

ONDERTEKEND AFSCHRIFT toegezonden overeenkomstig  
Artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek  
VRIJ van EXPEDITIERECHT : art. 280, 2º, W. Reg. 2322

## Hof van Cassatie van België

### Arrest

Nr. C.20.0524.N

1. **DE BOER & PARTNERS ANTWERPEN nv**, met zetel te 2000 Antwerpen, Leopoldstraat 77, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0456.641.356,
  2. **LEOPOLD HANS bv**, met zetel te 2000 Antwerpen, Britselei 42, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0830.139.559,
  3. **IMMO DE LAET nv**, met zetel te 2900 Schoten, Paalstraat 70, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0457.089.635,
  4. **FIRST IMMO nv**, met zetel te 2000 Antwerpen, Frankrijklei 156-158, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0894.328.815,
  5. **JANSSENS EN JANSSENS IMMOBILIËN bv**, met zetel te 2990 Wuustwezel, Theo Verellenlaan 19, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0464.485.686,
  6. **IMMOSCOOP cv**, met zetel te 9800 Deinze, Leernsesteenweg 234, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0647.671.968,
- eiseressen,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, waar de eiseressen woonplaats kiezen,

**tegen**

**IMMOWEB nv**, met zetel te 1190 Vorst, Generaal Dumonceaulaan 56, bus 2, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0429.223.614,

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Bruno Maes, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1170 Brussel, Terhulpansesteenweg 177/7, waar de verweerster woonplaats kiest.

## **I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF**

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 2 september 2020.

De zaak is bij beschikking van sectievoorzitter Christian Storck van 7 april 2021 verwezen naar de derde kamer.

Raadsheer Sven Mosselmans heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft geconcludeerd.

## **II. CASSATIEMIDDEL**

De eiseressen voeren in hun verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

## **III. BESLISSING VAN HET HOF**

### ***Beoordeling***

#### *Eerste onderdeel*

#### *Ontvankelijkheid*

1. De verweerster voert een eerste grond van niet-ontvankelijkheid aan: het onderdeel voert geen schending aan van de artikelen 28, 1044 en 1045 Gerechtelijk Wetboek, terwijl deze wetsbepalingen betrekking hebben op de in het onderdeel aangevoerde grieven en de als geschonden aangevoerde wetsbepalingen niet volstaan om tot de beoogde vernietiging te leiden.

2. Het onderdeel dat onder meer schending aanvoert van de artikelen 23 tot en met 26, 1068, eerste lid, en 1138, 2°, Gerechtelijk Wetboek, voldoet aan het vereiste van artikel 1080 Gerechtelijk Wetboek om tot navolgende vernietiging te leiden.

De eerste grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

3. De verweerster voert een tweede grond van niet-ontvankelijkheid aan: het onderdeel is gericht tegen overtollige redenen en bijgevolg niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

4. Anders dan de verweerster aanvoert, kunnen de redenen die zij in haar grond van niet-ontvankelijkheid aanhaalt niet als zelfstandige redenen worden onderscheiden van de in het onderdeel bekritiseerde redenen. De appelrechters steunen immers hun beslissing dat de litigieuze kartelafsprak een verboden mededingingsbeperkend karakter heeft daar waar de afspraak voorziet in een bufferperiode van één maand niet enkel op de door de verweerster in haar grond van niet-ontvankelijkheid aangehaalde redenen specifiek omtrent de bufferperiode van maximum één maand, maar tegelijk op de in het onderdeel bekritiseerde redenen omtrent het gezag van gewijsde van de beslissing van de eerste rechter dat de litigieuze kartelafsprak een verboden mededingingsbeperkend karakter heeft daar waar de afspraak een bufferperiode van meer dan één maand insluit.

De tweede grond van niet-ontvankelijkheid kan evenmin worden aangenomen.

### *Gegrontheid*

5. Het gezag van gewijsde in de zin van de artikelen 23 en volgende Gerechtelijk Wetboek strekt zich uit tot hetgeen de rechter over een geschilpunt heeft beslist en tot hetgeen, gelet op het geschil dat voor de rechter is gebracht en waar-

over de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, zij het impliciet, de noodzakelijke grondslag van zijn beslissing vormt.

Krachtens artikel 24 Gerechtelijk Wetboek heeft iedere eindbeslissing gezag van gewijsde vanaf de uitspraak.

Krachtens artikel 26 Gerechtelijk Wetboek blijft het gezag van gewijsde bestaan zolang de beslissing niet ongedaan is gemaakt als gevolg van het aanwenden van een bij de wet bepaald rechtsmiddel.

6. Krachtens artikel 1068, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek maakt het hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen het geschil zelf aanhangig bij de rechter in hoger beroep.

Het staat de partijen evenwel vrij om door het hoofdberoep of het incidenteel hoger beroep de perken te bepalen waarbinnen de appelrechter over de aan de eerste rechter voorgelegde geschilpunten uitspraak moet doen.

7. Uit het geheel van voormelde bepalingen volgt dat de appelrechter, binnen de grenzen van het door de partijen ingestelde hoger beroep, opnieuw uitspraak moet doen over hetgeen de eerste rechter over de aan hem voorgelegde geschilpunten heeft beslist en over hetgeen de noodzakelijke grondslag van zijn beslissing heeft gevormd.

8. Uit de stukken waarop het Hof kan acht slaan, blijkt dat:

- de eiseressen in hun verzoekschrift tot hoger beroep aangeven dat hun hoger beroep is gericht tegen de beslissing van de eerste rechter tot staking van hun afspraak of gedraging om de door hun vastgoedbemiddeling te koop aangeboden goederen gedurende een bufferperiode van één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres en dus niet op andere vastgoedwebsites;
- de eiseressen tevens aangeven dat hun hoger beroep niet is gericht tegen de beslissing van de eerste rechter tot staking van hun afspraak of gedraging om de door hun vastgoedbemiddeling te koop aangeboden goederen gedurende een bufferperiode van meer dan één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres;

- de eiseressen in hun verzoekschrift tot hoger beroep evenals in appelconclusie verder aangeven dat de eerste rechter bij zijn beslissing tot staking het rechtskader van artikel IV.1 WER heeft miskend en derhalve ten onrechte tot het besluit is gekomen dat de litigieuze afspraak of gedraging van de eiseressen een verboden mededingingsbeperkend karakter heeft daar waar de afspraak of gedraging is beperkt tot een bufferperiode van één maand;
- de eiseressen daarbij preciseren dat hun afspraak of gedraging om de door hun vastgoedbemiddeling te koop aangeboden goederen gedurende een bufferperiode van maximum één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres geen mededingingsbeperkende strekking of gevolg heeft dan wel een nevenrestrictie in de zin van artikel IV.1, § 1, WER uitmaakt, terwijl er minstens sprake is van een vrijstelling op grond van artikel IV.1, § 3, WER;
- de eiseressen zodoende hoger beroep instellen tegen de beslissing van de eerste rechter tot staking van hun afspraak of gedraging om de door hun vastgoedbemiddeling te koop aangeboden goederen gedurende een bufferperiode van één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres en tegelijk tegen de redenen die de noodzakelijke grondslag van deze beslissing hebben gevormd.

