2001.

IX Samstarf í rekstri bensínstöðva

Samkeppnisráð telur ljóst af gögnum málsins að Skeljungur, Olís og OHF hafi frá gildistöku samkeppnislaga til ársloka 2001 haft með sér náið samstarf um rekstur bensínstöðva og skiptingu tekna vegna þess rekstrar.

1. Samrekstur bensínstöðva fram að gildistöku samkeppnislaga

Í ákvörðun samkeppnisráðs er þess í upphafi getið að samrekstur bensínstöðva olíufélaganna hafi verið tíðkaður a.m.k. frá árinu 1972 en það ár hafi Skeljungur og Olís undirritað samning um rekstur sameiginlegra bensínstöðva og ári síðar hafi öll olíufélögin undirritað samkomulag um slíkan rekstur. Gögn málsins greina einnig frá því að þann 30. desember 1988 gerðu félögin svo með sér samkomulag um rekstur bensínsölustaða í sameign félaganna. Samkvæmt samkomulaginu var sölu skipt jafnt á milli félaganna mánaðarlega, sbr. 2. gr., en öllum rekstrarkostnaði var skipt árlega, sbr. 4. gr. Samkvæmt 1. gr. var einu félagi falin öll umsjón með ákveðnum sölustöðum. Skiptingin var þannig að OHF sá um Ísafjörð og Kirkjubæjarklaustur, Olís tók að sér Ólafsvík, Stykkishólm, Siglufjörð og Þingvelli en Skeljungur sá um að reka bensínstöðvar við Umferðamiðstöðina í Reykjavík, á Hvammstanga, í Þorlákshöfn og á Bíldudal. Samkvæmt 7. gr. var félögunum heimilt að óska eftir öllum upplýsingum um rekstur einstakra stöðva frá umsjónaraðila þeirra. Gögn málsins sýna einnig að samningur þessi var í gildi til 1. janúar 2001, en þann dag tók gildi nýr samningur olíufélaganna um rekstur og eignarhald á bensínstöðvum í eigu þeirra þriggja, sbr. samning dags. 14. mars 2001. Auk þessa samstarfs var einnig samstarf milli Olís og Skeljungs um nokkrar bensínstöðvar og sömuleiðis milli Olís og OHF.

2. Erindi FÍB 1993 og bréf Olís 1994

Í málinu liggur fyrir að olíufélögin höfðu þann 4. nóvember 1994 gert Samkeppnisstofnun nokkra grein fyrir samrekstri sínum á bensínstöðvum og fært rök fyrir ástæðum þessa. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs að Samkeppnisstofnun hefði á fundi stuttu síðar gert olíufélögunum grein fyrir því að samreksturinn stangaðist hugsanlega á við 10. gr. samkeppnislaga.

3. Samrekstur bensínstöðva 1993-2001

Í ákvörðun samkeppnisráðs er gerð grein fyrir samrekstri Olís og Skeljungs á nokkrum bensínstöðvum og sömuleiðis samrekstri Olís, OHF og Skeljungs. Enn fremur er gerð sérstök grein fyrir samrekstri Olís, Skeljungs og OHF á nokkrum stöðum. Enginn ágreiningur virðist vera um staðreyndir varðandi þetta fyrirkomulag og að þann 14. mars 2001 hafi olíufélögin undirritað nýjan samning um rekstur og eignarhald á bensínstöðvum í sameiginlegri eigu félaganna þriggja.

Fram kemur í ályktun samkeppnisráðs að horft er fram hjá þessum samrekstri við ákvörðun viðurlaga í máli þessu en telur samrekstur stöðvanna fara engu að síður gegn 10. gr. samkeppnislaga. Nauðsynlegt sé að fjalla um þessi tilvik til að skapa lagalegan grundvöll til að beita ákvæðum 17. gr. samkeppnislaga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á þessa niðurstöðu samkeppnisráðs.

IV. HLUTI

Ákvörðun viðurlaga

I Almenn skýringaatriði

1

Ákvæði 1. og 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga eins og það var við gildistöku laga nr. 8/1993 hljóðaði svo:

Samkeppnisráð getur lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Sektirnar renna til ríkissjóðs.

Við ákvörðun stjórnvaldssekta skv. 1. mgr. skal tekið tillit til þess skaða sem samkeppnishömlurnar hafa valdið og þess ávinnings sem þær hafa haft í för með sér. Sektir geta numið frá 50 þúsundum til 40 milljóna króna, en þó allt að 10% af veltu sl. almanaksárs af þeirri starfsemi sem í hlut á hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum ef sannanlegur ábati þeirra af broti gegn samkeppnisreglum laga þessara hefur numið hærri fjárhæð en 40 milljónum króna.

Í ákvæði þessu er ekki að finna leiðbeiningu um það hvernig meta skuli ábata þann eða ávinning (hér eftir nefndur ávinningur) sem þar er getið. Ákvæði 1. og 2. mgr. 52. gr. núgildandi samkeppnislaga, sbr. lög nr. 107/2000, hljóðar svo:

Samkeppnisráð leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Sektirnar renna til ríkissjóðs.

