

De Richtlijn inzake schadevorderingen bij inbreuken op het mededingingsrecht: gevolgen voor de clementieregeling

*M.C. Buiten**, *P. van Wijck*** en *J.K. Winters****

Bij de totstandkoming van de Europese richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken, bestond de vrees dat deze de succesvolle clementieregeling zou ondergraven. Dit artikel biedt een economische analyse van de interactie tussen de clementieregeling en de schadevergoedingsrichtlijn. De richtlijn kan inderdaad leiden tot een afname van het aantal clementieverzoeken, maar dat is niet noodzakelijkerwijs problematisch omdat die afname mede komt door een versterking van de preventieve werking van het mededingingsrecht als gevolg van een versterking van de positie van benadeelden.

* Prof. dr. Miriam C. Buiten is juniorprofessor aan de Universiteit Mannheim.

** Dr. Peter van Wijck is universitair hoofddocent aan de Universiteit Leiden.

*** Dr. Jan Kees Winters is principal bij RBB Economics

1. Inleiding

De Europese richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken is op 26 november 2014 aangenomen. Inmiddels is de richtlijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten.¹

Rondom de totstandkoming en implementatie van de richtlijn was er discussie over de vraag of de richtlijn zal leiden tot een ondergraving van de effectiviteit van de clementieregeling, met name omdat de clementieregeling een cruciale rol speelt bij het aan het licht brengen van kartels. Immers, een clementieregeling geeft een prikkel aan een karteldeelnemer om informatie over het kartel aan de mededingingsautoriteit te verstrekken. Door informatie te verstrekken kan een (al dan niet volledige) korting op de sanctie voor de overtreding van het mededingingsrecht in het vooruitzicht worden verkregen. Maar als die karteldeelnemer vervolgens de kartelschade aan benadeelden moet vergoeden, dan kan dat een reden zijn om af te zien van een beroep op de clementieregeling.

Recente voorbeelden illustreren de relevantie van schadevergoedingsclaims voor karteldeelnemers. Zo ontliet Lufthansa haar aandeel in de boete van € 800 miljoen voor het melden van het luchtvrachtkartel in 2010.² Kort daarop werd Lufthansa in zowel de VS als de EU door meerdere benadeelden voor het gerecht gedaagd. De Deutsche Bahn alleen al claimde een schadevergoeding van €3 miljard van de karteldeelnemers.³

Maar het vooruitzicht om schade te moeten vergoeden, geeft ook een prikkel om niet aan een kartel deel te nemen (of om het te beëindigen, al dan niet via de clementieregeling). De clementieregeling kan dus mogelijk worden ondergraven, maar dat betekent niet dat er geen positief welvaartseffect kan bestaan uit hoofde van een verminderd aantal kartels of een bekorting van de duur van bestaande kartels.

In dit artikel richten we ons op de vraag welke invloed de schadevergoedingsrichtlijn heeft op de effectiviteit van de clementieregeling. Daarbij gaat het ons niet alleen om de invloed op de beslissing om al dan niet een beroep te doen op de clementieregeling. We zijn ook geïnteresseerd in de gevolgen voor de beslissing om al dan niet een kartel te vormen of voort te zetten. We geven eerst een kort overzicht van de schadevergoedingsrichtlijn. Vervolgens geven we een schets van de clementieregeling en het gebruik van de regeling. Daarna analyseren we de samenloop van schadevergoeding en clementie met behulp van een eenvoudig economisch model.

¹ De richtlijn diende uiterlijk op 27 december 2016 door de lidstaten geïmplementeerd te zijn in nationale wetgeving. Niet alle lidstaten hebben die deadline gehaald. Maar inmiddels heeft implementatie in alle lidstaten plaatsgevonden. De mate waarin de richtlijn tot aanpassingen heeft geleid, loopt uiteen tussen de lidstaten. In Nederland heeft de implementatie tot relatief weinig veranderingen geleid. Zie voor een overzicht: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html. Voor een beschrijving van de implementatie in Frankrijk, Duitsland, Italië, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, zie F. Bien e.a., 'Implementation of the EU Damages Directive into Member State law', *Concurrence*, 2017/3. Een recent overzicht van de situatie in Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk biedt M. Kuijpers e.a., 'Actions for Damages in the Netherlands, the United Kingdom and Germany', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, p. 55-73.

² <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>.

³ Zie <http://www.reuters.com>, 'Deutsche Bahn airlines'.

2. De schadevergoedingsrichtlijn

2.1 Totstandkoming

Omdat over de achtergronden en de inhoud van de richtlijn al veel is geschreven, beperken we ons hier tot enkele hoofdpunten.⁴

De schadevergoedingsrichtlijn werd voorafgegaan door een jarenlang debat dat werd aangewakkerd door een uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Courage v. Crehan* in 2001.⁵ In deze uitspraak bepaalde het Hof dat partijen die schade hebben opgelopen als gevolg van kartels of andere inbreuken van het mededingingsrecht het recht hebben op vergoeding van deze schade.

Deze uitspraak werd gevolgd door een in opdracht van de Europese Commissie vervaardigd rapport met betrekking tot vergoeding van kartelschade, het ‘Ahurst report’ uit 2004.⁶ De eerste zin van het rapport laat weinig aan duidelijkheid te wensen over. ‘The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment.’ Vervolgens publiceerde de Commissie in 2005 een Groenboek⁷ en in 2008 een Witboek.⁸ ‘De hoofddoelstelling van dit witboek bestaat erin voor slachtoffers de juridische voorwaarden te verbeteren voor de uitoefening van het hun door het Verdrag verleende recht op herstel van alle schade die zij hebben geleden door een schending van de communautaire mededingingsregels.’ (Witboek, pag. 3). De Commissie merkt hierbij expliciet op dat dit ook bijdraagt aan de afschrikkende werking van het mededingingsrecht. De discussie is uiteindelijk uitgemond in een Richtlijn die op 26 november 2014 is aangenomen.⁹

2.2 De positie van benadeelde partijen in de Richtlijn

De richtlijn neemt volledige compensatie als uitgangspunt. Een volledige vergoeding brengt een persoon die schade heeft geleden in de hypothetische positie waarin die zich zou hebben bevonden indien er geen inbreuk op het mededingingsrecht was gemaakt (artikel 3 lid 2). In dit verband spreekt de richtlijn van de ‘meerkosten’: het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde prijs en de prijs die zonder inbreuk op het mededingingsrecht van toepassing was geweest (artikel 2 lid 20). Overcompensatie moet worden voorkomen (artikel 3 lid 3). Hierbij past het ‘passing-on defence’. De

⁴ Zie bijvoorbeeld: E.-J. Zippo & R. Meijer, ‘Lang verwacht, stil gezwegen, nooit gedacht, toch gekregen: de definitieve richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken’, *MvV*, 2015, afl. 4, p. 114 – 126; C. Cauffman & N. Philipsen, ‘Who does what in competition law: Harmonizing the rules on damages for infringements of the EU competition rules?’ In: B. Akkermans e.a. (red.), *Who does what in European private law?*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2015, p. 245–287; I. Vandenborre & T. Goetz, ‘EU Competition Law Procedural Issues’, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 506–513; D. Geradin & L.-A. Grelier, ‘Cartel Damages Claims in the European Union: Have We Only Seen the Tip of the Iceberg?’ In: N. Charbit & E. Ramundo (red.), *W.E. Kovacic: An Antitrust Tribute. Liber Amicorum Volume II*, New York en Parijs: Institute of Competition Law, 2013, p. 257–276; C. Migani, ‘Directive 2014/104/eu: In search of a balance between the protection of leniency corporate statements and an effective private competition law enforcement’, *Global Antitrust Review*, 2014, p. 81–111.