9. De appelrechters stellen vast en oordelen dat:

- de eiseressen beperkt hoger beroep instellen, enkel tegen de beslissing van de eerste rechter tot staking van hun afspraak of gedraging om gedurende een bufferperiode van één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres en niet tegen dezelfde beslissing van de eerste rechter tot staking van hun afspraak of gedraging om gedurende een bufferperiode van meer dan één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres;
- gelet op deze beperking, de eiseressen niet langer de redenen kunnen betwisten die de grondslag hebben gevormd van het bevel tot staking van hun afspraak of gedraging om gedurende een bufferperiode van meer dan één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres;

- de eiseressen met hun hoger beroep hetzelfde bevel tot staking willen doen opheffen in zoverre het slaat op hun afspraak of gedraging om gedurende een bufferperiode van maximum één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres.

10. De appelrechters die vervolgens het hoger beroep van de eiseressen integraal afwijzen omwille van het gezag van gewijsde van de niet-beroepen beslissing van de eerste rechter tot staking van hun afspraak of gedraging om gedurende een bufferperiode van meer dan één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres, zodat de eiseressen in hoger beroep niet kunnen betwisten dat de litigieuze afspraak of gedraging, ongeacht de duur van de bufferperiode, een inbreuk uitmaakt op artikel IV.1 WER, terwijl het hoger beroep van de eiseressen is gericht tegen de beslissing van de eerste rechter tot staking van hun afspraak of gedraging om gedurende een bufferperiode van één maand uitsluitend te adverteren op de vastgoedwebsite van de zesde eiseres en tegelijk tegen de redenen die de noodzakelijke grondslag van deze beslissing hebben gevormd, verantwoord hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

### *Dictum*

Het Hof,

eenparig beslissend,

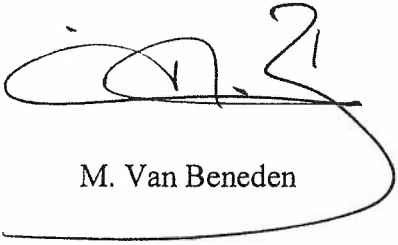
Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix als voorzitter, en de raadsheren Antoine Lievens en Sven Mosselmans en in openbare terechtzitting van 14 juni 2021 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri Vanderlinden met bijstand van griffier Mike Van Beneden.



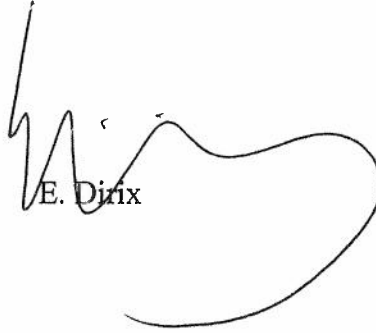
M. Van Beneden



S. Mosselmans



A. Lievens



E. Dirix

VOORZIENING IN CASSATIE

- VOOR:
1. **DE BOER & PARTNERS ANTWERPEN NV**, met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, Leopoldstraat 77, met KBO-nummer 0456.641.356;
  2. **LEOPOLD HANS BV**, met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, Britselei 42, met KBO-nummer 0830.139.559;
  3. **IMMO DE LAET NV**, met maatschappelijke zetel te 2900 Schoten, Paalstraat 70, met KBO-nummer 0457.089.635;
  4. **FIRST IMMO NV**, met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, Frankrijklei 156-158, met KBO-nummer 0894.328.815;
  5. **JANSSENS EN JANSSENS IMMOBILIËN BV**, met maatschappelijke zetel te 2990 Wuustwezel, Theo Verellenlaan 19, met KBO-nummer 0464.485.686;
  6. **IMMOSCOOP CVBA**, met maatschappelijke zetel te 9800 Deinze, Leernsesteenweg 234, met KBO-nummer 0647.671.968;

eiseressen tot cassatie,

bijgestaan en vertegenwoordigd door ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie Johan Verbist, kantoor houdend te 2000 ANTWERPEN 1, Amerikalei 187/302, alwaar keuze van woonst wordt gedaan.

TEGEN: **IMMOWEB NV**, met maatschappelijke zetel te 1190 Vorst, Generaal Dumonceaulaan 56 bus 2, met KBO-nummer 0429.223.614;

verweerster in cassatie,

\*

\*

\*



Aan mevrouw de Eerste Voorzitter en de heer Voorzitter van het Hof van Cassatie,

Aan de Dames en Heren Raadsheren in het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Heren en Dames,

Eiseressen hebben de eer een arrest aan uw beoordeling voor te leggen dat op 2 september 2020 op tegenspraak tussen de partijen werd gewezen door de B8M kamer van het hof van beroep te Antwerpen (2019/AR/2077).

\*  
\* \*

### FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

Verweerster baat sinds jaren een bekende vastgoedsite uit.

Op 29 januari 2016 hebben een aantal vastgoedmakelaars, waaronder eerste tot vijfde eiseres, een eigen vastgoedsite opgericht (Immoscoop), in de vorm van een cvba (zesde verweerster). De statuten van zesde verweerster bepalen dat de vennoten gebonden zijn door de bepalingen van het 'Charter'.

Artikel 1 van de initiële versie van dit Charter bepaalde dat de vennoten-vastgoedmakelaars zich ertoe verbinden om alle panden uit hun portefeuille aan te bieden via Immoscoop. Bovendien zou voor nieuwe panden een exclusiviteitsplicht gelden, in die zin dat zij gedurende een maand enkel op Immoscoop zouden mogen worden aangeboden, naast desgevallend de eigen website van de vennoot-makelaar.

Een licht gewijzigde versie van het Charter zou van toepassing zijn vanaf 1 januari 2019. Voorts werd op 5 juni 2019 een bericht gestuurd aan de vennoten, waarbij geschetst werd welke aanpassingen aan het Charter zouden worden voorgelegd op de Algemene Vergadering. Daarbij zou de exclusiviteitsperiode verlengd worden tot 4 dan wel 6 maanden. Deze termijnverlenging is evenwel nooit daadwerkelijk doorgevoerd.

Verweerster is van mening dat deze (oude, nieuwe dan wel toekomstige) regeling, inzonderheid de exclusiviteitsperiode, een inbreuk vormt op de vrije mededinging.

Op 21 juni 2019 heeft verweerster eiseressen gedagvaard voor de ondernemingsrechtbank te Antwerpen, afdeling Antwerpen. De vordering strekte tot:

- (i) staking van elke handeling ter sluiting of uitvoering van elke overeenkomst krachtens dewelke panden uit hun portefeuille niet of slechts na een bepaalde periode zouden worden aangeboden op andere vastgoedsites dan Immoscoop;
- (ii) staking van de praktijk waarbij de klanten van de vennoten-makelaars niet werden ingelicht over deze exclusiviteitsverbintenis;
- (iii) publicatie van het tussen te komen vonnis op de website van eiseressen en verzending per mail naar alle vennoten;

steeds onder verbeurte van een dwangsom.