Sektir geta numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. kr. eða meira, en sektin skal þó ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun fjárhæðar sektar getur samkeppnisráð m.a. haft hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis.

2

Aðferð samkeppnisráðs til þess að komast að niðurstöðu um ávinning olíufélaganna af hinu ólögsmæta samráði byggir á því að bera saman eldsneytisverð olíufélaganna við raunverulegar aðstæður þegar samráð var til staðar við áætlaðar aðstæður miðað við að samráð hefði ekki verið til staðar. Aðferðin er síðan nánar útfærð þannig að upplýsingar um meðaltekjur eldsneytissölu, reiknaðar á einingu selds eldsneytis (einingaframlegð) áranna 1993-1995 fyrir hvert olíufélag um sig eru lagðar til grundvallar útreikningunum. Samkeppnisráð telur að á þessu tímabili hafi samráð olíufélaganna ekki haft teljandi áhrif á samkeppnisstefnu þeirra miðað við það sem síðar varð. Einingaframlegð af þessu tímabili er síðan borin saman við einingaframlegð á öðru tímabili, þ.e. árin 1996-2001. Til styrktar þessum samanburði á milli tímabila eru færð þau rök að frá síðari hluta árs 1996 hafi olíufélögin gripið til sérstakra aðgerða til að auka álagningu sína og framlegð. Því telur samkeppnisráð að samráð félaganna hafi verið markvissara og haft aukin áhrif á síðara viðmiðunartímabilinu.

3

Grundvallaratriðið í aðferð samkeppnisráðs er síðan að sýna fram á að svonefnd einingaframlegð olíufélaganna af sölu þeirra á fljótandi eldsneyti hafi aukist verulega á síðara tímabilinu miðað við það fyrra. Einingaframlegð er sagt raunverulegt lítra- eða einingaverð viðkomandi eldsneytis í krónutölu (að teknu tilliti til afsláttá og umboðs- og sölulauna) að frádregnum kostnaði við innkaup þess og gjöldum sem á það er lagt. Þar með telur samkeppnisráð sig hafa tekið tillit til síbreytilegs og verulegs kostnaðarþáttar sem olíufélögin hafi litla möguleika til að hafa áhrif á. Talið er rökrétt að meta ávinning á þennan hátt og beina athyglinni þannig að framlegð af vörusölu áður en tekið er tillit til þess hvernig tekjum af henni er ráðstafað. Er talið að aðferðin styðjist við markmið samkeppnislaga um hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta og traustan samanburð. Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að

sala olíufélaganna í þeim vöruflokkum sem rannsóknin beindist að hafi numið um og yfir 80% af heildarvörusölu samkvæmt ársreikningum olíufélaganna og hafa ekki komið fram athugasemdir við það.

4

Samkeppnisráð tekur tillit til þróunar á verði mikilvægra aðfanga og almenns rekstrarkostnaðar með því að bera saman einingaframlegð umræddra tímabila staðvirtra með vísitölu neysliverðs miðað við árið 2001. Þar með telur ráðið að ávinningur olíufélaganna sé í raun metinn á föstu verðlagi á milli viðmiðunartímabilanna og samanburðurinn að því leyti raunhæfur. Sem viðbótarröksemd fyrir að beita þessari aðferð um einingaframlegð í krónutölu bendir samkeppnisráð á að við áætlanagerð, stjórnun og eftirlit hjá olíufélögunum sjálfum hafi einmitt mikið verið lagt upp úr einingaframlegð. Sem dæmi um þetta hefur samkeppnisráð nefnt að aðstoðarforstjóri Skeljungs hafi samið skjal með fyrirsögninni „*Framlegðartölur 1998*“. Það hefst með þessum orðum: „*Samráðsnefnd olíufélaganna hefur ákveðið eftirfarandi framlegðartölur fyrir 1998*“. Síðan séu tilgreindar fjárhæðir um framlegð á lítra eftir eldsneytistegundum fyrir árið 1998 (áætluð framlegð), 1997 (áætluð framlegð) og október 1997 (rauntölur). Þá fylgi ýmsar skýringar á forsendum þessara talna. Sambærilegar skýrslur hafi síðan verið teknar saman á hverju hausti á árunum 1998–2001.