⁵ HvJ EG C-453/99, ECR 2001, p. I-06297 (*Courage/Crehan*).

⁶ Ahurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Brussel: Ahurst, 2004.

⁷ Groenboek schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005) 672 def.

⁸ Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def.

⁹ Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, PbEU(2014) L 349.

schade die een afnemer lijdt is kleiner indien hij de meerkosten geheel of gedeeltelijk weer aan zijn eigen afnemers heeft doorberekend.

De richtlijn bevat een aantal elementen dat leidt tot een verbetering van de positie van partijen die kartelschade willen verhalen. Zo is er een weerlegbaar bewijsvermoeden van schade door kartelinbreuken. Kartelinbreuken worden geacht schade te berokkenen, waarbij de inbreukpleger het recht heeft dit vermoeden te weerleggen (artikel 17). Bovendien zijn ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk voor de veroorzaakte schade (artikel 11). Indien door een nationale mededingingsautoriteit of een beroepsinstantie een inbreuk op het mededingingsrecht is vastgesteld, staat deze onweerlegbaar vast voor de behandeling van een voor een nationale rechter aanhangig gemaakte schadevordering uit hoofde van artikel 101 of artikel 102 VWEU of uit hoofde van het nationale mededingingsrecht (artikel 9).

Een belangrijk deel van de richtlijn betreft de relatie tussen publieke en private handhaving. Overweging 6 spreekt over een wisselwerking tussen privaatrechtelijke handhaving en publieke handhaving om de hoogste doelmatigheid van mededingingsregels te garanderen. Overweging 26 gaat specifiek over de relatie tussen informatie die een inbreukpleger in het kader van een beroep op de clementieregeling aan een mededingingsautoriteit levert en de vraag in hoeverre die informatie voor benadeelden beschikbaar is bij het verhalen van schade. Voorkomen moet worden dat de effectiviteit van clementieregelingen wordt aangetast doordat inbreukplegers uit vrees voor schadeclaims afzien van een beroep op de clementieregeling. Vanuit deze gedachte bevatten artikel 5, 6 en 7 regels met betrekking tot de toegang tot bewijsmateriaal. De vrees is, met andere woorden, dat het faciliteren van schadeclaims kan leiden tot een ondergraving van de clementieregeling. De richtlijn bevat daarom bepalingen waarmee wordt getracht dit te voorkomen.

2.3 Resterende obstakels voor benadeelden

Hoewel de Richtlijn doelt op volledige schadevergoeding is het mogelijk dat benadeelde partijen in de praktijk niet altijd hun volledige schade vergoed zullen zien. Dit is ook het geval voor follow-on schadevergoedingsacties die volgen op een boetebesluit van een mededingingsautoriteit, ondanks dat in zulke gevallen het bestaan van het kartel door de civiele rechter wordt aangenomen.¹⁰ In de praktijk bestaan er, ondanks de rechten van benadeelden vastgesteld in de Richtlijn, meerdere obstakels voor eisers die volledige schadevergoeding in de weg kunnen staan.¹¹

De eerste en meest relevante reden is het effectief bewijzen van de omvang van de schade. Op het eerste gezicht lijkt bewijsvoering in de context van follow-on schadeacties relatief eenvoudig, aangezien benadeelden het bestaan van het kartel niet hoeven te bewijzen. Bewijs dat het kartel heeft bestaan, vertaalt zich echter niet direct in volledige schadevergoeding voor de eiser. De eiser is namelijk niet bevrijd van zijn plicht om de omvang van de schade en de causale relatie tot het kartel te bewijzen. Daarvoor kan het nodig zijn dat de benadeelde toegang heeft tot documenten in de handen van de verdediging. Hoewel de Richtlijn de mogelijkheden voor eisers om toegang tot documenten te krijgen verduidelijkt, beschermt hij clementiedocumenten en schikkingsaanvragen. Sommige andere typen documenten krijgen tijdelijk bescherming tegen opvraging door eisers in civiele zaken. Als

¹⁰ Afhankelijk van of het besluit al dan niet is genomen door de mededingingsautoriteit in de lidstaat waar de schadeclaim is ingediend. Artikel 9 van de Richtlijn bepaalt dat een besluit van een mededingingsautoriteit van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de schadeclaim is ingediend tenminste als prima facie bewijs dient van een inbreuk op het mededingingsrecht.

¹¹ Zie ook B. Braat en N. Rosenboom, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de collectieve schadeafwikkeling', *SEW*, 2018, afl. 1, p. 3-19.

gevolg kan het voor de eiser lastig zijn om de omvang van de schade aan te tonen, ook in follow-on schadezaken.

Zelfs wanneer de eiser toegang heeft tot de benodigde documenten is volledige schadevergoeding niet gegarandeerd. Het is lastig om kartelschade precies te kwantificeren, zowel voor beide partijen als voor de rechter. Er zijn verschillende statistische methoden om de schade te schatten, waarbij een realistische competitieve prijs (de zogenaamde ‘counter factual’) geraamd wordt die als basis dient voor de prijstoename als gevolg van het kartel. De verdediging in kartelschadezaken brengt doorgaans haar eigen raming van de schade in, die meer bescheiden zal zijn dan de raming van de eiser. De civiele rechter heeft de lastige taak om de diverse schaderamingen te evalueren, en te bepalen welke raming het meest realistisch is. Hier bestaat de kans dat de schade wordt onder- of overschat, waardoor benadeelden geen volledige of juist teveel schadevergoeding krijgen.

Het bewijzen van de schade wordt nog verder gecompliceerd voor eisers, omdat de verdediging het passing-on verweer kan inroepen. Dit verweer bestaat erin dat de eiser niet zelf de schade geleden heeft, maar de hogere prijs aan haar afnemers heeft doorberekend. Voor zover dit het geval is, heeft niet de eiser maar haar afnemers recht op schadevergoeding. Ook dit verweer vereist een beoordeling van de rechter en de kans bestaat dat de daadwerkelijke schade van de eiser wordt onder- of overschat.