Bij vonnis van 30 oktober 2019 werd de vordering sub (i) en (iii) gegrond verklaard; de vordering sub (ii) werd afgewezen. Eiseressen werden veroordeeld tot staking van de sub (i) vermelde handelingen, onder verbeurte van een dwangsom van 7.500,00 euro per afzonderlijke inbreuk en per maand dat deze inbreuk voortduurt, met een gezamenlijk maximum van 250.000,00 euro. Voorts werd de schriftelijke publicatie bevolen van het vonnis/uittreksel aan alle vennoten, onder verbeurte van een dwangsom van 250,00 euro per vennoot en per dag, met een maximum van 50.000,00 euro. Eiseressen werden in de kosten verwezen.

Op 29 november 2019 hebben eiseressen beperkt hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis bij het hof van beroep te Antwerpen. Verweerster heeft incidenteel beroep ingesteld in zoverre de vordering sub (ii) was afgewezen en in zoverre de publicatie sub (iii) beperkt was tot een schriftelijke kennisgave aan alle vennoten.

In het bestreden arrest worden het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond verklaard. Eiseressen worden bijkomend in de kosten van het hoger beroep verwezen.

Tegen dit arrest wensen eiseressen op te komen met het volgende middel tot cassatie.

## ENIG MIDDEL TOT CASSATIE

### Geschonden wetsbepalingen

- De artikelen 19, eerste en tweede lid, 23 tot en met 26, 1068, eerste lid en 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek;
- De artikelen 1319, 1320, 1322 en 1350, 3° van het Burgerlijk Wetboek;
- Artikel IV.1 van het Wetboek van Economisch Recht;
- Het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie der partijen bij het burgerlijk geschil, ook beschikkingsbeginsel genaamd, volgens hetwelk de leiding van het proces uitsluitend bij de partijen berust, zoals vervat in artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek.

### Aangevochten beslissing

De appelrechters verklaren het principaal beroep van eiseressen ongegrond, op grond van volgende motieven:

“Over de gedeeltelijke berusting door [eiseressen] en de gevolgen voor het hoger beroep

3.

*[Eiseressen] stellen enkel hoger beroep in voor zover het bestreden vonnis artikel 1b van het Charter strijdig acht met artikel IV.1, §1 WER, en aldus de staking oplegt van de daarin vervatte bufferperiode van minder dan of gelijk aan één maand.*

*[Eiseressen] betwisten dat hun hoger beroep leeg en zonder voorwerp zou zijn en dat het hoger beroep zou moeten worden afgewezen wegens onontvankelijk.*

*Volgens [eiseressen] kan er geen sprake zijn van een berusting in hunnen hoofde omtrent het volledige voorwerp van het hoger beroep, inclusief alle feitelijke en juridische vaststellingen die nodig of nuttig zijn om te komen tot het besluit van de eerste rechter dat het Initiële Charter onrechtmatig zou zijn.*

*[Eiseressen] besluiten dat wanneer zij ondubbelzinnig hoger beroep aantekenen tegen het bevel van de eerste rechter tot staking van de bufferperiode van minder dan of gelijk aan één maand, en in het verzoekschrift hoger beroep uitvoerig hun grieven uiteenzetten tegen de overwegingen en vaststellingen van de eerste rechter die ten grondslag liggen aan dergelijk stakingsbevel, onmogelijk kan worden afgeleid dat deze overwegingen en vaststellingen gezag van gewijsde hebben of dat zij op*

*ondubbelzinnige wijze hebben berust in die overwegingen en vaststellingen (ook al zouden deze overwegingen en vaststellingen ook relevant zijn voor de beoordeling van het document "Aanpassing Charter" van 5 juni 2019).*

4.

*Met [verweerster] stelt het Hof vast dat [eiseressen] enkel hoger beroep instellen tegen het vonnis van de eerste rechter voor zover dat vonnis (eveneens) het kartel verbod met de (initiële) duur ervan (niet-concurrentieafspraken gedurende minimaal één maand). [Eiseressen] berusten bijgevolg (gedeeltelijk) in de uitspraak van de eerste rechter in zoverre deze uitspraak het kartel met een duur van vier tot zes maanden verbod.*

*De (gedeeltelijke) berusting is onherroepelijk. De termijn voor hoger beroep is inmiddels verstreken, gelet op de betekening van het vonnis a quo op 5 november 2019.*

*Ingevolge het verwerven van kracht van gewijsde, kan het gezag van gewijsde verbonden aan de rechterlijke beslissing niet langer beperkt of ontkend worden door het hoger beroep. Het gezag van de (in kracht van gewijsde gegane) uitspraak heeft betrekking op alle vaststellingen die noodzakelijk zijn voor de betrokken uitspraak, waaronder ook de noodzakelijke (impliciete) grondslag van de betrokken beslissing.*

*Het is vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie dat het gezag van gewijsde zich uitstrekt tot wat de rechter over een geschilpunt heeft beslist, en tot wat, om reden dat het geschil dat voor hem voeren, de noodzakelijke grondslag, al weze het impliciet, van zijn beslissing uitmaakt (o.m: cass. 4 december 2008, AR C.07.0412.F; cass. 8 maart 2013, AR C.12.0322.N; cass. 3 februari 2015, AR P.13.0908.N; cass. 16 april 2015, AR C.13.0338.F).*

*Als gevolg van deze gedeeltelijke berusting kunnen [eiseressen] niet langer de feiten of de beoordeling betwisten die de eerste rechter ten grondslag heeft gelegd aan de veroordeling van het kartel met een duur van vier à zes maanden. In het bijzonder kunnen [eiseressen] met hun hoger beroep de volgende elementen niet langer in vraag stellen:*

- *[Eiseressen] hebben een kartel opgezet en geïmplementeerd.*
- *Dat kartel strekt ertoe de concurrentie uit te schakelen tussen deelnemende makelaars wat betreft de advertentie van al het vastgoed dat zij in portefeuille hebben. Minstens heeft het dit tot gevolg.*
- *De niet-concurrentie-afspraken houdt eveneens een collectieve boycot in van alle vastgoedsites, ten voordele van de vastgoedsite die door [eiseressen] is opgezet (Immoscoop, zesde [eiseres]).*
- *De geografische dimensie van de relevante markten is regionaal.*

- De verharde versie van het kartel ("Immoscoop 2.0", niet-concurrentie gedurende vier tot zes maanden) werd door de raad van bestuur van Immoscoop (zesde [eiseres]) goedgekeurd.
- De verharde versie van het kartel maakt een inbreuk uit op artikel IV.I WER en komt niet in aanmerking voor vrijstelling.

*Als [eiseressen] het — al was het maar principieel — oneens waren met de feitelijke of juridische vaststellingen in de uitspraak van de eerste rechter, dan hadden ze daartegen beroep kunnen en moeten instellen. [Eiseressen] hebben dit niet gedaan en kunnen hier in hun conclusies niet meer op terugkomen, vermits de beroepstermijn intussen is verstreken.*

Ten gronde: over de vraag of de praktijken vervat in het initiële Charter van [eiseressen] een inbreuk uitmaken op artikel IV.1. § 1 WER

5.