5

Með fyrrgreindum aðferðum hefur samkeppnisráð reiknað út að aukning einingaframlegðar hjá olíufélögunum þremur hafi verið veruleg milli viðmiðunartímabilanna. Þetta eigi einkum við um mikilvægustu tegundirnar, bensín og gasolíutegundir á árunum 1998-2001 að mati ráðsins. Miðað við fyrrgreindan útreikning telur samkeppnisráð að ávinningur OHF af því að einingaframlegð hækkaði að raungildi á árunum 1996-2001 miðað við meðaltal áranna 1993-1995 hafi numið 2.750 milljónum króna. Sambærilegar tölur fyrir Olís eru 2.083 milljónir króna og hjá Skeljungu 1.654 milljónir króna. Þessum fjárhæðum hefur ekki verið mótmælt tölulega. Miðar samkeppnisráð hér eingöngu við fljótandi eldsneyti en telur þó jafnframt að fyrir liggi ólögmeðt samráð um fleiri vörutegundir, t.d. um smurolú og gas auk ólögmeðts ávinnings Orkunnar af þátttöku í samráðinu.

6

Samkeppnisráð hefur tekið til meðferðar nokkra aðra skýringarkosti heldur en samráð olíufélaganna til að freista þess að skýra hækkun einingaframlegðarinnar, t.d. lækkun á innkaupsverði vegna hagstæðari innkaupa erlendis, aukið hagræði í flutningum olíuvara til landsins, hagstæðari fjármögnun farma og lækkun á kostnaði við innflutningshafnir eða birgðastöðvar. Ráðið telur þó að við virka samkeppni ætti slíkt hugsanlegt hagræði innan tíðar að koma neytendum til góða í lækkuðu vöruverði og því ekki að leiða til verulegrar framlegðaraukningar og þar með hækkunar á álagningu innflytjenda. Sömuleiðis er það rakið að OHF hafi nefnt nokkur atriði til skýringar á hækkun einingaframlegðarinnar, t.d. breytingu á launavísitölu umfram almennar verðlagsbreytingar, afskrifaðar viðskiptakröfur, auknar umhverfis- og öryggiskröfur og gengismun. Samkeppnisráð telur þó í ljósi gagna málsins ekki sennilega þá skýringu OHF að félagið hafi smám saman aukið álagningu sína vegna slíkra útgjaldaaukninga.

7

Áfrýjendur hafa lagt fram skýrslu tveggja hagfræðinga í máli þessu og styðja þeir málalíbúnað sinn við hana. Enn fremur hafa þeir lagt fram viðbótarskýrslu sömu hagfræðinga sem dagsett er 23. nóvember 2004.

II Sjónarmið áfrýjunarnefndar samkeppnismála

1

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að vegna þess hve þau brot sem hér um ræðir eru samofin séu einungis tveir kostir fyrir hendi, þ.e. að beita annaðhvort eldri eða yngri ákvæðum 52. gr. samkeppnislaga í máli þessu. Við samanburð á eldri og yngri ákvæðum lagagreinarinnar telur áfrýjunarnefndin að ákvæði eldri laga hafi að geyma vægari viðurlög heldur en þau yngri ef miðað er við atvik máls þessa. Í samræmi við meginreglur refsí- og stjórnálagalaga um beitingu íþyngjandi viðurlaga þykir rétt að beita eldri ákvæðum 52. gr. samkeppnislaga í máli þessu.

2

Eins og síðar verður sýnt fram á telst sannanlegur ávinningur olúfélaganna þriggja af broti þeirra í máli þessu nema hærri fjárhæð heldur en 40 milljónum króna fyrir hvert félag fyrir sig. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að við ákvörðun stjórnvaldssekta við þessar aðstæður skuli einkum hafa í huga þann ávinning sem félögin þrjú hafa sannanlega haft af hinu ólögmeta samráði auk þess sem einnig má hafa í huga þann skaða sem samkeppnishömlurnar hafa valdið eins og nefnt er sérstaklega í eldra ákvæði 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga. Skaði í þessum skilningi er hins vegar ekki auðmælanlegur og alvarlegar tilraunir til að greina hann hafa heldur ekki verið gerðar í máli þessu. Önnur atriði svo sem alvarleiki brots og hversu þau hafa staðið lengi og fleiri sjónarmið koma einnig til skoðunar við ákvörðun stjórnvaldssekta. Þó er auðsætt að sum atriðin eru sjálfkrafa fólgin í umfangi ólögmeats ávinnings.

3

Samkeppnisráð hefur leitast við að leiða í ljós þann ávinning sem samráð olúfélaganna skilaði á þeim markaði sem hér um ræðir. Eins og síðar verður vikið að getur áfrýjunarnefndin fallist á að aðferð samkeppnisráðs, þ.e. að mæla aukningu einingaframlegðar olúfélaganna miðað við tiltekin viðmiðunartímabil, sé fullnægjandi mælikvarði til að mæla þann ávinning sem samráðið skilaði olúfélögunum. Áfrýjunarnefndin telur eðlilegt miðað við orð eldri 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga að sannaður ávinningur verði ráðandi viðmið varðandi sektarákvörðun á hendur áfrýjendum af samráðinu nema því aðeins að önnur knýjandi rök leiði til þess að ákveða hærri/lægri stjórnvaldssektir heldur en ætluðum ávinningi nemur. Samkvæmt eldri 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga geta sektir numið frá 50 þúsundum til 40 milljóna króna, en þó allt að 10% af veltu sl. almanaksárs af þeirri starfsemi sem í hlut á hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlum.