Een laatste obstakel voor eisers kan zijn dat de bewijsregels nog altijd door nationaal recht van de lidstaten geregeld worden. Het procedurele recht is mogelijk niet even effectief in elke lidstaat, waardoor benadeelde partijen niet overal dezelfde mogelijkheden hebben voor effectieve toegang tot de civiele rechter.

Samenvattend, ondanks de sterkere juridische positie van benadeelden in de Richtlijn, bestaan er nog altijd obstakels voor benadeelde partijen. In zoverre benadeelden geen volledige schadevergoeding krijgen, ondermijnt dit het doel van de Richtlijn.

2.4 Schadevergoedingsclaims

Sinds de inwerkingtreding van de Richtlijn neemt het aantal schadeclaims gestaag toe. Hierbij zijn in het bijzonder Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk geliefd.¹²

Het beeld dat uit verschillende overzichten naar voren komt, is dat *stand-alone claims* nauwelijks voorkomen, terwijl *follow-on claims* ‘een niet te stuiten opmars’ doormaken.¹³ Met name in Nederland en Duitsland zijn de meeste private schadeclaims follow-on claims. In Nederland komen stand-alone claims niet alleen nauwelijks voor, ze zijn doorgaans ook weinig succesvol.¹⁴ In het Verenigd Koninkrijk worden meer stand-alone acties gestart, maar ook in het Verenigd Koninkrijk hebben de meeste schadeclaims een achtergrond in publieke procedures bij de mededingingsautoriteit.

¹² M. Kuijpers e.a., ‘Actions for Damages in the Netherlands, the United Kingdom, and Germany’, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, p. 47-65; M. Kuijpers e.a., ‘Actions for Damages in the Netherlands, the United Kingdom, and Germany’, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, p. 129-142.

¹³ M. Bredenoord-Spoek & S. de Jong, ‘Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2017’, *M&M*, 2018, afl. 2, p. 18-28.

¹⁴ A. Outhuijse, ‘Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2007’, *SEW*, 2018, afl. 4, p. 149-157.

Samenvattend zijn publieke procedures van mededingingsautoriteiten dus zeer relevant voor private schadeclaims. In het kader van de relatie tussen schadevergoedingsclaims en de clementieregeling, leidt dit tot de vraag hoe belangrijk de clementieregeling is voor het opsporen van kartels.

3. De clementieregeling

3.1 De regeling

De kern van een clementieregeling is dat een onderneming die partij is of is geweest in een kartel en informatie verstrekt aan een mededingingsautoriteit een gehele of gedeeltelijke korting krijgt op de boete die aan de deelnemers aan het kartel wordt opgelegd. In de EU is in 1996 een clementieregeling geïntroduceerd.¹⁵ De regeling maakt onderscheid tussen drie categorieën, waarbij voor de eerste categorie een korting van tenminste 75% op de boete wordt toegepast, voor de tweede een korting tussen de 50% en 75% en voor de derde een korting tussen de 10% en 50%. De regeling beschrijft ook de criteria. Ruwweg: een onderneming komt voor een hogere korting in aanmerking naarmate die onderneming eerder met informatie naar voren komt, belangrijkere informatie aandraagt en beter meewerkt.

Omdat door een clementieregeling een korting op de boete in het vooruitzicht wordt gesteld, krijgen deelnemers aan een kartel een prikkel om het kartel te openbaren. Vandaar dat te verwachten valt dat na de invoering van een clementieregeling een groter aantal kartels aan het licht komt. Een clementieregeling kan daarom een nuttig instrument zijn bij de handhaving van het mededingingsrecht.

3.2 Het belang van de clementieregeling

Hoe belangrijk is de clementieregeling in Europa? Enkele recente publicaties presenteren cijfers die enig inzicht in deze vraag bieden.

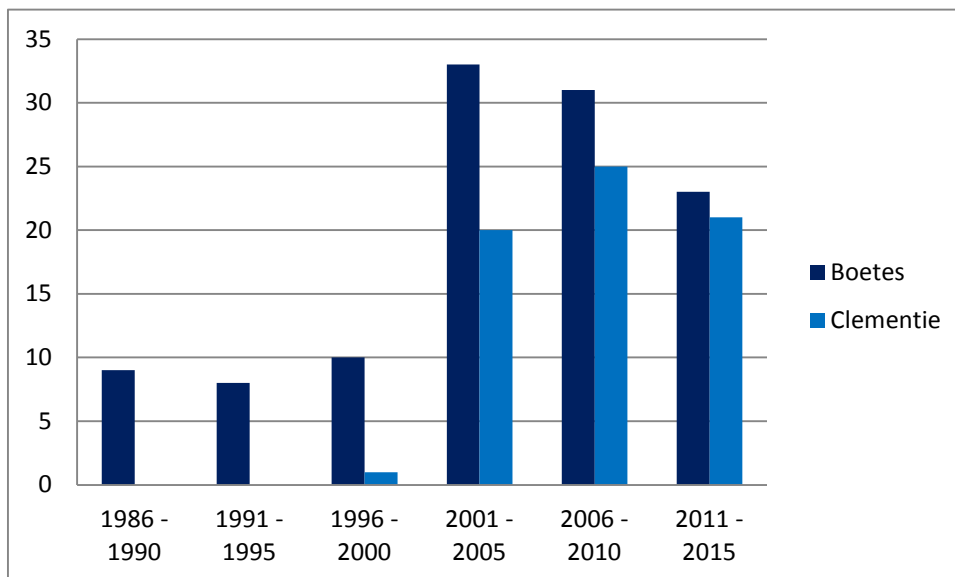
Wils geeft een overzicht van kartelzaken waarin in de periode 1986-2015 een boete is opgelegd.¹⁶ Daarbij geeft hij ook aan in hoeveel zaken op grond van de clementieregeling immuniteit is toegekend. Figuur 1 biedt, op basis van de door Wils verzamelde cijfers, een samenvattend overzicht. Het beeld is, ruwweg, dat er tot het jaar 2000 ongeveer twee zaken per jaar waren. Na 2000 worden dat er zo'n vijf per jaar. In de meeste gevallen zijn dat zaken waarin een beroep op de clementieregeling is gedaan. De effectiviteit van de eerste Europese clementieregeling, uit 1996, wordt echter betwist door

¹⁵ Mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (96/C 207/04), *PbEG*, C 207/4, 18 juli 96. Een eerste herziening, gericht op het vergroten van transparantie, vond plaats in 2002 (Mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (2002/C 45/03), *PbEG*, C 45/3, 19 februari 2002). Een tweede, kleine, herziening vond plaats in 2006 (Mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (2006/C 298/11), *PbEU*, C 298/17, 8 december 2006).

¹⁶ W.P.J. Wils, 'The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years', *World Competition*, 2016, p. 327-388.

Brenner.¹⁷ Hij vindt slechts een afname in de duur van procedures bij de Europese Commissie, maar geen ondermijnd effect op het bestaan of de duur van kartels.