*[Verweerster] steunt haar vordering op art. IV.I WER dat een verbod inhoudt voor "alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd". Eenzelfde verbod is te vinden in artikel 101 VWEU.*

*De toepassingsvoorwaarden voor art. IV.I WER zijn:*

- (a) een afspraak*
- (b) tussen twee of meer ondernemingen*
- (c) die als strekking of als voorzienbaar gevolg heeft, de mededinging op merkbare wijze te beperken*
- (d) op de Belgische markt of een wezenlijk deel ervan, en*
- (e) waarvan niet is aangetoond dat zij in aanmerking komt voor vrijstelling.*

*Tussen partijen wordt niet betwist dat de voorwaarden (a) en (b) bewezen zijn. De betwisting heeft betrekking op voorwaarden (c), (d) en (e).*

6.

*Het hoger beroep kan geen afbreuk doen aan het gezag van het gewijsde van het vonnis a quo, voor zover dat vonnis vaststelt dat het kartel met een duur van vier à zes maanden inbreuk maakt op de mededingingsregels.*

*Met hun hoger beroep beogen [eiseressen], diezelfde afspraak te doen herleven met een duur van minstens één maand.*

*De (gedeeltelijke) berusting in het vonnis a quo impliceert dat in de beroepsprocedure niet meer kan worden betwist dat de door [eiseressen] gemaakte afspraak, ongeacht de duur ervan:*

- *de mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan op merkbare wijze beperkt;*
- *niet is te aanzien als een nevenrestrictie en niet in aanmerking komt voor vrijstelling.*

6.1.

*Het gezag van het gewijsde impliceert dat de afspraak, ook wanneer die minder lang duurt, mededingingsbeperkend is qua strekking dan wel qua effect.*

*Het hoger beroep is gericht op precies dezelfde afspraak als degene die door de eerste rechter is veroordeeld.*

*[Eiseressen] willen diezelfde afspraak verderzetten, met als enig verschil dat zij een bufferperiode van minimaal één maand willen hanteren.*

*De vaststelling van de eerste rechter dat de afspraak betrekking heeft op de Belgische markt en/of een wezenlijk deel daarvan heeft gezag van gewijsde. Dat het kartel geldt voor slechts een maand doet niet af aan het toepassingsgebied ervan. De deelnemende makelaars zijn overal in Vlaanderen gevestigd en uit de niet betwiste stukken van het dossier blijkt dat het kartel via "Big Bangs" is uitgerold in meerdere grote regio's (Kempen, Waasland, Antwerpen).*

*De vaststelling van de eerste rechter dat de afspraak de mededinging beperkt, geldt eveneens ongeacht de duur van die afspraak.*

*Het vonnis van eerste rechter kwalificeert het kartel immers als een strekkingsbeperking. Dat blijkt onder meer uit de volgende elementen: De eerste rechter verbood het kartel als strijdig met artikel IV.I WER zonder een grondige analyse van de (daadwerkelijke en potentiële) effecten van het kartel op de markt; dergelijke analyse is inderdaad niet vereist voor een afspraak met mededingingsbeperkende strekking. Ook uit de volgende bewoordingen van het vonnis blijkt dit. Zo stelde de eerste rechter: "Door aldus te handelen trachten de verwerende partijen, "de mededinging uit te schakelen".*

*Een kortere duur van de niet-concurrentie doet geen afbreuk aan de strekking van de gemaakte afspraak. Het gaat nog steeds om een afspraak die ertoe strekt om de mededinging tussen makelaars te beperken inzake een cruciale parameter van concurrentie.*

6.2.

*Bovendien stelt het vonnis a quo vast dat de afspraak van [eiseressen] ook (merkbare) mededingingsbeperkende effecten heeft. Die vaststelling geldt eveneens ongeacht de duur van die afspraak. Wanneer [eiseressen] de initiële versie van het kartel (bufferperiode van minimaal één maand) uitrolden, had dit als gevolg dat meer dan 70% van het vastgoed in de betrokken regio's werd overgeheveld naar de vastgoedsite van Immoscoop. Die vaststellingen zijn onbetwist en volstaan om vast te stellen dat (ook) de initiële duur van de afspraak merkbaar beperkende effecten heeft.*

*Volledigheidshalve kan niet betwist worden dat een afspraak met een bufferperiode van "slechts" één maand:*

- het aanzienlijk aantal panden waarop het kartel betrekking heeft, niet wijzigt;*
- het aanzienlijk aantal makelaars dat de afspraak onderschreef, niet vermindert;*
- het gebied waarin de afspraak wordt toegepast, niet verkleint; en*
- betrekking heeft op de cruciale eerste maand van vastgoedadvertenties.*

*[Eiseressen] beweren, zonder daarvan bewijs aan te voeren dat de eerste rechter een feitelijk onderscheid zou hebben gemaakt tussen de kartelafpraak m.b.t. de eerste maand, vervat in het initiële Charter en de verzwaarde versie daarvan, vervat in de aangepaste versie van het Charter. Die bewering is vooreerst niet relevant. Waar het om gaat is of het gaat om dezelfde soort afspraak, wat het geval is. Voorts vindt die bewering ook geen steun in het vonnis a quo.*

*Eveneens ten onrechte beweren [eiseressen] dat de eerste rechter de initiële kartelafpraak en de verzwaarde versie daarvan een andere mededingingsrechtelijke kwalificatie zou hebben gegeven. Dit blijkt niet uit de bewoordingen van het vonnis a quo. Na geoordeeld te hebben: "Het document "Aanpassing charter" maakt een inbreuk uit op art. IV.I WER. De rechtbank beveelt de staking van de gedragingen die hierop gebaseerd zijn, overeenkomstig het beschikkend gedeelte van dit vonnis"(punt 13) , vervolgt de eerste rechter met "Hetzelfde geldt intussen ook voor het initiële charter" (punt 14) om te besluiten met "De in het initiële charter voorziene exclusiviteit maakt een inbreuk uit op art. IV.I WER. De rechtbank beveelt de staking hiervan" (punt 15, laatste zin).*

*Hieruit blijkt dat de eerste rechter nergens een (mededingingsrechtelijk of ander) onderscheid tussen de twee verschillende afspraken maakt. De eerste rechter stelt immers vast dat de afspraak vervat is in het "Charter" dat werd vastgesteld bij de oprichting van [zesde eiseres] in januari 2016, en dat de duur van die afspraak in juni 2019 werd verlengd.*

6.3.

*Het gezag van het gewijsde impliceert eveneens dat de afspraak van [eiseressen] geen nevenrestrictie is en evenmin in aanmerking komt voor vrijstelling.*

*[Eiseressen] beweerden voor de eerste rechter dat hun afspraak een nevenrestrictie betreft en voor vrijstelling in aanmerking komt. De eerste rechter verwierp dit verweer en overwoog "De rechtbank kan niet anders dan vaststellen dat het document "Aanpassing charter" van 5 juni 2019 zonder meer beoogt om op volstrekt wederrechtelijke wijze een monopolie na te streven." Deze overweging heeft gezag van het gewijsde. Zij geldt voor de door [eiseressen] gemaakte afspraak, ongeacht de duur ervan. [Eiseressen] — die op dit punt de bewijslast dragen — doen niet blijken van enig element waaruit blijkt dat deze overweging níét zou gelden wanneer de afspraak wordt 'beperkt' tot niet-concurrentie gedurende minimaal één maand. Dergelijke afspraak — ongeacht de duur ervan — streeft geen legitiem doel na en vormt geen nevenrestrictie.*

*Ook de vaststelling van de eerste rechter dat dergelijke afspraak niet voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling geldt ongeacht de duur ervan.*

7.