4

Áfrýjunarnefndin lítur svo á að forsenda þess að unnt sé að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki samkvæmt framansögðu sé að þau hafi framið brot á samkeppnislögum. Í III. hluta úrskurðar þessa hefur verið ítarlega um það rætt í hverju brot olúfélaganna fólust og þátttaka þeirra hverra um sig í brotunum tíunduð. Áfrýjunarnefndin lítur svo á að ávinning olúfélaganna af samráðinu megi mæla með því að bera saman tekjur

félaganna af sölu eldsneytis við raunverulegar aðstæður á tveimur tímabilum, þ.e. annars vegar þegar samráðsins gætti lítið og hins vegar þegar samráðsins gætti í meira mæli. Áfrýjunarnefndin getur fallist á rök samkeppnisráðs fyrir að leggja annars vegar til grundvallar upplýsingar um einingaframlegð árána 1993-1995 og bera það saman við annað tímabil, þ.e. árin 1996-2001. Eins og fram kemur í úrskurði þessum í III. hluta, einkum í IV (samráð um gerð útboða) og VI (samráð um verðlagningu á olíuvörum), er ljóst að samráðstílvikin eru mun alvarlegri, skipulagðari og tíðari hjá olíufélagunum á síðara tímabilinu (1996-2001) heldur en á því fyrra (1993-1995). Önnur atriði styrkja einnig þessa aðferð, einkum það sem upplýst hefur verið um sameiginlega ákvörðun olíufélaganna um framlegðaraukningu á síðari hluta tímabilsins. Í því sambandi má rifja upp það sem rakið hefur verið hér að framan um forstjórafundi olíufélaganna í maí, júlí og desember 1998 þar sem verðlagsmál olíufélaganna voru rædd í mörgum dagskrárliðum og um sérstaka samráðsnefnd olíufélaganna sem ákvað framlegðartölur fyrir félögin eins og nánar greinir í þessum hluta, sbr. einnig III. hluta VI 3.2.-3.4. og 3.9. Sambærilegir forstjórafundir voru einnig haldnir 18. og 24. júní 1997 svo og 18. janúar 1999. Enn fremur má hér vísa til samkomulags olíufélaganna um að starfa saman í öllum útboðum frá 1996. Að öðru leyti verður að vísa til þess sem fram kemur í III. hluta í IV-VII. Þá þykir það einnig styrkja þessa aðferð að þau tvö tímabil sem metin eru saman eru tiltölulega löng þannig að ætla má að minni háttar breytur jafnist út. Loks er tekið fram að samanburður umræddra tímabila felur í sér ívilnun fyrir áfrýjendur í ljósi þess að olíufélögin höfðu einnig með sér samráð á fyrra tímabilinu (1993-1995) eins og rakið er í III. hluta úrskurðar þessa.

5

Af hálfu Skeljungs er því haldið fram að markaðshlutdeild félagsins í fljótandi eldsneyti árin 1991-2001 hafi vaxið jafnt og þétt á tímabilinu úr 27% í 40% en skýring á þessu sé að hluta til að Flugleiðir hafi ákveðið að færa viðskipti sín yfir til Skeljungs á árinu 1999. Telur Skeljungur slíkar breytingar á markaðshlutdeild óhugsandi þar sem eitthvað heildarsamráð um skiptingu og samstarf keppinauta sé við lýði. Samkeppnisráð hefur véfengt þessar tölur og telur þær mun lægri á viðmiðunartímanum frá 1. mars 1993-2001 fyrir bensín, gasolíu og svartolíu. Veruleg hækkun markaðshlutdeildar hafi aðeins orðið með flugeldsneyti.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að gögn málsins sýni að um var að ræða langvarandi og víðtækt samráð olíufélaganna á þeim markaði sem hér um ræðir eins og nánar kemur fram í III. hluta úrskurðar þessa. Í því sambandi verður ekki talið skipta máli þótt olíufélögin kunni að hafa átt í tímabundinni samkeppni eða samkeppni um einstök atriði. Þá er einnig rétt að benda á að þar sem olíufélögin skiptu með sér framlegð í sumum tilvikum skiptir augljóslega minna máli hver var skráður fyrir viðskiptunum. Það skekkir því samanburð á milli fyrirtækjanna á tímabilinu. Áfrýjunarnefndin telur því að ekki sé unnt að taka tillit til umrædds sjónarmiðs Skeljungs.