Figuur 1. Kartelbeslissingen waarin de Commissie boete heeft opgelegd.



Broos cs hebben gekeken naar kartelzaken waarin de Commissie in de periode tussen 1 mei 2004 en 1 mei 2014 een boete heeft opgelegd.¹⁸ Ze constateren dat in bijna alle gevallen tenminste één partij een beroep op de clementieregeling heeft gedaan. Van de 186 partijen die in deze periode een beroep op de clementieregeling hebben gedaan, hebben er 37 (19,9%) volledige immunititeit verkregen en hebben er 155 (61,8%) partiële immunititeit verkregen. De gemiddelde korting op de opgelegde boete bedroeg 37,8%. Marvão presenteert cijfers over Europese kartelzaken in de periode 1998 - 2014.¹⁹ In meer dan de helft van de gevallen waarin een boete is opgelegd, is die boete verminderd. In 11% is sprake van volledige immuniteit. Hellwig en Hüschelrath analyseren hoe kartels in de periode 1995-2013 aan het licht zijn gekomen.²⁰ Ze concluderen dat het belang van de clementieregeling daarbij zeer sterk is toegenomen en van 2007 tot het eind van de periode veruit het belangrijkste is. Ysewyn en Kahmann presenteren cijfers die er op wijzen dat het belang van de clementieregeling de laatste jaren aan het afnemen is.²¹ Een toenemend belang van schadeclaims zou daarbij een rol spelen. Hoewel met een beroep op de clementieregeling een bescherming tegen boetes kan worden verkregen, biedt dat bepaald geen bescherming tegen private claims. Ysewyn en Kahmann zien ‘private damages’ als een ‘major game changer’.

Samengenomen geven de genoemde publicaties de indruk dat de clementieregeling in Europa een belangrijke rol speelt bij het aan het licht brengen van kartels. Toch zijn hier wel enkele kanttekeningen bij te plaatsen. Zo gaat het deels om zaken die betrekking hebben op kartels die al

¹⁷ S. Brenner, ‘An empirical study of the European corporate leniency program’, *International Journal of Industrial Organization*, 2009, p. 639-645.

¹⁸ S. Broos e.a., ‘Analyse statistique des affaires d’ententes dans l’EU (2004-2014)’, *Revue Économique*, 2016, p. 79-94.

¹⁹ C. Marvão, ‘The EU Leniency Programme and Recidivism’, *Review of Industrial Organization*, 2016, p. 1-27.

²⁰ M. Hellwig & K. Hüschelrath, ‘Cartel cases and the cartel enforcement process in the European Union 2001 – 2015: A Quantitative Assessment’, *The Antitrust Bulletin*, 2017, p. 400-438.

²¹ J. Ysewyn & S. Kahmann, ‘The decline and fall of the leniency programme in Europe’, *Concurrentes*, 2018, p. 44-59.

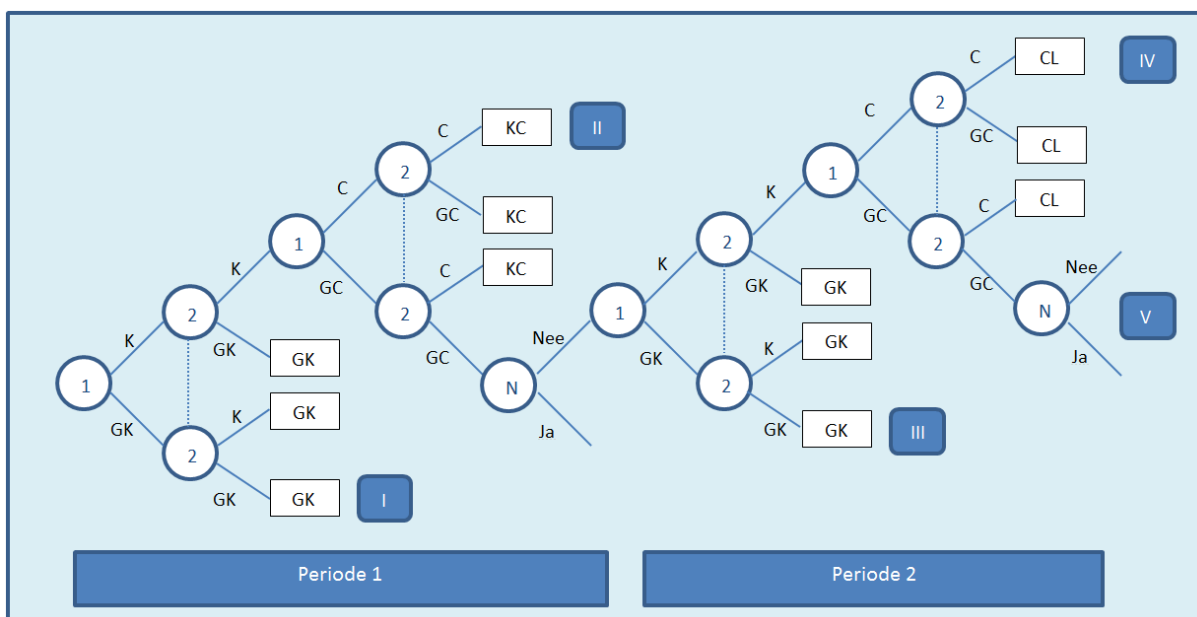
eerder in de VS aan het licht zijn gekomen. Verder kan het deels gaan om kartels die door veranderende marktomstandigheden al het einde van hun leven naderden en alleen nog even het voordeel van het verkrijgen van immuniteit meenemen zonder dat de verstrekte informatie veel meerwaarde heeft. Wat verder als kanttekening kan gelden, is dat het primaire doel van kartelbeleid niet zo zeer gelegen is in het aan het licht brengen van bestaande kartels. Het gaat veeleer om het ontmoedigen van de vorming of voortzetting van kartels die schade toebrengen aan consumenten. Omdat potentiële karteldeelnemers elkaar door het bestaan van een clementieregeling minder kunnen vertrouwen, zijn kartels minder vaak ‘self-enforcing’.

Zoals eerder aangegeven kan het risico op het moeten betalen van schadevergoeding maken dat partijen minder snel een beroep doen op de clementieregeling. Verschillende auteurs hebben hierop gewezen.²² In de volgende paragraaf gaan we daarom in op de interactie tussen clementie en schadevergoeding.

4. Interactie tussen clementie en schadevergoeding

Om de interactie tussen clementie en schadevergoeding te analyseren, gebruiken we een eenvoudig tweeperioden-model.²³ Figuur 2 schetst de structuur.

Figuur 2. Twee-perioden model.