*Besluit:*

*Terecht stelt [verweerster] dat het gezag van gewijsde van het eerste vonnis de verwerping impliceert van het hoger beroep.*

*De in het initiële charter van [zesde eiseres] voorziene exclusiviteit, vervat in artikel 1 b en c van het charter, met een bufferperiode van één maand, maakt bijgevolg tevens een inbreuk uit op artikel IV.I WER. De eerste rechter beval terecht de staking ervan, onder verbeurte van een dwangsom van € 7.500 per afzonderlijke inbreuk en per maand dat deze inbreuk voortduurt en dit vanaf 30 dagen na betekening van het vonnis, met een gezamenlijk maximum van € 250.000. Er ligt overigens geen grief voor vanwege [eiseressen] tegen de opgelegde dwangsommen.*

*Gelet op het voorgaande, dient het Hof niet verder in te gaan op de in ondergeschikte orde ingeroepen argumentatie van [verweerster]" (bestreden arrest, p. 11-17)*

## **Grieven**

### Eerste onderdeel

Het gezag van gewijsde, zoals dat voortvloeit uit de artikelen 23 tot en met 26 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 1350, 3° van het Burgerlijk Wetboek, strekt zich uit tot wat de rechter over een geschilpunt heeft beslist, en tot wat, om reden dat het geschil dat voor hem



is gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, de noodzakelijke grondslag, al weze het impliciet, van zijn beslissing uitmaakt.

Krachtens artikel 19, eerste en tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, is het vonnis een eindvonnis inzover daarmee de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt uitgeput is, behoudens de rechtsmiddelen bij de wet bepaald. De rechter die zijn rechtsmacht over een geschilpunt heeft uitgeput, kan terzake niet meer worden geadieerd, behoudens de bij dit Wetboek bepaalde uitzonderingen.

Krachtens artikel 1068, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek maakt het hoger beroep het geschil aanhangig bij de appelrechter.

Krachtens het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie der partijen bij het burgerlijk geschil, ook beschikkingsbeginsel genaamd, volgens hetwelk de leiding van het proces uitsluitend bij de partijen berust, staat het evenwel aan partijen de grenzen te bepalen van het hoger beroep en dus de omvang van het beroep te bepalen.

De appelrechter vermag geen uitspraak te doen over een geschilpunt, waartegen geen hoger beroep is ingesteld en waarover de eerste rechter, in dezelfde zaak en tussen dezelfde partijen, zijn rechtsmacht volledig had uitgeoefend. Het zijn immers de partijen zelf die, middels het hoofdberoep of het incidenteel beroep, de grenzen trekken waarbinnen de rechter in hoger beroep vermag uitspraak te doen over de betwistingen waarvan de eerste rechter werd gevat.

Anderzijds dient de rechter ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep uiteraard wel zelf uitspraak te doen over de geschilpunten waartegen wél hoger beroep is ingesteld, zonder dat hij daarbij nuttig kan verwijzen naar het gezag van gewijsde van de beslissingen van de eerste rechter op deze punten.

De eerste rechter heeft in zijn vonnis van 30 oktober 2019 uitspraak gedaan over de verenigbaarheid met het mededingingsrecht van een exclusiviteitsperiode ('bufferperiode') van 4-6 maanden en van een bufferperiode van 1 maand. Deze beslissing was opgebouwd als volgt:

- 'A. Vooraf': de rechter oordeelt dat de aangepaste versie van het Charter (bufferperiode 4-6 maand) wel degelijk bestaat, minstens als 'feitelijke gedraging' in de zin van artikel IV.1 WER; het verslag van de algemene vergadering van zesde eiseres waaruit het tegendeel zou blijken wordt niet bewijskrachtig geacht;
- 'B. Marktbepaling': de rechter oordeelt dat, in het dispuut tussen de partijen, de relevante markt in wezen twee markten beslaat, te weten de vastgoedmarkt en de vastgoedwebsitemarkt; beide markten zijn lokaal en dus niet nationaal van aard;

- 'C.1: Aanpassing charter': de rechter oordeelt dat het Charter, in de versie met een bufferperiode van 4-6 maanden, zonder meer beoogt op wederrechtelijke wijze een monopolie na te streven, ten nadele van verweerster en van de particulieren. De rechter houdt daarbij onder meer rekening met de expliciete doelstelling om 'andere portalsites af te bouwen' (eerste streepje), met het feit dat advertenties van particulieren niet meer worden toegestaan eens een marktaandeel van 60% is bereikt (tweede streepje), en met de lange duur van de bufferperiode, inzonderheid gelet op het feit dat een pand gemiddeld 96 dagen te koop staat zodat een langere bufferperiode *de facto* neerkomt op een integrale exclusiviteitsplicht (derde streepje);
- 'C.2: Initiële charter': de rechter oordeelt dat 'hetzelfde geldt' voor het initiële Charter met een bufferperiode van een maand. Daarbij overweegt de rechter dat een bufferperiode van een maand weliswaar in bepaalde gevallen kan kwalificeren als een noodzakelijke maatregel in de zin van artikel IV.1 § 3 WER om een startende website een plaats te laten veroveren op de markt, doch dat *in casu* Immoscoop reeds een marktmacht verkregen heeft zodat de noodzakelijkheid niet langer aanwezig is.

Eiseressen hebben de omvang van hun hoger beroep als volgt bepaald (Syntheseconclusie p. 31):

*“Door [eiseressen] wordt enkel hoger beroep ingesteld, en de vernietiging en hervorming daarvan gevorderd, in de mate het Bestreden Vonnis de staking beveelt van het aanprijzen van, het aanzetten tot, dan wel het sluiten, uitvoeren of afdwingen van enige overeenkomst (in de meest ruime zin) of enige onderling afgestemde gedraging waarbij vastgoedmakelaars elkaar toezeggen een deel of het geheel van de door hun bemiddeling te koop aangeboden goederen slechts na een afgesproken periode van gelijk aan (of minder dan) één maand te adverteren op andere vastgoedsites dan Immoscoop.*

*Het hoger beroep is er m.a.w. op gericht om het Bestreden Vonnis te hervormen in de mate dit artikel 1b van het Charter, en de daarin vervatte bufferperiode van één maand, vervallen verklaart.*

*Dit hoger beroep is voor alle duidelijkheid niet gericht tegen het Bestreden Vonnis in de mate het Bestreden Vonnis de staking beveelt van het aanprijzen van, het aanzetten tot, dan wel het sluiten, uitvoeren of afdwingen van enige overeenkomst (in de meest ruime zin) of enige onderling afgestemde gedraging waarbij vastgoedmakelaars elkaar toezeggen een deel of het geheel van de door hun bemiddeling te koop aangeboden goederen niet te adverteren dan wel slechts te adverteren na een afgesproken periode van meer dan één maand op andere vastgoedsites dan Immoscoop.*