6

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að fella burt kostnað sem er óhjákvæmilegur eldsneytisöfluninni þegar einingaframlegð er reiknuð út. Ástæðan er sú að slíkur kostnaður er breytilegur og að mestu utan áhrifasviðs olíufélaganna svo sem rakið er nánar í hinni kærðu ákvörðun. Öðru máli gegnir um kostnaðarliði sem olíufélögin hafa í hendi sér að ákveða sjálf. Samanburðurinn hefur samkvæmt þessu engin tengsl við þróun á arðsemi eigin fjár eða hagnað fyrirtækis eins og það hugtak er skýrt í reikningskilum. Í útreikningum sínum hefur samkeppnisráð framreiknað verðlag beggja tímabilanna til verðlags ársins 2001. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur þetta eðlilegt til að gera tímabilin samanburðarhæf. Aðferð sú sem samkeppnisráð hefur notað telst hentug og rökrétt til að ná markmiði samkeppnislaga. Áfrýjunarnefndinni er ljóst að vafatilvik geta risið við fyrrgreindan samanburð en leitast verður við að koma til móts við óvissuatriði með því að beita varfærni í ákvörðun sekta.

7

Áfrýjunarnefndin er sammála samkeppnisráði um að flest þeirra atriða, sem nefnd eru í I 1.6. í þessum hluta, gefi hvorki viðhlítandi né trúverðugar skýringar á þeirri hækkun einingaframlegðar sem átt hefur sér stað hjá olíufélagunum þremur á viðmiðunartímabilunum. Hér er annars vegar um að ræða nánar tilgreinda sparnaðarþætti olíufélaganna í rekstri og hins vegar útgjaldaþætti þeirra á þeim tíma sem hér skiptir máli. Áfrýjunarnefndin er sammála þeirri ályktun samkeppnisráðs að einstakar aðgerðir til hagræðingar í rekstri eða ófyrirséð aukning útgjalda hefðu leitt til lækkunar eða hækkunar vöruverðs. Þó að einhverjar skýringar megi fá á grundvelli

slíkra almennra ábendinga um hugsanlegan aukinn ávinning á milli tímabilanna verður að hafa í huga að sú staðreynd að olíufélögin höfðu með sér umfangsmikið ólögsmætt samráð gefur ein og sér vísbendingu um að ávinningur hafi orðið vegna samráðsins. Fyrirnefnd 52. gr. samkeppnislaga gerir og beinlínis ráð fyrir því að slíkur ávinningur geti orðið m.a. af ólögsmætu samráði. Þar fyrir utan virðast olíufélögin sjálf hafa litið svo á að samráðið hafi skilað þeim ávinningi í ýmsum þeim tilvikum sem reifuð hafa verið í III. hluta úrskurðar þessa. Nægir þar að nefna endurgreiðslu sumra olíufélaganna til hinna af hluta af álagningu sinni í tengslum við útboð. Því verður horft fram hjá þessum atriðum við þann samanburð á framlegðaraukningu sem hér verður gerður að öðru leyti en því sem getið verður í lið 10.

8

Gagnrýni olíufélaganna beinist að því að einingaframlegð í hinni kærðu ákvörðun er miðuð við krónutölu en ekki álagningarhlutfall. Bent er m.a. á að álagningarhlutfallið hafi verið að lækka á viðmiðunartímabilunum meðan að framlegð í krónutölu er að hækka. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur hins vegar rökrétt til þess að skýra út ávinning olíufélaganna í skilningi samkeppnislaga að miða við framlegð í krónutölu með þeim hætti sem gert er í hinni kærðu ákvörðun. Ástæðan er einkum sú að rekstrarkostnaður þeirra innanlands breytist ekki við hækkun á innkaupsverði eldsneytis og skiptir þá ekki máli hvort hún á rætur að rekja til breytinga á gengi íslensku krónunnar eða raunverðshækkunar erlendis. Hugtakið ávinningur í skilningi eldri 52. gr. samkeppnislaga er óháð því hvort framlegðin er miðuð við krónutölu eða álagningarhlutfall. Aðalatriðið er hvort tiltekið samráð hafi skilað ávinningi og skiptir þá ekki máli hvort sá ávinningur hefur komið fram í hækkandi framlegð í krónutölu eða sem vörn gegn hlutfallslega minni framlegð. Sem fyrr sagði er þó kjarni málsins sá að aðferð samkeppnisráðs er til þess fallinn að varpa ljósi á þá þróun sem varð með samráðinu þegar tekið er tillit til þess að nokkrar af stærstu breytunum hafa verið teknar út svo sem verð eldsneytis og gengi íslenskrar krónu eða þær jafnaðar út með því að taka tillit til almennra verðbreytinga innanlands.

9

Umrætt samráð hefur staðið yfir í langan tíma eða í um 9 ár. Kom það til framkvæmda að talsverðu leyti, einkum um þýðingarmikil atriði svo sem eins og varðandi útboð og hækkanir á eldsneytisverði eins og nánar er rætt í III. hluta

úrskurðar þessa. Þessar staðreyndir styrkja þá niðurstöðu að ávinningur af brotunum hafi verið verulegur. Jafnframt verður ekki fram hjá því litið að samráðið náði til all flestra eldsneytisvara á markaðnum en verðmæti þeirra nemur um 8-9% af heildarinnflutningi þjóðarinnar eftir því sem upplýst er í málinu. Þau olíufélög sem hér koma við sögu höfðu nær 100% markaðshlutdeild á umræddum markaði. Þessar staðreyndir veita vísbendingu um að samráðið hafi valdið talsverðum skaða í samfélaginu.