²² Zie bijvoorbeeld G. Spagnolo, ‘Divide et impera: Optimal leniency programs’, Stockholm School of Economics, 2004; C. Cauffman, ‘The Interaction of leniency programmes and actions for damages’, *Competition Law Review*, 2011, p. 181-220; F. Silbye, ‘A note on antitrust damages and leniency programs’, *European Journal of Law and Economics*, 2012, p. 691-699; P. Buccirossi, C.M.P. Marvão & G. Spagnolo, ‘Leniency and damages’, CEPR Discussion Paper No. DP10682, 2015. Beschikbaar via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2624637>; P. Kirst & R. Van den Bergh, ‘The European directive on damages actions: A missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives’, *Journal of Competition Law and Economics*, 2015, p. 1-30.

²³ Het model in deze paragraaf is ontleend aan M.C. Buiten, P. van Wijck & J.K. Winters, Does the European damages directive make consumers better off?, *Journal of Competition Law and Economics*, 2018, p. 91-114.

Stel dat twee identieke ondernemingen (onderneming 1 en onderneming 2) in periode 1 voor de keuze staan om al dan niet een kartel te vormen (K = Kartel of GK = Geen Kartel). De ondernemingen kunnen dan een hogere winst halen door een hogere prijs te vragen (de 'overcharge'). Als de ondernemingen een kartel hebben gevormd gedurende een periode en daarmee winst hebben geïncasseerd, staan ze vervolgens voor de keuze om aan het einde van de periode al dan niet een beroep op de clementieregeling te doen (C = Clementie of GC = Geen Clementie). Indien een onderneming een beroep doet op de clementieregeling, dan komt het kartel aan het licht. Een onderneming die effectief een beroep doet op de regeling krijgt geen of een lagere boete opgelegd. Daar staat tegenover dat de karteldeelnemers dan een schadeclaim tegemoet kunnen zien. In beginsel kunnen de benadeelden de volledige schade claimen, maar doorgaans zullen ze slechts een partiële schadevergoeding krijgen.²⁴

Als geen van de ondernemingen in periode 1 een beroep doet op de clementieregeling, dan is er een (kleine) kans dat de mededingingsautoriteit het kartel toch opspoort. Het toeval (in ons model) bepaalt of het kartel al dan niet achterhaald wordt. Er is dus ook een kans dat het kartel niet aan het licht komt.

Als het kartel in periode 1 niet opgespoord wordt, staan de ondernemingen voor de keuze of ze het kartel in periode 2 voortzetten. Als ze het kartel voortzetten, staan ze vervolgens weer voor de keuze om al dan niet een beroep te doen om de clementieregeling. Precies zoals beschreven bij periode 1, leidt dat tot een lagere boete. Maar nu kunnen de benadeelden een claim voor de in *twee* perioden toegebrachte schade neerleggen.

Bij de beslissing om in periode 1 al dan niet een kartel te vormen, zullen de partijen in hun overweging meenemen wat er in periode 2 te gebeuren staat. Oftewel: om af te leiden welke keuzes ze in het begin van 'het spel' maken, kijken we eerst naar de keuzes die ze aan het eind van het spel maken. Daarbij is het van belang op te merken dat periode 1 en 2 niet identiek zijn. Indien een kartel niet een maar twee perioden bestaat, veroorzaakt het kartel ook twee keer zoveel schade. Dat impliceert ook een verdubbeling van de te betalen (partiële) schadevergoeding. Zo gezien bestaat er een lineair verband tussen de duur van het kartel en de te betalen schadevergoeding: de te betalen schadevergoeding is gelijk aan het aantal perioden maal de per periode te betalen (partiële) schadevergoeding.

De hoogte van de kartelboete is echter niet een-op-een gekoppeld aan de schade die een kartel in een periode veroorzaakt en de duur van het kartel. In de 'boeterichtsnoeren' beschrijft de Commissie verschillende factoren die een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de kartelboete.²⁵ Die factoren betreffen de hoogte van de omzet, de ernst en de duur van de inbreuk, verzwarende en verzachtende omstandigheden. Bovendien is de boete gemaximeerd op 10% van de omzet. Veljanovski presenteert een (tamelijk gecompliceerde) formule die het verband tussen de hoogte van de boete en de bepalende factoren specificiert.²⁶ In ons model gaan we echter uit van de vereenvoudigende veronderstelling dat de boete een vast bedrag is.²⁷

Om het gedrag van (potentiële) karteldeelnemers te beïnvloeden, hebben wetgevers en handhavers verschillende instrumenten tot hun beschikking. Om kartels af te schrikken zou men kunnen

²⁴ We zien in ons model af van de mogelijkheid dat er overcompensatie plaatsvindt, hoewel ook dat kan worden ingebouwd.

²⁵ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, PbEU(2006) C2010/2.

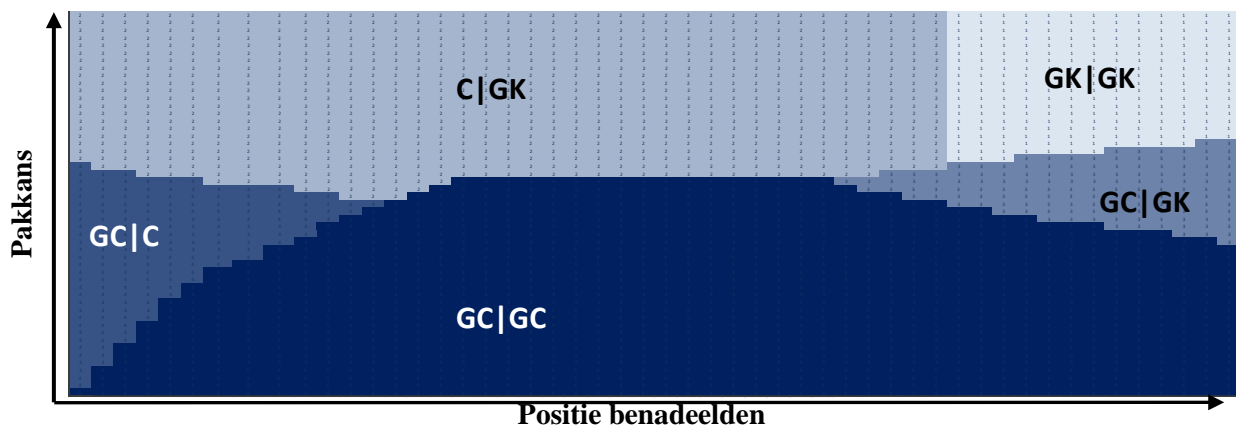
²⁶ C. Veljanovski, 'Deterrence, recidivism, and European cartel fines', *Journal of Competition Law and Economics*, 2011, p. 871-915.

²⁷ Onze aannames leiden tot een scherpe stilering, maar deze kan gemakkelijk worden aangepast door de boete en de schadevergoeding van een verschillende parameter voor de duur van het kartel te voorzien.

overwogen om boetes te verhogen, de pakkans te verhogen of de positie van de benadeelden te verbeteren. De schadevergoedingsrichtlijn doet dat laatste. Naarmate de positie van benadeelden beter is, zodat ze in staat zijn een schadevergoeding af te dwingen die een groter deel van de schade dekt, beïnvloedt dat niet alleen de keuze om al dan niet een beroep te doen op de clementieregeling. Het beïnvloedt ook de keuze om al dan niet deel te nemen aan een kartel.