*In de procedure in eerste aanleg hebben [eiseressen] steevast voorgehouden dat het document "Aanpassing Charter" van 5 juni 2019 (houdende een bufferperiode van meer dan één maand) nooit werd goedgekeurd, en dus a fortiori ook niet werd*

*geïmplementeerd. De eerste rechter achtte het niet voldoende bewezen dat dit document inderdaad niet werd goedgekeurd, en oordeelde in randnummer 12 van het vonnis a quo dat het voor een stakingsvordering volstaat dat er een "afdoende ernstige dreiging van een inbreuk" is. [Eiseressen] blijven bij hun standpunt, en worden dus hoegenaamd niet geraakt door het vonnis a quo in de mate de staking betrekking heeft op het document "Aanpassing Charter" van 5 juni 2019.*

*Dat neemt uiteraard niet weg dat [eiseressen] alle feitelijke en juridische overwegingen in het vonnis a quo betwisten die nodig zijn om te komen tot het besluit dat de in het Initiële Charter (de oorspronkelijke versie bij oprichting van Immoscoop alsook het nieuwe Charter van 1 januari 2019) voorziene exclusiviteit van één maand een inbreuk uitmaakt op artikel IV.1 WER.*

*Deze duidelijke afbakening van het hoger beroep heeft tot gevolg dat, ingevolge het beschikkingsbeginsel, enkel een bufferperiode van één maand aan het mededingingsrecht moet worden getoetst.*

*Enige discussie inzake de beweerdelijke uitbreiding van de bufferperiode tot een periode van langer dan één maand is bijgevolg irrelevant in deze beroepsprocedure"*

Eiseressen hebben aldus hun hoger beroep weliswaar beperkt tot de beslissing inzake de bufferperiode van 1 maand, doch zij hebben die beslissing *integraal* aangevochten, waarbij zij uitdrukkelijk hebben verduidelijkt dat zij "alle feitelijke en juridische overwegingen in het vonnis a quo betwisten die nodig zijn om te komen tot het besluit dat de in het Initiële Charter (de oorspronkelijke versie bij oprichting van Immoscoop alsook het nieuwe Charter van 1 januari 2019) voorziene exclusiviteit van één maand een inbreuk uitmaakt op artikel IV.1 WER".

Concreet stonden de feitelijke en juridische vaststellingen sub 'B. Marktbeplating' opnieuw ter beoordeling van de appelrechter, aangezien de bepaling van de gemeenschappelijke markt (ook) betrekking heeft op, en derhalve ten grondslag ligt aan, de beslissing inzake de bufferperiode van 1 maand. Hetzelfde geldt voor de feitelijke en juridische vaststellingen sub 'C.1: Aanpassing Charter': hoewel deze vaststellingen in eerste instantie betrekking hebben op het Charter in de versie met een bufferperiode van 4-6 maand, worden deze vaststellingen door de eerste rechter als hernomen beschouwd bij zijn beslissing aangaande de bufferperiode van 1 maand ("Hetzelfde geldt intussen ook voor het initiële Charter"), zodat ook deze vaststellingen werden aangevochten in hoger beroep. Enkel de specifieke overwegingen inzake de lange duur van een bufferperiode van zes maanden (derde streepje) vallen buiten de omvang van het hoger beroep. Deze overwegingen vormen immers enkel de noodzakelijke grondslag van de beslissing aangaande het 'Charter 4-6 maand' en staat volledig los van het 'Charter 1 maand'. Tot slot vallen de overwegingen sub 'C.2: Initiële Charter', waarin specifiek wordt geoordeeld over de wettigheid van een bufferperiode van 1 maand, uiteraard ook binnen de grenzen van het hoger beroep.

In weerwil hiervan overwegen de appelrechters dat eiseressen *“niet langer de feiten of de beoordeling [kunnen] betwisten die de eerste rechter ten grondslag heeft gelegd aan de veroordeling van het kartel met een duur van vier à zes maanden”* (p. 13). In zoverre deze feiten of beoordelingen ook ten grondslag liggen aan de veroordeling van de bufferperiode van 1 maand, zijn zij echter wel degelijk aangevochten in hoger beroep en dienden de appelrechters daarover uitspraak te doen. Op die manier miskennen de appelrechters niet enkel de regels inzake rechtsmacht, gezag van gewijsde, devolutieve werking van het hoger beroep en de grenzen van dat hoger beroep zoals bepaald door de partijen, maar ook de bewijskracht van de besluiten van eiseressen waarin immers uitdrukkelijk is verduidelijkt dat zij *“alle feitelijke en juridische overwegingen in het vonnis a quo betwisten die nodig zijn om te komen tot het besluit dat de in het Initiële Charter (de oorspronkelijke versie bij oprichting van Immoscoop alsook het nieuwe Charter van 1 januari 2019) voorziene exclusiviteit van één maand een inbreuk uitmaakt op artikel IV.1 WER”*.

Zo ook overwegen de appelrechters ten onrechte *“dat het gezag van gewijsde van het eerste vonnis de verwerping impliceert van het hoger beroep”* (p. 17). Eiseressen hebben immers uitdrukkelijk alles betwist dat nodig is om te besluiten dat de bufferperiode van 1 maand strijdig is met de vrije mededinging; daaruit volgt dat elke overweging van de eerste rechter die implicaties kan hebben op de gegrondheid van het hoger beroep, is aangevochten en derhalve opnieuw ter beoordeling van de appelrechters stond.

Eveneens ten onrechte verwijzen de appelrechters bij herhaling naar het ‘gezag van gewijsde’ van de beslissing van de eerste rechter. Aangezien eiseressen uitdrukkelijk alles hebben betwist dat nodig is om te besluiten dat de bufferperiode van 1 maand strijdig is met de vrije mededinging, was het niet-betwiste gedeelte beperkt tot de enkele overwegingen in het eerste vonnis, randnr. 11, derde streepje, die specifiek en uitsluitend betrekking hebben op een bufferperiode van 4 of 6 maand. Alle andere overwegingen hadden (minstens ook) betrekking op de bufferperiode van 1 maand, zodat zij zijn aangevochten en opnieuw ter beoordeling stonden van de appelrechters.