10

Í skýrslum fyrrgreindra sérfræðinga sem olíufélögin leituðu til er niðurstaða samkeppnisráðs og aðferðarfræði við útreikning ávinnings gagnrýnd út frá ýmsum forsendum og hafa olíufélögin gert þessa gagnrýni að sinni eins og fram kemur í úrskurði þessum. Að auki hafa þeir sett fram ýmis sjónarmið sem þeir telja að beri að hafa í huga við ákvörðun sekta og er vísað til I. hluta um það. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur undir þessa gagnrýni að hluta til og telur að líta megi á eftirfarandi sjónarmið til mildunar sektarákvörðunar:

- a. Hafa ber í huga að samfelldur og meiri hagvöxtur varð á síðara viðmiðunartímabilinu en hinu fyrra. Slík þróun getur skapað skilyrði fyrir auknum ávinningi einkum á fákeppnismarkaði eins og þeim sem hér um ræðir, m.a. vegna minna næmis neytenda fyrir verðbreytingum. Áfrýjunarnefndin telur að taka verði nokkurt tillit til þessa sjónarmiðs sem þó verður auðvitað að vega á móti því að sannað er að olíufélögin höfðu með sér ólöglegt samráð eins og fyrr er greint frá.
- b. Í málinu hefur verið gerð nokkur grein fyrir því gengistapi sem olíufélögin eins og önnur innflutningsfyrirtæki urðu fyrir sérstaklega á árunum 2000 og 2001. Sá kostnaður þykir svo tengdur olíuinnkaupunum sjálfum að rétt þykir að gera hér nokkra leiðréttingu vegna þessa sjónarmiðs. Samkvæmt gögnum málsins nam þetta tap (...) ¹ króna hjá OHF, (...) ² króna hjá Olís en sambærilegar upplýsingar liggja ekki fyrir frá Skeljungu.
- c. Í málinu hefur verið gerð nokkur grein fyrir því að hækkun launavísitölu hafi verið mun meiri á viðmiðunartímabilinu heldur en hækkun neysluvísitölu.

¹ Fellt út vegna trúnaðar.

² Fellt út vegna trúnaðar.

Jafnframt hefur því ekki verið mótmælt að greidd laun eru verulegur hluti af almennum rekstrarkostnaði olíufélaganna. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur rétt að líta til þessa sjónarmiðs við ákvörðun sekta. Samkvæmt gögnum málsins nam þessi hækkun um (...)³ króna hjá OHF (á tímabilinu 1995-2001), (...)⁴ króna hjá Olís (á tímabilinu 1998-2001) en sambærilegar upplýsingar liggja ekki fyrir frá Skeljungu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísar að öðru leyti til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar varðandi skýrslur fyrrgreindra sérfræðinga og er sammála þeim forsendum.

Sem fyrr segir verður áætlaður ávinningur olíufélaganna hvers um sig af samráðinu ráðandi viðmið við ákvörðun sekta. Gerð er leiðrétting samkvæmt þeim sjónarmiðum sem fram koma í lið a. hlutfallslega miðað við ávinning félaganna en vegna liða b. og c. hlutfallslega miðað við magn selds eldsneytis hvers félags um sig. Þess er einnig að geta að olíufélögin öll eða einstök þeirra hafa verið sýknuð í nokkrum tilvikum sem þau voru fundin sek um í ákvörðun samkeppnisráðs. Þá er þátttaka olíufélaganna í brotunum ekki sú sama í öllum tilvikum. Er tekið nokkurt tillit til þessa við ákvörðun sekta.

11

Sýnt hefur verið fram á að á tímabilinu 1996-2001 hafi samanlagður fjárhagslegur ávinningur OHF af því að einingaframlegð þess í fljótandi eldsneyti hækkað að raungildi miðað við meðaltal árána 1993–1995 alls um 2.750 milljónir króna. Þá er og upplýst að velta fyrirtækisins á árinu 2003 var um (...)⁵ króna. Áfrýjunarnefndin er sammála samkeppnisráði í því að rétt sé að beita veltutölum síðasta reikningsárs áður en ákvörðun var tekin í málinu án þess að tillit sé tekið til áhrifa opinberra gjalda. Hins vegar verður aðeins miðað við þær veltutölur sem stafa frá þeim markaði sem mál þetta tekur til. Það leiðir af lið 2 hér að framan að sektir á hendur OHF verða fyrst og fremst ákveðnar með hliðsjón af ætluðum ávinningi fyrirtækisins samkvæmt eldra sektarákvæði samkeppnislaga. Með hliðsjón af hækkun einingaframlegðar

³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

fyrirtækisins að raungildi í krónutölu á umræddum viðmiðunartímabilum og þeim sjónarmiðum sem færð eru fram í lið 10 hér að framan ber að ákveða stjórnvaldssekt á hendur OHF að fjárhæð 900 milljónir króna.