Figuur 3 presenteert simulatieresultaten voor veranderingen in de pakkans en de positie van benadeelden (voor een gegeven kartelwinst, boete en clementieregeling).²⁸ Het achterliggende model staat in de appendix. Een verhoging van de pakkans leidt in figuur 3 tot een beweging naar boven. Een verbetering van de positie van benadeelden leidt tot een beweging naar rechts.²⁹

Figuur 3. Simulatie van effecten pakkans en positie benadeelden.



Toelichting bij figuur 3

| | |
|-----------|--|
| C GK | De partijen vormen een kartel in periode 1 en doen in periode 1 ook een beroep op de clementieregeling, waarna het kartel eindigt. |
| GK G K | De partijen vormen geen kartel in periode 1 en 2. |
| GC C | De partijen vormen een kartel in periode 1, doen in periode 1 geen beroep op de clementieregeling, zetten het kartel voort in periode 2 en doen dan een beroep op de clementieregeling. |
| GC GC | De partijen vormen een kartel in periode 1, doen in periode 1 geen beroep op de clementieregeling, zetten het kartel voort in periode 2 en doen ook dan geen beroep op de clementieregeling. |
| GC GK | De partijen vormen een kartel in periode 1, doen in periode 1 geen beroep op de clementieregeling en zetten het kartel niet voort in periode 2. |

De assen in figuur 3 geven de pakkans en de positie van benadeelden weer. Bij de pakkans gaat het eenvoudigweg om de waarschijnlijkheid dat een kartel aan het licht komt en een boete krijgt opgelegd. De positie van benadeelden verwijst naar het deel van de schade die een benadeelde vergoed krijgt. In principe geldt het beginsel van volledige schadevergoeding. Zo staat het ook in de richtlijn. In de

²⁸ Aan de simulatie ligt een kartel ten grondslag die een winst maakt van 10% van de omzet terwijl de boete 5% van de omzet bedraagt. Hoewel de simulatie afhangt van de vraag hoe hoog de boete is ten opzichte van de kartelwinst, wijzigt het patroon niet sterk indien de hoogte van de boete ten opzichte van de kartelwinst verandert. Daarnaast levert het enkel kijken naar twee perioden natuurlijk een sterke vereenvoudiging op. Het aantal perioden is echter eenvoudig uit te breiden. Dat blijkt niet tot substantieel andere inzichten te leiden.

²⁹ Een verbetering van de positie voor benadeelden is in ons model een grotere fractie aan schadevergoeding, gegeven de veronderstelling dat in het algemeen sprake is van ondercompensatie.

praktijk zal de mate waarin benadeelden in staat zijn de door hen geleden schade vergoed te krijgen, afhankelijk zijn van verschillende factoren. Te noemen zijn: de hoogte van proceskosten, de mate waarin er sprake is van strooischade (veel benadeelden met een betrekkelijk kleine schade waardoor het niet de moeite loont om die schade te verhalen), de kans die benadeelden denken te hebben op het winnen van de zaak, het bestaan van claimvehikels (die kleine schades bundelen, waardoor het verhalen van schade toch de moeite waard kan worden) en de aanwezigheid van third party funding (waardoor de benadeelden niet meer het proceskostenrisico lopen).

Wat leert figuur 3 over de effecten van een verbetering van de positie van benadeelden? De schadevergoedingsrichtlijn beoogt de positie van benadeelden te verbeteren. In figuur 3 komt die verbetering tot uiting in een beweging naar rechts. Een dergelijke verschuiving kan van invloed zijn op het aantal beroepen dat op de clementieregeling wordt gedaan. Dat kan zich voordoen indien de verbetering van de positie van de benadeelden ertoe leidt dat in figuur 3 de grens tussen twee regimes wordt gepasseerd. Bijvoorbeeld tussen GC|C (geen beroep op clementie in periode 1, wel in periode 2) en GC|GC (geen beroep op clementie in beide perioden). In een dergelijk geval zou een verbetering van de positie van benadeelden tot een afname van beroep op de regeling leiden. De intuïtie hier is, dat een verbetering van de positie van benadeelden ertoe leidt dat ze een hogere schadevergoeding moeten kunnen afdwingen. Daardoor wordt het voor karteldeelnemers aantrekkelijk om geen beroep te doen op de clementieregeling. Daarmee nemen ze dan op de koop toe dat ze, als ze onverhoopt worden gepakt, een boete en een hogere schadevergoeding moeten betalen.

Naar verwachting is de pakkans in de praktijk nogal laag; 15% lijkt een redelijke schatting.³⁰ Over de mate waarin de benadeelden van kartels in staat zijn schadevergoeding af te dwingen, moeten we ons ook niet al te veel illusies maken. Indien een kartel ‘te hoge’ prijzen vraagt, zal dat er doorgaans toe leiden dat er vele benadeelden met een betrekkelijk kleine schade zijn. Voor hen is het al snel niet de moeite waarde om schade te verhalen. Ze zullen dan geneigd zijn het erbij te laten zitten of met een betrekkelijk geringe schikking akkoord te gaan. Dat zou betekenen dat de positie van benadeelden betrekkelijk zwak is. Het lijkt redelijk voor de meeste kartels te verwachten dat de situatie voor benadeelden ergens ‘links-onder’ in figuur 3 zal zitten. Een verbetering van de positie van benadeelden, zoals die het gevolg is van de invoering van de schadevergoedingsrichtlijn, zou dan tot de bovengenoemde transitie kunnen leiden. Dit strookt dus met de eerder in de literatuur getrokken conclusie dat de clementieregeling wordt ondergraven: karteldeelnemers doen minder vaak een beroep op de clementieregeling en de voortzetting van kartels wordt niet ontmoedigd.

Een (marginale) verbetering van de positie van benadeelden kan op drie manieren de welvaart van die benadeelden beïnvloeden. Ten eerste kan de verbetering van de positie van benadeelden ertoe leiden dat (potentiële) karteldeelnemers van het vormen van een kartel afzien of het kartel niet continueren; daardoor is er geen schade meer zodat de benadeelden beter af zijn. Ten tweede kan het zo zijn dat het kartel toch tot stand komt of wordt voortgezet maar de benadeelden een hogere schadevergoeding ontvangen; de benadeelden zijn daardoor beter af. Ten derde kan het zo zijn dat de karteldeelnemers besluiten geen beroepen meer te doen op de clementieregeling; de benadeelden ontvangen dan alleen compensatie indien het kartel toevallig wordt gepakt, ze zijn daardoor slechter af.

³⁰ E. Combe, C. Monnier & R. Legal, ‘Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union’, *BEER Paper 12*, 2008 en P.G. Bryant & E.W. Eckard, ‘Price fixing: the probability of getting caught’, *Review of Economics and Statistics*, 1991, p. 531-536.

5. Conclusie

In de discussie over de schadevergoedingsrichtlijn is erop gewezen dat het vooruitzicht op schadeclaims ertoe kan leiden dat partijen afzien van een beroep op de clementieregeling. De vrees bestaat dat een succesvol instrument aan kracht zal inboeten. De vraag hoe de instrumenten zo goed mogelijk te combineren, is dan ook een terugkerend thema in de literatuur.

De spanning tussen de clementieregeling en de schadevergoedingsrichtlijn staat centraal in het recent door Bram Braat verdedigde proefschrift.³¹ Gegeven deze spanning zoekt hij een antwoord op de vraag hoe een optimale handhaving van het mededingingsrecht eruit ziet. Hoe kan de effectiviteit van de clementieregeling behouden blijven indien er meer private handhaving plaatsvindt? Braat pleit voor een geïntegreerde benadering van publieke en private handhaving die kan leiden tot een effectieve keten van handhaving van de mededingingswetgeving: ‘te beginnen met zoveel mogelijk clementieverzoeken, gevolgd door duidelijke en effectieve boetes van de mededingingsautoriteiten, en eindigend met zoveel mogelijk kartelslachtoffers die worden gecompenseerd’. Een mogelijkheid daartoe is de eerste clementieverzoeker aanvullende voordelen te verstrekken, zoals uitsluiting van civiele aansprakelijkheid of vermindering van de te betalen schadevergoeding.

Wij kijken vanuit een iets ander perspectief naar de spanning tussen clementie en schadevergoeding. Onze benadering is enerzijds smaller, omdat we gebruik maken van een gestileerd model waarin minder ruimte is voor juridische details. Anderzijds is onze benadering dieper, in die zin dat we ook kijken naar onderliggend gedrag. Zowel de clementieregeling als de schadevergoedingsrichtlijn maken deel uit van het mededingingsbeleid. Het doel van dat beleid is niet primair dat zoveel mogelijk partijen een beroep doen op de clementieregeling en zoveel mogelijk benadeelden hun schade vergoed krijgen, maar het voorkomen van inbreuken op het mededingingsrecht die consumenten schade toebrengen. Het gaat, met andere woorden, om de bevordering van de welvaart van consumenten.

In dit artikel hebben we daarom niet alleen gekeken naar de invloed de schadevergoedingsrichtlijn op het gebruik van de clementieregeling maar ook naar de invloed op de beslissing om al dan niet een kartel te beginnen of voort te zetten. Voor de analyse hebben we gebruik gemaakt van een eenvoudig model waarin partijen besluiten om al dan niet een kartel te vormen en al dan niet een beroep te doen op de clementieregeling. Het verbeteren van mogelijkheden om schade te verhalen, kan inderdaad leiden tot een afnemend beroep op de clementieregeling. Toch is dat niet noodzakelijkerwijs problematisch. De reden is dat het afnemend beroep op de clementieregeling deels voortkomt uit een afname van het aantal kartels. Het vooruitzicht schadevergoeding te moeten betalen kan voor potentiële karteldeelnemers immers reden zijn om van samenspannend gedrag af te zien. Voor de deelnemers aan een kartel bestaat de prijs van mededingingsbeperkend gedrag uit een verwachte boete en een verwachte schadevergoeding. Van zowel boetes als schadevergoeding gaat een preventieve werking uit. Anders geformuleerd: een zelfde mate van afschrikking is te bereiken met verschillende combinaties van boetes en schadevergoeding.

Door de aandacht te richten op het risico dat de schadevergoedingsrichtlijn zal leiden tot een afnemend beroep op de clementieregeling, ontstaat een te partieel beeld. De fundamentele vraag is of er minder kartelschade ontstaat. Het gaat er niet zozeer om dat kartels aan het licht komen. Het gaat er veeleer om dat ze niet tot stand komen of niet worden voortgezet. Oftewel: voor consumenten is het beter indien schade wordt voorkomen dan wanneer toegebrachte schade gedeeltelijk wordt gecompenseerd.

³¹ B. Braat, *The relation between leniency and private enforcement: Towards an optimal overall competition law enforcement?*, Zutphen: Paris legal publishers, 2018.

Boetes en schadevergoeding dragen, in combinatie met de pakkans, bij aan de afschrikking van kartels. Bij een gegeven pakkans kan verhoging van boetes en schadevergoeding dus bijdragen aan afschrikking. Vanuit dat perspectief zijn vraagtekens te plaatsen bij het maximaliseren van de boete (op 10% van de omzet) en van de schadevergoeding (op de hoogte van de schade). Verschillende combinaties van pakkans, boete en positie van benadeelden kunnen een zelfde mate van afschrikking bewerkstelligen. Een typisch 'Beckeriaanse conclusie' dringt zich op: met behulp van hoge boetes kan worden bespaard op de kosten van de handhaving van het mededingingsrecht. Deze gedachte gaat terug op een baanbrekend artikel van Gary Becker over de economische benadering van rechtshandhaving.³² Van optimale handhaving is sprake indien deze leidt tot een zo gunstig mogelijk saldo van baten (vermeden kartelschade) en kosten (kosten van het realiseren van een pakkans, het innen van boetes en het realiseren van schadevergoeding). Bezien vanuit het oogpunt van optimale handhaving is het verstandiger boetes te verhogen dan de positie van benadeelden te verbeteren.

Hierbij passen wel enkele kanttekeningen. De schadevergoedingsrichtlijn is zeker niet alleen gericht op afschrikking. Meer algemeen geldt dat aansprakelijkheid drie doelen kan dienen: afschrikking, compensatie en rechtvaardigheid.³³ Het compensatiedoel en rechtvaardigheidsoverwegingen kunnen pleiten voor een verbetering van de positie van benadeelden. Een tweede kanttekening is dat 'te hoge boetes' ertoe kunnen leiden dat efficiënte kartels worden afgeschrikt, waardoor welvaartsverliezen ontstaan.³⁴ Bovendien kan bij 'te hoge boetes' of een 'te hoge schadevergoeding' een 'judgment proof problem' ontstaan: voor zover te betalen bedragen de draagkracht te boven gaan, hebben ze geen gedragsregulerend effect.³⁵

³² G.S. Becker, 'Crime and punishment: An economic approach', *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169-217. Voor een bespreking van de implicaties voor rechtshandhaving, zie: B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, 'Becker's theory on crime and punishment: A useful guide for law enforcement policy in The Netherlands?', *Recht der Werkelijkheid*, 2016, afl. 1, p. 6-31.

³³ D. Dewees, D. Duff & M. Trebilcock, *Exploring the domain of accident law: Taking facts seriously*, New York en Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 10-11.

³⁴ Met efficiënte kartels bedoelen we afspraken die het mededingingsrecht formeel schenden, maar vanuit welvaartspectief tot grotere welvaart leiden (ofwel dat toepassing van het mededingingsrecht kan leiden tot 'vals positieven' vanuit welvaartspectief). Een kartel kan in theorie tot grotere welvaart leiden wanneer de vorming van het kartel gepaard gaat met een daling van de marginale kosten, die groter is dan het deadweight loss dat ontstaat door de kleinere hoeveelheid verhandelde producten.

³⁵ S. Shavell, *Foundations of the Economic Analysis of Law*, Cambridge (Mass) en Londen: The Belknap press of Harvard University Press, 2004, p. 230.

Appendix

In deze appendix presenteren we het model dat aan de simulaties in figuur 3 ten grondslag ligt.³⁶ Door samenspannend gedrag kunnen de leden van een kartel een hogere prijs vragen dan de prijs die onder competitieve omstandigheden tot stand zou komen. Het kartel maakt daarmee een hogere winst en de afnemers betalen ‘te veel’ voor de goederen die ze afnemen. De winst die het kartel maakt door een hogere prijs te vragen is het nadeel van de afnemers. We maken enkele specifieke veronderstellingen. Het kartel bestaat uit twee identieke ondernemingen; de afnemers zijn consumenten (zodat er van passing-on geen sprake is); er zijn twee perioden.

De winst die het kartel in een periode maakt, duiden we aan als W (te zien als de prijsverhoging maal de afzet).³⁷ De boete voor samenspannend gedrag duiden we aan met F , de pakkans met P en het deel van de schade dat benadeelden eventueel vergoed krijgen met γ . Tabel 1 geeft de uitkomstenmatrix voor periode 2.

Tabel 1. Uitkomstenmatrix periode 2.

| Onderneming 1 | Onderneming 2 | |
|----------------|--------------------------------|----------------------|
| | Clementie | Geen clementie |
| Clementie | $W - \frac{1}{2}F - 2\gamma W$ | $W - 2\gamma W$ |
| Geen clementie | $W - F - 2\gamma W$ | $W - P(F+2\gamma W)$ |
| | $W - \frac{1}{2}F - 2\gamma W$ | $W - F - 2\gamma W$ |
| | $W - 2\gamma W$ | $W - P(F+2\gamma W)$ |

Toelichting op de pay-offs. Als beide partijen in periode 2 een beroep doen op de clementieregeling, dan is de (verwachte) pay-off van periode 2: de winst W die het kartel in periode 2 oplevert, min de helft van de kartelboete F en min een fractie γ van twee perioden schade $2W$. Als een van de partijen een effectief beroep doet op de clementieregeling, dan betaalt deze partij geen boete terwijl de andere partij de volledige boete betaalt. Als geen van de partijen een beroep op de clementieregeling doet, dan wordt het kartel met een kans P gepakt en moeten de partijen een kartelboete F betalen en een fractie γ van twee perioden schade $2W$.

Tabel 2 geeft de uitkomstenmatrix voor periode 1, rekening houdend met wat er eventueel in periode 2 gebeurt.

Tabel 2. Uitkomstenmatrix periode 1.

| Onderneming 1 | Onderneming 2 | |
|----------------|-------------------------------|------------------------------|
| | Clementie | Geen clementie |
| Clementie | $W - \frac{1}{2}F - \gamma W$ | $W - \gamma W$ |
| Geen clementie | $W - F - \gamma W$ | $W + (1-P)Z - P(F+\gamma W)$ |
| | $W - \frac{1}{2}F - \gamma W$ | $W - F - \gamma W$ |
| | $W - \gamma W$ | $W + (1-P)Z - P(F+\gamma W)$ |

Waarbij Z = verwachte pay-off periode 2

De pay-off in het geval beide ondernemingen geen beroep doen op de clementieregeling vergt nog enige toelichting. Om te beginnen is er de winst in periode 1. Vervolgens is er een kans $(1-P)$ dat het kartel in periode 1 niet gepakt wordt. In dat geval komt er een tweede periode met een bijbehorende

³⁶ Voor een uitgebreide bespreking van het model verwijzen we naar M.C. Buiten, P. van Wijck & J.K. Winters, ‘Does the European damages directive make consumers better off?’, *Journal of Competition Law and Economics*, 2018, p. 91-114.

³⁷ In overeenstemming met de huidige praktijk zien we af van vergoeding van schade uit hoofde van het ‘deadweight loss’.

pay-off. Maar er is ook een kans P dat het kartel gepakt wordt. In dat geval volgt een kartelboete en moet een fractie γ van een periode schade vergoed worden.

Voorbeeld

Ter illustratie kijken we naar een casus met een winst $W=10$, een boete $F=5$, een pakkans $P=0,5$ en een positie van slachtoffers $\gamma=0,8$. Als we deze waarden invullen in de pay-off matrix voor periode 2, dan blijkt het zo te zijn dat (GC,GC) een evenwicht is in periode 2, omdat $-0,5 > -6$. Dit evenwicht is pay-off dominant, omdat $-0,5 > -8,5$. Omdat de pay-off negatief is, zullen de partijen voor 'geen kartel' in periode 2 kiezen. De feitelijke pay-off in periode 2 is dan 0 en deze waarde zal in de verwachting in periode 1 worden meegenomen.

Uitkomstenmatrix periode 2

| Onderneming 1 | Onderneming 2 | |
|----------------|---------------|----------------|
| | Clementie | Geen clementie |
| Clementie | - 8,5 | - 6 |
| Geen clementie | - 11 | - 0,5 |

We kijken nu naar periode 1. Als we de waarden van W , F , P en γ invullen en rekening houdend met het feit dat er in periode 2 geen kartel zal zijn, dan leidt dat tot onderstaande pay-off matrix. (GC,GC) is een evenwicht in periode 1 omdat $3,5 > 2$. Dit evenwicht is pay-off dominant, omdat $3,5 > -0,5$. Omdat de pay-off positief is, zal er in periode 1 een kartel zijn.

Uitkomstenmatrix periode 1

| Onderneming 1 | Onderneming 2 | |
|----------------|---------------|----------------|
| | Clementie | Geen clementie |
| Clementie | - 0,5 | 2 |
| Geen clementie | - 3 | 3,5 |

Samenvattend: als $W=10$, $F=5$, $P=0,5$ en $\gamma=0,8$, dan zullen de ondernemingen er in periode 1 voor kiezen om een kartel te vormen en geen beroep te doen op de clementieregeling terwijl ze er in periode 2 voor zullen kiezen om het kartel niet voort te zetten. In termen van figuur 3 is dit een uitkomst in de categorie GC|GK. Alle andere uitkomsten van figuur 3 zijn op overeenkomstige wijze bepaald voor elke combinatie van pakkans en γ .