Door aldus te oordelen dat eiseressen *“niet langer de feiten of de beoordeling [kunnen] betwisten die de eerste rechter ten grondslag heeft gelegd aan de veroordeling van het kartel met een duur van vier à zes maanden”* en dat *“het gezag van gewijsde van het eerste vonnis de verwerping impliceert van het hoger beroep”*, en door bij hun onderzoek van de wettigheid van een bufferperiode van 1 maand bij herhaling te verwijzen naar het ‘gezag van gewijsde’ van de vaststellingen en overwegingen van de eerste rechter, hoewel eiseressen in hun synthesebesluiten uitdrukkelijk hebben verklaard *“alle feitelijke en juridische overwegingen in het vonnis a quo [te] betwisten die nodig zijn om te komen tot het besluit dat de in het Initiële Charter (de oorspronkelijke versie bij oprichting van Immoscoop alsook het nieuwe Charter van 1 januari 2019) voorziene exclusiviteit van één maand een inbreuk uitmaakt op artikel IV.1 WER”*, miskennen de appelrechters de grenzen van het hoger beroep zoals die door eiseressen zijn bepaald (schending van het beschikkingsbeginsel zoals vervat in

artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek), miskennen zij de devolutieve werking van dit hoger beroep (schending van artikel 1068, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek), geven zij een foutieve uitlegging aan het gezag van gewijsde van het vonnis van de eerste rechter en aan het verbod tot uitputting van rechtsmacht (schending van de artikelen 19, eerste en tweede lid en 23 tot en met 26 van het Gerechtelijk Wetboek en van artikel 1350, 3° van het Burgerlijk Wetboek) en geven zij een uitlegging aan de synthesebesluiten van eiseressen (inzonderheid p. 31 inzake de 'Grenzen van het hoger beroep') die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan, in het bijzonder door daarin iets niet te lezen dat er wel in staat, te weten de verduidelijking dat eiseressen *"alle feitelijke en juridische overwegingen in het vonnis a quo betwisten die nodig zijn om te komen tot het besluit dat de in het Initiële Charter (de oorspronkelijke versie bij oprichting van Immoscoop alsook het nieuwe Charter van 1 januari 2019) voorziene exclusiviteit van één maand een inbreuk uitmaakt op artikel IV.1 WER"* (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek).

### Tweede onderdeel

Bij vonnis van 30 oktober 2019 oordeelde de rechter dat het Charter, in de versie van 5 juni 2019 (versie met bufferperiode van 4-6 maanden), op wederrechtelijke wijze een monopolie nastreeft. Deze beslissing was gesteund op volgende motieven:

*"De rechtbank kan niet anders dan vaststellen dat het document "Aanpassing charter" van 5 juni 2019 zonder meer beoogt om op volstrekt wederrechtelijke wijze een monopolie na te streven. Des te groter het "marktaandeel per postcode", des te nadeliger de bepalingen zijn voor zowel concurrenten ([verweerster]) als particulieren:*

- *Er wordt expliciet gemeld dat men "andere portaalsites" wenst af te bouwen;*
- *Vanaf een marktaandeel van 60% worden advertenties van particulieren niet meer toegestaan. Aldus wordt, ontegensprekelijk, het sluiten van een advertentieovereenkomst afhankelijk gesteld "van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten." (Art. IV.1§1, 5° WER) Consumenten kunnen immers nog slechts adverteren op de site van de marktleider, mits zij een makelaarsovereenkomst sluiten. De particuliere verkoop zonder tussenkomst van een makelaar wordt aldus ernstig bemoeilijkt;*
- *De zgn. 'buffer'-periode waarbinnen vennoten van [zesde eiseres] hun vastgoed enkel mogen aanbieden op IMMOSCOOP (en desgevallend op de eigen site, doch met name niet op IMMOWEB) wordt verlengd tot 'wenselijk 6 maand buffer', daar waar*

*de gemiddelde periode van "te koop aanbieden" klaarblijkelijk 96 dagen bedraagt. Dit impliceert dus een zo goed als integrale exclusiviteitsplicht.*

*Het betreffende gemiddelde van 96 dagen in combinatie met de bufferperiode impliceert overigens, de facto, dat enkel het "mindere" aanbod beschikbaar wordt gesteld op andere sites dan IMMOSCOOP. Goed verkoopbare panden zullen immers sneller verkocht zijn. Een deel van deze panden zal aldus voor het einde van de bufferperiode verkocht zijn en niet meer op de concurrerende site aangeboden worden. Enkel de moeilijker verkoopbare panden zullen na de bufferperiode op de concurrerende site aangeboden worden. Deze concurrerende site zal aldus niet alleen later over een bepaald aanbod kunnen beschikken. Dit aanbod zal, gemiddeld genomen, kwalitatief ook minderwaardig zijn.*

*In die optiek is de duur van de bufferperiode of periode van exclusiviteit uitermate relevant in de beoordeling van dit geschil, nu deze duur ook een rechtstreekse impact heeft op de kwaliteit van de aangeboden vastgoedportefeuille.*

*Noot: de interpretatie die [eiseressen] hieromtrent voorleggen, stellende dat het gemiddelde van 96 dagen "impliceert dat 50% van vastgoed wordt verkocht binnen de eerste 3 à 4 maanden en 50% in der daaropvolgende maanden" (conclusie p. 50), is niet gestaafd door enig stuk. Dergelijke bewering kan niet uit het "gemiddelde" afgeleid worden zonder de basisbeginselen van de statistiek te schenden. Er is geen enkele informatie over standaarddeviaties, verdeling of outliers (vrije vertaling: uitbijters) beschikbaar.*

*Een dergelijke bepaling in het document 'Aanpassing charter' inzake de verlenging van de bufferperiode bij hoger marktaandeel, impliceert zonder meer dat getracht wordt (i) de markt te verdelen (art. IV.151, 30 WER) en (ii) dat aan contractpartijen van [zesde verweerster] "andere contractuele voorwaarden" in de zin van art. IV.1§1, 1° WER opgelegd worden, met name een verbod om (gelijktijdig of nuttig) bij concurrerende sites te adverteren.*

*Door aldus te handelen trachten verwerende partijen, zonder meer, "de mededinging uit te schakelen" (art. IV.1§3,3°b WER)" (vonnis p. 10-11)*

Hieruit blijkt ontegensprekelijk dat de beslissing van de eerste rechter inzake de onwettigheid van het Charter, in de versie met een bufferperiode van 4-6 maanden, in belangrijke mate was gesteund op de lange duur van een dergelijke bufferperiode, zeker gelet op de relatief korte periode tijdens dewelke panden te koop staan. Zo overwoog de appelrechter onder meer dat de bufferperiode "wordt verlengd tot 'wenselijk 6 maand buffer', daar waar de gemiddelde periode van "te koop aanbieden" klaarblijkelijk 96 dagen bedraagt. Dit impliceert dus een zo goed als integrale exclusiviteitsplicht. Het betreffende gemiddelde van 96 dagen in combinatie met de bufferperiode impliceert overigens, de facto, dat enkel het "mindere" aanbod beschikbaar wordt gesteld op andere sites dan IMMOSCOOP [...] In die optiek is de duur van de bufferperiode of periode van exclusiviteit uitermate relevant in de

*beoordeling van dit geschil, nu deze duur ook een rechtstreekse impact heeft op de kwaliteit van de aangeboden vastgoedportefeuille”.*

Wat dan de wettigheid betreft van het Charter, in de versie met een bufferperiode van 1 maand, oordeelde de eerste rechter als volgt:

*“Hetzelfde geldt intussen ook voor het initiële charter.*

*[Eiseressen] houden voor dat de bufferperiode die voorzien werd bij dit initiële charter noodzakelijk was om met IMMOSCOOP, als nieuwkomer, de mogelijkheid te krijgen om een concurrentiepositie te verkrijgen op de betrokken markt.*

*De rechtbank kan dit argument ten dele bijtreden. De rechtbank heeft begrip voor de noodzaak van een dergelijke bufferperiode of een dergelijk primeurmodel bij de opstart van een nieuw vastgoedportaal. De rechtbank kan aannemen dat een en ander een noodzakelijkheid in de zin van art. IV.1§3 WER uitmaakte. De uitgebreide en scherpe analyse die hierover gemaakt werd in het "CAT-arrest" (arrest van het mededingingstribunaal te Londen, 5 juli 2017, bundel [eiseressen] stuk 59) is hierover uiterst pertinent.*

*Evenwel gaan [eiseressen] er in hun analyse volstrekt aan voorbij dat zij in hun communicatie zelf voorhouden dat IMMOSCOOP in bepaalde regio's reeds een marktmacht verkregen heeft (zie de afwegingen hierboven) en geenszins nog te beschouwen is als een nieuwkomer op de markt. De ingeroepen noodzakelijkheid is inmiddels niet meer aanwezig. [Verweerster] heeft afdoende naar recht aangetoond dat IMMOSCOOP inmiddels (ook) over afdoende marktmacht beschikt.*

*De in het initiële charter voorziene exclusiviteit maakt een inbreuk uit op art. IV.1 WER. De rechtbank beveelt de staking hiervan” (vonnis p. 11-12)*

Andermaal blijkt dat de eerste rechter de duurtijd van de bufferperiode van belang achtte voor de beoordeling van de wettigheid van de afspraak. Daar waar een bufferperiode van 4 of 6 maanden te lang is om wettig te zijn (*supra*), kan een kortere bufferperiode in bepaalde gevallen een gewettigde noodzakelijke maatregel zijn in de zin van artikel IV.1 § 3 WER (met name bij een beperkte marktmacht).

In weerwil hiervan oordelen de appelrechters, na te hebben vastgesteld dat eiseressen berusten in het vonnis in zoverre dat een bufferperiode van 4-6 maanden onwettig verklaart, dat *“de (gedeeltelijke) berusting in het vonnis a quo impliceert dat in de beroepsprocedure niet meer kan worden betwist dat de door [eiseressen] gemaakte afspraak, ongeacht de duur ervan:*

- *de mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan op merkbare wijze beperkt;*
- *niet is te aanzien en niet in aanmerking komt voor vrijstelling” (bestreden arrest p. 14, eigen nadruk)*



Uit het voorgaande blijkt nochtans ontegensprekelijk dat de beslissing van de eerste rechter in belangrijke mate was gestoeld op, en derhalve niet los kan worden gezien van, de duurtijd van de afspraak. Op geen enkele wijze heeft de eerste rechter geoordeeld dat een bufferperiode 'ongeacht de duur ervan' strijdig is met de vrije mededinging. De eerste rechter heeft enkel geoordeeld dat een bufferperiode van 4-6 maand onwettig is (waarbij uitdrukkelijk werd gesteund op de duurtijd van de periode zodat deze duurtijd een integraal onderdeel uitmaakt van de beslissing), en dat een bufferperiode van 1 maand in bepaalde omstandigheden gewettigd kan zijn doch niet *in casu* nu zesde eiseres reeds over voldoende marktmacht beschikt.

Op gelijkaardige wijze zijn eveneens onwettig, de overwegingen van de appelrechters krachtens dewelke "het gezag van het gewijsde impliceert dat de afspraak, ook wanneer die minder lang duurt, mededingingsbeperkend is qua strekking dan wel qua effect" (p. 14, eigen nadruk), krachtens dewelke "de vaststelling van de eerste rechter dat de afspraak de mededinging beperkt, geldt eveneens ongeacht de duur van die afspraak" (p. 15, eigen nadruk), krachtens dewelke "het vonnis a quo vast[stelt] dat de afspraak van [eiseressen] ook (merkbare) mededingingsbeperkende effecten heeft. Die vaststelling geldt eveneens ongeacht de duur van die afspraak" (p. 15, eigen nadruk), krachtens dewelke de eerste rechter overwoog "dat het document 'Aanpassing charter' van 5 juni 2019 zonder meer beoogt om op volstrekt wederrechtelijke wijze een monopolie na te streven." Deze overweging heeft gezag van gewijsde. Zij geldt voor de door [eiseressen] gemaakte afspraak, ongeacht de duur ervan" (p. 16, eigen nadruk), en krachtens dewelke "de vaststelling van de eerste rechter dat dergelijke afspraak niet voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling geldt ongeacht de duur ervan" (p. 17, eigen nadruk). Steeds geven de appelrechters op die manier een foutieve lezing aan het vonnis van de eerste rechter, nu diens beslissing uitdrukkelijk was gebaseerd op de concrete duur van de bufferperiode.

Door aldus in het vonnis van de eerste rechter te lezen "dat de door [eiseressen] gemaakte afspraak, ongeacht de duur ervan: - de mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan op merkbare wijze beperkt; - niet is te aanzien en niet in aanmerking komt voor vrijstelling" en bij herhaling te overwegen dat (het gezag van gewijsde van) de beslissing van de eerste rechter zich uitstrekt tot de onwettigheid van een bufferperiode "ongeacht de duur ervan", hoewel de eerste rechter uitdrukkelijk de concrete duurtijd van de bufferperiode in acht heeft genomen bij zijn beoordeling (en zelfs heeft overwogen "In die optiek is de duur van de bufferperiode of periode van exclusiviteit uitermate relevant in de beoordeling van dit geschil"), geven de appelrechters aan het vonnis van de eerste rechter een uitlegging die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan zodat zij de bewijskracht ervan schenden (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek), en geven zij een verkeerde draagwijdte aan het gezag van gewijsde van het vonnis van de eerste rechter en aan wat door de eerste rechter bij wege van eindvonnis is beslist (schending van de artikelen 19, eerste en tweede lid en 23 tot en met 26 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel



1350, 3° van het Burgerlijk Wetboek), al deze bepalingen voor zoveel als nodig in samenhang gelezen met artikel IV.1 van het Wetboek van Economisch Recht.

### TOELICHTING

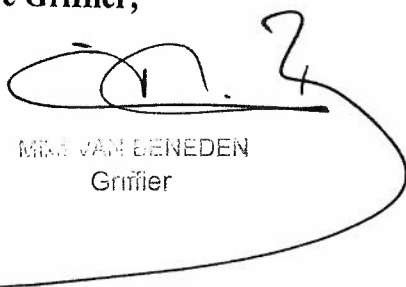
Het middel behoeft geen verdere toelichting.

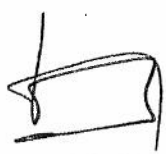
\*  
\*      \*

**Op deze gronden en overwegingen** besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie voor eiseressen dat het U, Hooggeachte Dames en Heren, moge behagen het bestreden arrest te vernietigen, de zaak en de partijen te verwijzen naar een ander hof van beroep en uitspraak te doen over de kosten als naar recht.

Antwerpen, 26 oktober 2020

**Voor eensluidend afschrift,  
De Griffier,**

  
MIMI VAN BENEDEN  
Griffier

  
Johan Verbist



#### Bijlage:

1. het exploit van betekening van deze voorziening aan de verwerende partij