12

Sýnt hefur verið fram á að á tímabilinu 1996-2001 hafi samanlagður fjárhagslegur ávinningur Skeljungs af því að einingaframlegð þess í fljótandi eldsneyti hækkað að raungildi miðað við meðaltal árána 1993–1995 alls um 1.654 milljónir króna. Þá er og upplýst að velta fyrirtækisins á árinu 2003 var um (...) ⁶ króna. Áfrýjunarnefndin er sammála samkeppnisráði í því að rétt sé að beita veltutölum síðasta reikningsárs áður en ákvörðun var tekin í málinu án þess að tillit sé tekið til áhrifa opinberra gjalda. Hins vegar verður aðeins miðað við þær veltutölur sem stafa frá þeim markaði sem mál þetta tekur til. Það leiðir af lið 2 hér að framan að sektir á hendur Skeljungu verða fyrst og fremst ákveðnar með hliðsjón af ætluðum ávinningi fyrirtækisins samkvæmt eldra sektarákvæði samkeppnislaga. Með hliðsjón af hækkuðum einingaframlegðum fyrirtækisins að raungildi í krónutölu á umræddum viðmiðunartímabilum og þeim sjónarmiðum sem færð eru fram í lið 10 hér að framan ber að ákveða stjórnvaldssekt á hendur Skeljungu að fjárhæð 450 milljónir króna.

13

Sýnt hefur verið fram á að á tímabilinu 1996-2001 hafi samanlagður fjárhagslegur ávinningur Olís af því að einingaframlegð þess í fljótandi eldsneyti hækkað að raungildi miðað við meðaltal árána 1993–1995 alls um 2.083 milljónir króna. Þá er og upplýst að velta fyrirtækisins á árinu 2003 var um (...) ⁷ króna. Áfrýjunarnefndin er sammála samkeppnisráði í því að rétt sé að beita veltutölum síðasta reikningsárs áður en ákvörðun var tekin í málinu án þess að tillit sé tekið til áhrifa opinberra gjalda. Hins vegar verður aðeins miðað við þær veltutölur sem starfa frá þeim markaði sem mál þetta tekur til. Það leiðir af lið 2 hér að framan að sektir á hendur Olís verða fyrst og fremst ákveðnar með hliðsjón af ætluðum ávinningi fyrirtækisins samkvæmt eldra sektarákvæði samkeppnislaga. Með hliðsjón af hækkuðum einingaframlegðum fyrirtækisins að raungildi í krónutölu á umræddum viðmiðunartímabilum og þeim

⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

sjónarmiðum sem færð eru fram í lið 10 hér að framan ber að ákveða stjórnvaldssekt á hendur Olís að fjárhæð 700 milljónir króna.

14

Skeljungur telur að fyrirtækið eigi rétt á afslætti af ákvörðuðum sektum samkvæmt II. kafla reglna nr. 397/2002 og svipuð afstaða kemur fram af hálfu OHF og Olís en þó þannig að tvö síðarnefndu fyrirtækin telja sig eiga rétt á auknum afslætti.

Áfrýjunarnefndin fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að heimilt sé að beita fyrrgreindum reglum nr. 397/2002 í máli þessu. Samkvæmt þeim er lækkun sektar miðuð við að fyrirtæki láti af hendi sönnunargögn sem eru mikilvæg viðbót við þau sönnunargögn sem liggja fyrir í málinu. Upplýsingaöflun sem fram hefur farið á grundvelli 39. gr. samkeppnislaga fellur að jafnaði ekki undir slík sönnunargögn nema sérstaklega standi á. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á rök samkeppnisráðs fyrir því að ekki séu skilyrði til þess að beita lækkun um Skeljung eins og atvikum er háttað. Með vísan til þeirra raka samkeppnisráðs sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun þykir ekki heldur ástæða til að breyta þeim afslætti sem ákvarðaður var á hendur OHF og Olís. Eftir að afslætti hefur verið beitt er því niðurstaðan sú að sektir á hendur OHF ákveðast 495 milljónir króna, á hendur Olís 560 milljónir króna en sektarákvörðun á hendur Skeljungi stendur óbreytt 450 milljónir króna.

V. HLUTI

Niðurstaða

1

Aðalkrafa Orkunnar um að 2., 3. og 4. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verði felldar úr gildi að því er Orkuna varðar er tekin til greina, sbr. II. hluta XI úrskurðar þessa.

2

Það leiðir af því sem fram kemur í II. hluta þessa úrskurðar að ekki eru efni til að taka aðalkröfu olúfélaganna OHF, Olís, og Skeljungs til greina um að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 frá 28. október 2004 verði felld úr gildi. Hinu sama gildir um varakröfu þeirra að 3. og 4. gr. ákvörðunarorðanna verði felldar úr gildi.

3

Skeljungur hefur einnig gert þá varakröfu að skilyrði 1. tl. 5. gr. ákvörðunarorðanna nái ekki til innflutnings á svartolíu og flugvélabensíni og að skilyrði 3. tl. 5. gr. verði fellt niður. Áfrýjunarnefndin telur að ákvæði þessi í ákvörðunarorðunum hafi nægjanlega lagaheimild, þau séu hófleg og fullnægi að öðru leyti formkröfum stjórnisýsluréttarins að teknu tilliti til þeirra sérreglna sem eiga við um samkeppnisrétt. Því telur áfrýjunarnefndin að ekki sé tilefni til að hrófla við þeim. Varakröfu Skeljungs um þetta er því hafnað.

4

Þrautavarakrafa allra olúfélaganna um að þær sektir sem samkeppnisráð mælti fyrir í ákvörðun sinni á hendur hverju olúfélaganna fyrir sig verði lækkuð verulega hefur verið tekin til greina með þeim hætti sem nánar er fjallað um í IV. hluta úrskurðar þessa.

5

Skeljungur hefur einnig gert þá þrautavarakröfu að skilyrði 1. tl. 5. gr. ákvörðunarorðanna nái ekki til innflutnings á svartolíu og flugvélabensíni og að skilyrði 3. tl. 5. gr. verði fellt niður. Sem áður segir telur áfrýjunarnefndin að ákvæði þessi í ákvörðunarorðunum hafi nægjanlega lagaheimild, þau séu hófleg og fullnægi að öðru leyti formkröfum stjórnsluréttarins að teknu tilliti til þeirra sérreglna sem eiga við um samkeppnisrétt. Því telur áfrýjunarnefndin að ekki sé tilefni til að hrófla við þeim. Þrautavarakröfu Skeljungs um þetta er því hafnað.

6

OHF hefur krafist þess sérstaklega að fyrirtækið skuli njóta að minnsta kosti helmingafsláttar af grunnfjárhæð sektar. Í IV. hluta II 15 er staðfest ákvörðun samkeppnisráðs um afslátt sekta til handa olíufélögunum, þar á meðal til OHF Kröfuliður þessi er því ekki tekinn til greina.

7

Skeljungur hefur gert þá kröfu sérstaklega að Olís og OHF verði gert að hætta samstarfi um rekstur Olíudreifingar ehf. en ef ekki sé fallist á þá kröfu er þess krafist að viðurkennt verði að Olís og OHF skuli tryggja Skeljungum aðgang að sömu þjónustu og á sömu kjörum og fyrrnefndu félögin njóti hjá Olíudreifingu ehf. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur fram að hvorugt þessara atriða hafi komið til skoðunar og ákvörðunar í ákvörðun samkeppnisráðs. Því er ekki unnt að koma að þessum kröfum hér á áfrýjunarstigi. Kröfunum er því vísað frá áfrýjunarnefndinni.

8

Áfrýjunarnefndin tekur fram að vegna umfangs máls þessa hefur málsmeðferðin dregist nokkuð.

Úrskurðarorð:

Kröfu Skeljungs hf. um að Keri hf. og Olíuverzlun Íslands hf. verði gert að hætta samstarfi um rekstur Olíudreifingar ehf. og til vara að viðurkennt verði að Ker hf. og Olíuverzlun Íslands hf. skuli tryggja Skeljungu hf. aðgang að sömu þjónustu og á sömu kjörum og fyrrnefnd félög njóti hjá Olíudreifingu ehf. er vísað frá áfrýjunarnefndinni.

Ákvæði 1. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar eru staðfest eins og nánar er greint í úrskurði þessum.

Ákvæði 2. gr. ákvörðunarorðanna eru felld úr gildi.

Ákvæði 3. gr. ákvörðunarorðanna eru felld úr gildi varðandi Bensínorkuna ehf. en staðfest gagnvart Keri hf., Olíuverzlun Íslands hf. og Skeljungu hf. með eftirtöldum fjárhæðum:

Ker hf. greiði 495 milljónir króna í sekt,

Skeljungur hf. greiði 450 milljónir króna í sekt,

Olíuverzlun Íslands hf. greiði 560 milljónir króna í sekt.

Ákvæði 4. gr. ákvörðunarorðanna eru felld úr gildi varðandi Bensínorkuna ehf. en staðfest gagnvart Keri hf., Olíuverzlun Íslands hf. og Skeljungu hf. þannig að ákvarðaðar sektir skulu greiddast í ríkissjóð eigi síðar en innan þriggja mánaða frá dagsetningu úrskurðar þessa.

Önnur ákvæði ákvörðunarorðanna skulu standa óhöggð.

Reykjavík, 29. janúar 2005

Stefán Már Stefánsson

Anna Kristín Traustadóttir

Lárus L. Blöndal

Rétt endurrit staðfestir: