

Beslissing nr. 2010- I/O-30 van 26 augustus 2010

ZAAK nr. CONC – I/O-01/0042: Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars

I. Procedure

1. Op 9 juli 2001 ontving de Raad voor de Mededinging een schrijven waarin een brief wordt overgemaakt van een vastgoedmakelaar betreffende een afspraak tussen vastgoedmakelaars gespecialiseerd in ondernemingspanden. Het Korps Verslaggevers (thans Auditoraat) heeft geoordeeld dat er ernstige aanwijzingen van restrictieve mededingingspraktijken bestonden in hoofde van het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (hierna: het BIV) en besloot bijgevolg op 27 augustus 2001 een ambtshalve onderzoek te starten, conform artikel 23 §1, c) van de oude Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging (thans artikel 44 §1, 2 WBEM).

2. De punten van bezwaar, die voorzien waren in artikel 24 § 3 van de oude WBEM, werden aan het BIV overgemaakt op 22 december 2005. Op 30 januari 2006 heeft het BIV schriftelijke opmerkingen ingediend naar aanleiding van de punten van bezwaar. Op 7 februari 2006 vond een hoorzitting plaats met de Verslaggever (thans auditeur).

3. De auditeur heeft verklaard dat de voortzetting van de procedure daarna geen prioriteit was gelet op andere prioritaire dossiers die voorrang kregen op dossiers met een zogenaamde historische inbreuk.

Uit het verslag blijkt vervolgens dat er in mei 2008 nieuwe en bijkomende elementen waren (melding wordt gemaakt van het schorsen van een Gents vastgoedkantoor Immo Budget Group door het BIV omdat het te goedkoop werkte) die de aanleiding waren om het bestaande dossier opnieuw een hogere prioriteit te geven.

4. Op 30 september 2009 heeft de auditeur, in toepassing van artikel 45 § 4 van de WBEM, een gemotiveerd verslag aan de Raad voor de Mededinging overgemaakt dat gericht is tegen het BIV. Het verslag werd ter kennis gebracht aan het BIV, dewelke toegang kreeg tot het dossier.

De behandeling van deze zaak werd toegewezen aan de Twaalfde kamer van de Raad voor de Mededinging.

5. Op 4 november 2009 heeft de kamervoorzitter, overeenkomstig artikel 48 §3 van de WBEM, de termijnen bepaald waarbinnen de auditeur en de betrokken partij, BIV hun schriftelijke opmerkingen en replieken dienen neer te leggen.

Op 21 december 2009 heeft het BIV een memorie van antwoord op het verslag van de auditeur van 30 september 2009 aan de Raad overgemaakt. Op 8 februari 2010 heeft de auditeur zijn schriftelijke opmerkingen op de memorie van antwoord van het BIV aan de Raad overgemaakt. Op 8 maart 2010 heeft het BIV haar repliek (tevens syntheseconclusies) ingediend.

6. Ter zitting van 23 maart 2010 heeft de kamer van de Raad de raadslieden van het BIV gehoord, in aanwezigheid van de auditeur en een ambtenaar van de Algemene Directie Mededinging.

Op 31 maart 2010 heeft het BIV nog een aantal gegevens, gevraagd door de kamer tijdens de zitting van 23 maart 2010, overgemaakt, waarna de kamer de zaak in beraad nam.

II. Voorwerp van het onderzoek en inhoud van het verslag van de auditeur

2.1. De betrokken partij

7. De partij die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek en het verslag in deze zaak, is het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars, gevestigd te 1000 Brussel. Het BIV is een rechtspersoon van publiek recht die werd opgericht bij koninklijk besluit (zie hierna onder 2.1.1). Het BIV heeft, kort gezegd, tot taak om het beroep van vastgoedmakelaar in België te reglementeren.

2.1.1. Oprichting en samenstelling van het BIV

8. Hierna zal de Raad eerst kort ingaan op het wettelijke kader waarbinnen het BIV functioneert, voor zover relevant voor de mededingingsrechtelijke beoordeling die moet volgen en zoals weergegeven in het verslag en het dossier, die door de auditeur werden overgemaakt.

9. Het wettelijke kader waarbinnen het BIV werd opgericht en functioneert, is gebaseerd op de kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en de uitoefening van de diensverlenende intellectuele beroepen (hierna de “Kaderwet”), die inmiddels talrijke wijzigingen heeft ondergaan en werd gecodificeerd bij Koninklijk Besluit van 3 augustus 2007 (B.S. 18 september 2007, Ed. 2, p. 49367). Het Koninklijk besluit van 6 september 1993 (hierna: KB 1993), genomen ter uitvoering van de Kaderwet, voorzag in de oprichting van het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (B.S. 13 oktober 1993). Het Instituut is operationeel sinds 1 maart 1995.

10. Als rechtspersoon van publiek recht, staat het BIV onder het gezag van de Minister die de Middenstand onder zijn bevoegdheid heeft, en de werkzaamheden van het BIV zijn gereguleerd. Het BIV heeft tot doel het reglementeren van het beroep door het uitwerken, aanpassen of vervolledigen van de voorschriften van de plichtenleer en erop toezien dat deze regels worden nageleefd.

11. Het BIV telt vier organen:

- de Nationale Raad, (regelgevend orgaan)
- het Bureau
- de Uitvoerende Kamer(s), die respectievelijk het Frans en het Nederlands als voertaal hebben
- de Kamer(s) van Beroep, die respectievelijk het Frans en het Nederlands als voertaal hebben.

De leden van de Nationale Raad en de Kamers worden benoemd onder de leden die aan de voorwaarden voldoen. De Uitvoerende Kamers en Kamers van Beroep worden voorgezeten door een werkend of een eremagistraat of door een advocaat.

12. De Nationale Raad bestaat uit 18 werkende en 18 plaatsvervangende leden en heeft o.a. als opdracht: reglementeren van de plichtenleer, opstellen van het stagereglement, erop toezien dat de voorwaarden betreffende toegang tot het beroep worden nageleefd en elke inbreuk op de wetten en verordeningen tot bescherming van de beroepstitel en tot organisatie van het beroep bij de gerechtelijke overheid aan te klagen, voorwaarden vaststellen waaraan leden moeten voldoen om de titel van hun beroep te mogen voeren. Het toezicht op de handelingen van de Nationale Raad wordt uitgeoefend door een regeringscommissaris.

13. De Uitvoerende Kamers hebben o.a. tot taak: het tableau van de beoefenaars op te maken, de occasionele uitoefening van het beroep door in het buitenland gevestigde personen toe te laten, te waken over de toepassing van het stagereglement en de voorschriften van de plichtenleer, uitspraak

doen in tuchtzaken en over betwistingen inzake honoraria en op verzoek van hoven en rechtbanken of ingeval van geschil tussen leden advies uitbrengen over de berekening van de honoraria.

2.1.2. Uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar

14. Overeenkomstig het KB 1993, mag niemand als zelfstandige in hoofd- of bijberoep, het beroep van vastgoedmakelaar uitoefenen of de beroepstitel voeren van “erkend vastgoedmakelaar” of “stagiair-vastgoedmakelaar” tenzij hij is ingeschreven op het tableau van de beoefenaars van het beroep of de lijst van de stagiairs die door het Instituut bijgehouden worden of, indien hij in het buitenland gevestigd is, toestemming heeft gekregen om het beroep occasioneel uit te oefenen. Personen die in ondergeschikt verband werken zijn niet onderworpen aan de verplichte inschrijving.

15. Het artikel 3 van het KB 1993 omschrijft de beroepswerkzaamheid van de vastgoedmakelaar als volgt:

- activiteiten van bemiddelaar met het oog op de verkoop, aankoop, ruil, verhuring of afstand van onroerende goederen, onroerende rechten of handelsfondsen;
- activiteiten van beheerder van goederen die instaat voor a) ofwel het beheer van onroerende goederen of van onroerende rechten b) ofwel het syndicschap van onroerende goederen in mede-eigendom.

16. In 2008 had het BIV 8990 leden.

2.1.3. Plichtenleer en tucht

17. Op 28 september 2000 werd een koninklijk besluit uitgevaardigd dat het reglement van plichtenleer van het BIV goedkeurt (B.S. 21 november 2000).

18. Met betrekking tot het ereloon, bepaalde artikel 13 van dit reglement het volgende:

“Het bedrag van het ereloon wordt schriftelijk vastgesteld tussen de partijen. Het ereloon dient de rentabiliteit, de waardigheid en de onafhankelijke uitoefening van het beroep te verzekeren. Bij het bepalen van zijn ereloon houdt de vastgoedmakelaar rekening met de complexiteit van de opdracht, met zijn bijzondere kwalificaties en de algemene kosten eigen aan zijn activiteit.”

19. Thans is het reglement van plichtenleer vervat in de tekst van een koninklijk besluit van 27 september 2006 (B.S. 18 oktober 2006, p. 55276). Artikel 25 (dat het hiervoor geciteerde oude artikel 13 vervangt) luidt:

“Het ereloon dient de rentabiliteit, de waardigheid en de onafhankelijke uitoefening van het beroep te verzekeren.”

20. Uit artikel 1 van het reglement blijkt de doelstelling ervan:

“Het onderstaande reglement bestaat uit regels die een waardige en integere uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar en van de functies binnen het Instituut trachten te garanderen.” (eerste alinea)

“Dit reglement alsook de in bijlage opgenomen en de eventueel toekomstige richtlijnen vormen, op deontologisch vlak, de verzameling van regels waaraan de vastgoedmakelaars zijn onderworpen.”

21. Afgezien van de bepalingen inzake erelonen en tucht die in deze context relevant zijn, bevat het reglement onder meer bepalingen over aansprakelijkheid en over de relatie met de klanten en met collega-vastgoedmakelaars.

22. Van belang in deze context is verder wat het koninklijk besluit zegt over de werking van het reglement in artikel 1:

“Overeenkomstig artikel 7 § 1 van de Kaderwet van 1 maart 1976, hebben de voorschriften inzake de plichtenleer slechts bindende kracht nadat zij door de Koning zijn goedgekeurd, bij een in Ministerraad overlegd besluit.”

Dit blijkt ook uit artikel 8 § 1 van de Kaderwet: “ *De voorschriften inzake de plichtenleer en het stagereglement hebben slechts uitwerking nadat zij door de Koning zijn goedgekeurd, bij een in Ministerraad overgelegd besluit.*”

23. De leden van het BIV zijn onderworpen aan een systeem van tuchtrecht. Artikel 43 van het reglement (huidige versie) bepaalt dat de vastgoedmakelaar vervolgd kan worden voor gedragingen die het voorwerp uitmaken van een klacht of voor tekortkomingen waarvan de bevoegde organen binnen het Instituut werden ingelicht.

24. De tuchtprocedure is geregeld in de Kaderwet. Samengevat staan de kamers in voor het toezicht op de naleving van de plichtenleer. Hun beslissingen kunnen het onderwerp vormen van een beroep voor de Kamers van beroep.

Artikel 9 § 1 onder 3 stelt dat de kamers:

“waken over de toepassing van het stagereglement en de voorschriften van de plichtenleer en uitspraak doen in tuchtzaken ten opzichte van de beoefenaars, de stagiairs, en de personen die gemachtigd zijn het beroep occasioneel uit te oefenen”.

25. Daarnaast kan nog worden verwezen naar artikel 9 § 1 onder 4; de kamers hebben tevens tot taak:

“op gezamenlijk verzoek van de betrokkenen, in laatste aanleg arbitraal uitspraak te doen omtrent betwistingen inzake honoraria die door een beoefenaar van een dienstverlenend beroep aan zijn cliënt worden gevraagd, en op verzoek van hoven en rechtbanken of in geval van geschil tussen op het tableau of op de lijst van stagiairs ingeschreven personen, advies uit te brengen over de berekening van honoraria.”

2.2. Inhoud van het verslag van de auditeur

26. Het verslag van de auditeur betreft het verspreiden van aanbevolen minimumbarema's door het BIV voor de periode 1996-2004, en het schorsen van een vastgoedmakelaar op basis van een tuchtbeslissing van het BIV in 2008 wegens o.a. het hanteren van te lage tarieven.

2.2.1. Verspreiding van aanbevolen minimumbarema's

27. Het verslag stelt dat uit het onderzoek is gebleken dat het BIV sinds 1996 aanbevolen minimumbarema's heeft verspreid met betrekking tot de diensten van vastgoedmakelaars.

28. Het BIV heeft verklaard dat er destijds een duidelijke vraag was van consumenten en van startende vastgoedmakelaars om te kunnen beschikken over een referentiepunt inzake tarieven. Op grond hiervan heeft het BIV een lijst van aanbevolen minimumbarema's vastgesteld die sinds 1996 jaarlijks werden gepubliceerd. In 1996, 1997 en 1998 werd een brochure “Barèmes minimum recommandés” uitgebracht, maar vanaf 1999 werden de barema's enkel via de BIV internet website kenbaar gemaakt en konden ze ook geraadpleegd worden via een CD-rom van het BIV. De barema's werden gepubliceerd in het officiële bulletin ‘IPI Immobilium’ dat alle informatie aangaande de rechten en plichten van de vastgoedmakelaar betrof. Op de website van het BIV werden de barema's ook gepubliceerd. Dit blijkt in ieder geval uit de mededeling die het BIV zelf op de website plaatste naar aanleiding van de beschikking van de Commissie inzake de Belgische Orde van Architecten in 2004, waarbij ze zelf aangaf de barema's vanaf die datum van de site te halen.

29. Uit het verslag en uit het dossier blijkt dat de aanbevolen minimumbarema's onderverdeeld waren in een afdeling “verkoop”, een afdeling “verhuring” en een afdeling “beheer van goederen”.

30. Wat de verkoop betreft werd een minimumbedrag bepaald, dan wel een percentage voor samenstelling dossier (10000 BEF), dat kon afgetrokken worden van het honorarium bij ondertekening van de overeenkomst. Daarna werd een vast bedrag voorgesteld voor de eerste schijf met daarna trapsgewijs een percentage in functie van de verkoopprijs van het goed. Voor bebouwde eigendommen waren de voorgestelde barema's de volgende (honoraria op de te bekomen verkoopprijs van het goed):

- vast bedrag tot 500.000 BEF: 50.000 BEF
- tussen 500.001 en 2.500.000 BEF: +5%
- tussen 2.500.001 en 5.000.000 BEF: +4%
- boven 5.000.000 BEF: +3%

Deze schijven waren cumulatief toe te passen.

31. Betreffende verhuring bevatten de aanbevolen minimumbarema's eveneens een vast bedrag voor de samenstelling van het dossier en naargelang de aard van de te verhuren goederen werden percentages van 10% of 15% van de jaarhuurprijs aanbevolen.

32. Wat het beheer van goederen betreft, onderscheiden de "aanbevolen minimumbarema's, de taken van een syndicus, die allerhande taken van beheer verricht, van deze van een rentmeester, die de huurgelden moeten innen.

33. Deze barema's werden opgesteld door een werkgroep "tarifiering" van het BIV en werden jaarlijks aangepast aan de index.

34. Het BIV heeft de vermelding van deze tarieven op de website gehandhaafd tot en met 26 februari 2004. Op 9 februari 2004 publiceerde de Europese Commissie een rapport over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening gepaard gaande met een persbericht. In dit rapport heeft de Europese Commissie aangegeven dat ook het opstellen van aanbevolen ereloonarieven een inbreuk op het mededingingsrecht kan uitmaken. Naar aanleiding hiervan heeft het BIV naar eigen zeggen uit voorzorg de aanbevolen ereloonbarema's van zijn website verwijderd (zie ook hiervoor in nr. 28).

35. Ondanks de verklaring van het BIV dat de barema's niet bindend maar slechts indicatief waren en dat de niet-naleving ervan geen enkele sanctie kon opleveren, stelt de auditeur in zijn verslag dat er in de aanbevolen minimumbarema's aangaande het beheer van onroerende goederen gesteld werd dat de barema's moesten nageleefd worden, zodat de kwaliteit van het werk, de transparantie van de opdracht en de waarborgen van de partijen niet worden benadeeld. De auditeur stelt in zijn verslag ook dat, ondanks de formele mededeling van het BIV dat de tarieven vrij zijn, in de sector door heel wat individuele vastgoedmakelaars tot op heden nog verwezen wordt naar de aanbevolen tarieven en worden de tarieven van toen nog vaak gehanteerd. Volgens de auditeur zijn de aanbevolen tarieven een eigen leven gaan leiden.

36. De auditeur concludeert dat de beslissing tot het opstellen en verspreiden van de aanbevolen minimumbarema's de mededinging op een merkbare wijze beperkt of vervalst heeft in de periode van 1996 tot februari 2004.

2.2.2. Tuchtprocedure wegens te lage tarieven (periode 2006-2008)

37. In april 2006 lanceerde een Gents vastgoedkantoor, Immo Budget Group, volgens het verslag een nieuwe prijzenpolitiek waarbij vooral op de (lage) prijs werd gefocust. Deze vastgoedmakelaar hanteerde forfaitaire commissies van 9,95 euro (budgetweb), 499,50 euro (budgetmap) en 995 euro, telkens exclusief BTW, ongeacht de aard van de opdracht.

38. Dit leidde tot verschillende klachten waarin onder meer de te lage tarieven aangeklaagd werden, hetgeen dan leidde tot een procedure voor de tuchtorganen van het BIV. In eerste aanleg werd Immo Budget Group op 23 oktober 2006 door de Nederlandstalige Uitvoerende Kamer van het BIV vrijgesproken. In hoger beroep werd Immo Budget Group op 12 maart 2008 veroordeeld door de Kamer van Beroep van het BIV voor zowel een inbreuk op artikel 13 van de plichtenleer, als een inbreuk op de Wet Handelspraktijken. Als sanctie werd een schorsing van acht dagen opgelegd.

39. In de beslissing van de Kamer van Beroep staat het volgende te lezen: "Bij de eerste tenlastelegging argumenteert de Kamer van Beroep dat niet het forfaitair karakter maar de bedragen van de verschillende tarieven in de aanklacht werden bedoeld." Verder argumenteert de Kamer van

Beroep dat “het buiten kijf staat dat de eerste twee tarieven absoluut onvoldoende zijn om enige activiteit van vastgoedmakelaar, zoals omkadert in de plichtenleer, te beoefenen. En dat dit “een flagrante aantasting is van de waardigheid van het beroep en dus duidelijk in strijd met de bepalingen van het artikel 13 van de plichtenleer”.

40. De auditeur voegt toe dat van bij het begin van de procedure bij BIV en ook na de schorsing, Immo Budget zich heeft geconformeerd naar een hogere en variabele prijs, die blijkbaar gebruikelijk is in de sector, nl. het tarief van 3%.

41. De auditeur is van oordeel dat het BIV een inbreuk heeft gepleegd op de mededingingsregels door het schorsen van een vastgoedmakelaar die te lage tarieven hanteerde, meer bepaald Immo Budget Group.

2.2.3. Conclusie van het verslag

42. In zijn verslag, stelt de auditeur voor aan de Raad om:

- het BIV te veroordelen voor het verspreiden van aanbevolen minimumbarema's voor de periode 1996 tot en met 26 februari 2004 aangezien dit een restrictieve mededingingspraktijk uitmaakt in de zin van artikel 2 §1 WBEM en artikel 81 EG-Verdrag (thans artikel 101 VWEU); volgens de auditeur is het niet opportuun om voor deze historische inbreuk een boete op te leggen.
- het BIV te veroordelen voor het schorsen van een vastgoedmakelaar die te lage tarieven hanteerde in 2008; de auditeur stelt voor om voor deze inbreuk een boete op te leggen conform artikel 63 WBEM.
- het BIV te verplichten een duidelijke omzendbrief aan al haar leden vastgoedmakelaars te richten en te wijzen op de volledige opheffing van de vroeger verspreide minimumbarema's en er duidelijk op te wijzen dat de tarieven volledig vrij zijn.

III. Afbakening van de relevante markten

43. Hiervoor werden reeds de beroepswerkzaamheden van de vastgoedmakelaar kort beschreven.

De uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar is afhankelijk van de inschrijving op het tableau van de beoefenaars van het beroep of op de lijst van de stagiairs die door het BIV worden bijgehouden.

De gedragingen die door de Raad in deze zaak moeten worden beoordeeld, gaan uit van het BIV dat bij wet is opgericht. Het gaat om handelingen van het BIV (de barema's en de schorsingszaak) die betrekking hebben op het reguleren van de activiteiten van de bij het BIV aangesloten vastgoedmakelaars.

44. Volgens het BIV is de betrokken markt in deze zaak de markt voor dienstverlening inzake onroerende goederen. Dit omvat onder meer de verkoop en verhuur van onroerende goederen, de bemiddeling inzake verkoop en verhuur van onroerende goederen en het beheer ervan. Vanuit het oogpunt van de marktvrage zijn deze actoren volgens het BIV onderling substitueerbaar. De cliënt die een onroerend goed wil huren of kopen kan zich aldus wenden tot vastgoedhandelaars, vastgoedpromotoren, patrimoniumvennootschappen, vastgoedmakelaars, notarissen, verhuurkantoren of zelfs particulieren.

45. De auditeur volgt de mening van het BIV en stelt dat er onvoldoende elementen zijn om de vastgoedmarkt te segmenteren als de markt van de vastgoedmakelaars. De diensten die een vastgoedmakelaar verleent kunnen eveneens uitgeoefend worden door andere actoren, zoals notarissen, particulieren, vastgoedhandelaars, etc.

46. Het dossier bevat slechts summiere gegevens omtrent de afbakening van de markt en de substitueerbaarheid van de diensten van de verschillende actoren op de markt, vanuit het oogpunt van de consument. Echter, de Raad moet vaststellen dat de auditeur en het BIV het in grote lijnen

eens zijn omtrent de marktafbakening en dan er geen elementen voorhanden zijn om aan te nemen dat de marktafbakening waarover ze het eens zijn, niet de juiste zou zijn.

In ieder geval is het volgens de Raad in deze zaak niet onontbeerlijk om de relevante productenmarkt verder te definiëren aangezien de hierna volgende mededingingrechtelijke analyse dezelfde zou zijn, ongeacht de marktdefinitie.

47. De Raad stelt vast dat het dossier weinig elementen betreffende de geografische marktafbakening bevat. Volgens de auditeur is de geografische markt die in aanmerking komt het volledig Belgische grondgebied en aldus de Belgische markt. Het BIV heeft deze stelling van de auditeur niet formeel betwist.

De aanbevolen minimumbarema's konden echter van toepassing zijn op alle vastgoedmakelaars die in België actief zijn, omwille van het verplichte lidmaatschap bij het BIV, en de barema's werden verspreid onder alle leden van het BIV in België. Uit het dossier is ook niet gebleken dat er obstakels zouden zijn voor een klant om zich vrij te richten tot een vastgoedmakelaar ergens in het land, naargelang zijn voorkeur. In deze zaak zijn er volgens de Raad voldoende indicaties dat het volledige Belgische grondgebied als relevante geografische markt te beschouwen is.

IV. Interstatelijkheid

48. Op grond van artikel 3 van Vo. 1/2003 (Pb. EG 2003, L 1, p. 1), dient de Raad eerst na te gaan of de gedragingen van het BIV ook getoetst moeten worden aan het Europese kartelverbod van artikel 101 VWEU.

49. Op grond van de richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" (Pb. EG (2004) C 101 p. 81, § 78 ev.) en de relevante rechtspraak terzake van het Hof van Justitie, kan ingeval van dergelijke minimumtarieven die het volledige grondgebied van een lidstaat betreffen, worden aangenomen dat er merkbare invloed is of kan zijn op de handel tussen lidstaten (o.m. HvJEG 5 december 2006, Cipolla, zaak C-94/04 en C-202/94, over minimumtarieven van een beroepsorde).

50. Het BIV betwijfelt of de zogenaamde minimumbarema's de handel tussen de lidstaten op een merkbare wijze beïnvloeden, maar is van oordeel dat ingeval van twijfel de Raad de artikelen 101 VWEU mede in aanmerking moet nemen in zijn onderzoek.

51. De Raad stelt vast dat de aanbevolen minimumbarema's van het BIV verspreid werden ten aanzien van alle vastgoedmakelaars die op zelfstandige basis in België actief zijn (dus op het volledige Belgische grondgebied), op alle onderdanen van andere lidstaten die toelating hebben gekregen om af en toe het beroep uit te oefenen, en op onderdanen van lidstaten waarmee een wederkerigheidsverdrag werd afgesloten.

52. Alle vastgoedmakelaars die hun diensten willen aanbieden in België of zich hier willen vestigen, moeten zich aan de regels van het BIV houden. Elke klant uit een andere lidstaat die in België gebruik wil maken van de diensten van een vastgoedmakelaar, kan de mogelijke gevolgen van de aanbevolen minimumtarieven ondervinden.

53. In geval van minimumbarema's die van toepassing zijn op het gehele grondgebied van een lidstaat kan worden aangenomen dat er een merkbare invloed is of kan zijn op de handel tussen de lidstaten. De Raad is aldus van mening dat de gedragingen die het voorwerp uitmaken van het verslag, of minstens een deel ervan, de handel tussen de lidstaten op een merkbare wijze kunnen beïnvloeden.

Derhalve toetst de Raad in de onderhavige zaak de gedragingen die het voorwerp uitmaken van het verslag van de auditeur zowel aan het kartelverbod van artikel 2 WBEM als aan artikel 101 VWEU.

V. Voorafgaande vraag

54. Alvorens te kunnen overgaan tot de beoordeling van de feiten die door het verslag als inbreukmakend zijn aangemerkt, moet de Raad ingaan op een middel dat door het BIV is aangevoerd met betrekking tot de procedure.

55. Het BIV uit met name twijfels omtrent de beslissing van het auditoraat of de auditeur om dit dossier te heractiveren, mede in het licht van de voorgeschiedenis van de zaak.

56. De Raad stelt vast dat de onderhavige procedure is gestart met de ontvangst door de Raad voor de Mededinging op 9 juli 2001 van een brief van het toenmalige OMOB waarin deze een brief overmaakte van een vastgoedmakelaar betreffende een vermeende afspraak tussen vastgoedmakelaars gespecialiseerd in ondernemingspanden.

57. Op 19 juni 2002 nam de Raad een beslissing in de zaak nr. 2002-P/K-45, Marc De Smet/Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars en de Raad vroeg een onderzoek naar de verenigbaarheid met de WBEM en het Europese mededingingsrecht van de door het BIV aanbevolen minimumtarieven en teneinde te bepalen in welk percentage van de vastgoedtransacties de door het BIV aanbevolen minimumbarema's toegepast worden.

58. De vraag werd door de kamer ter zitting gesteld in welke mate het Auditoraat (vroeger Korps Verslaggevers) de bovenvermelde vraag tot onderzoek van de Raad heeft uitgevoerd en in hoeverre het onderhavige verslag gezien moet worden als een opvolging van de eerdergenoemde beslissing van de Raad.

De auditeur heeft ter zitting gesteld dat zijn onderzoek geen formele opvolging is van de vraag tot onderzoek van de Raad, maar dat zijn onderzoek kan worden beschouwd als mede de genoemde zaak omvattend.

59. Het onderzoek van de auditeur heeft geleid tot de punten van bezwaar die op 22 december 2005 aan het BIV werden overgemaakt. Het BIV heeft op 30 januari 2006 geantwoord op deze punten van bezwaar en op 7 februari 2006 vond een hoorzitting bij de auditeur plaats. Het verslag vermeldt dat het onderzoek daarna "on hold" werd gezet, gelet op andere prioritaire dossiers die voorrang kregen op dossiers met een zogenaamde historische inbreuk.

60. De auditeur stelt dat in mei 2008 nieuwe en bijkomende elementen in de pers opdoken en dat dit de aanleiding was om het bestaande dossier opnieuw een hogere prioriteit te geven. De insteek voor de aandacht in de media was het schorsen van een Gents vastgoedkantoor (Immo Budget Group) door het BIV omdat het 'te goedkoop werkte'.

61. Het BIV stelt dat het verslag niet uitlegt waarom de aandacht in de media ook een bijzondere aandacht van de mededingingsautoriteit wettigde. Door het BIV wordt aangeklaagd dat de auditeur afging op berichten in de pers naar aanleiding van een specifiek geval dat plaatsvond tien jaar na het begin van het onderzoek, namelijk de klacht in de zaak 2002-P/K-45 die dateert van 1996.

62. De Raad stelt vast dat nergens uit blijkt dat er een formele stopzetting van het onderzoek zou zijn geweest. Dit betekent dat het onderzoek te allen tijde verder gezet kon worden.

63. Behoudens wanneer de wet termijnen bepaalt, of wanneer de Raad zou vaststellen dat algemene rechtsbeginselen beperkingen opleggen aan de duur van een procedure of aan de geldigheid ervan, staat het de auditeur vrij het verloop, het tempo en het prioritair karakter van een onderzoek te bepalen.

64. In tegenstelling tot hetgeen het BIV lijkt te impliceren, kon uit het verloop van het onderzoek of uit het uitblijven van punten van bezwaar of een verslag, in geen geval de gewettigde verwachting worden afgeleid dat er tegen de praktijken die onderwerp maakten van het onderzoek, geen bezwaar bestond.

VI. Inbreuk op het kartelverbod: de barema's

6.1. Aanbevolen minimumbarema's als besluit van een ondernemingsvereniging

65. Artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU verbieden overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of als gevolg hebben dat de mededinging op de Belgische markt merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het rechtstreeks of zijdelings bepalen van aan- of verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden wordt uitdrukkelijk vermeld in het kartelverbod van zowel het Belgisch als het Europese mededingingsrecht.

66. In de voorliggende zaak is er sprake van aanbevolen minimumbarema's die door het BIV werden vastgesteld en verspreid onder haar leden-vastgoedmakelaars alsook van het schorsen van een vastgoedmakelaar door een beroepsinstituut voor het hanteren van lage tarieven.

De Raad moet hierna nagaan of de feiten waarvan sprake in het verslag individueel, en in onderlinge samenhang beschouwd, een inbreuk maken op artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU en kunnen worden toegerekend aan het BIV.

67. Een bij wet opgericht beroepsinstituut kan zowel een onderneming, als een ondernemingsvereniging zijn in de zin van artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU. Het kartelverbod is van toepassing op verenigingen van zodra hun eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken of tot gevolg hebben dat artikel 101 VWEU en artikel 2 WBEM worden geschonden. Een beroepsorganisatie moet worden aangemerkt als ondernemingsvereniging in de zin van het kartelverbod wanneer zij regels vaststelt waarin de wil besloten ligt dat de aangesloten leden in het kader van hun economische activiteit een bepaald gedrag zouden volgen (Beschikking Commissie 24 juni 2004, Orde van Architecten, COMP/38549).

68. In de voorliggende zaak staat vast dat de vastgoedmakelaars, leden van het BIV, een economische activiteit uitoefenen en diensten leveren op een markt en daardoor elk als onderneming te kwalificeren zijn. Verder speelt het BIV een rol binnen het economisch verkeer gelet op de invloed die zij uitoefent tegenover haar leden en tegenover de markt, bijvoorbeeld door het ter beschikking stellen van informatie op de website.

69. De auditeur is van mening dat het BIV als een ondernemingsvereniging moet beschouwd worden, onder meer wanneer zij barema's toepasbaar maakt op de beroepswerkzaamheden van een vastgoedmakelaar.

70. Het BIV betwist dat het louter als een ondernemingsvereniging moet worden beschouwd en dat de barema's die zij vroeger heeft aanbevolen als een loutere autonome beslissing in economische aangelegenheden moet worden beschouwd. Het BIV verwijst naar het feit dat het reglement van plichtenleer enkel uitwerking heeft nadat het in een Ministerraad overlegd KB is goedgekeurd. Hieruit zou volgen dat de maatregelen die het BIV heeft genomen voor het handhaven van een redelijk prijsniveau (met inbegrip van de historische aanbevolen minimumbarema's) de uitvoering zijn van een op basis van een wettelijke bepaling opgelegde dwingend taak. Het BIV voert aan dat het met de verspreiding van de barema's een publieke taak heeft uitgevoerd.

71. BIV beroept zich op artikel 9 §1 onder 4 van de Kaderwet (vorige artikel 8 § 1,4° van de Kaderwet van 1976, zie geciteerd hiervoor in nr. 9) waaruit blijkt dat de kamers geroepen kunnen worden om op gezamenlijk verzoek van de betrokkenen, in laatste aanleg arbitraal uitspraak te doen omtrent betwistingen inzake honoraria die door de beoefenaar van een dienstverlenend beroep aan zijn cliënt worden gevraagd, en op verzoek van de hoven en rechtbanken of in geval van geschil tussen op het tableau of op de lijst van de stagiairs ingeschreven personen, advies uit te brengen over de berekening van honoraria.

Verder verwijst het BIV naar het artikel in de plichtenleer dat handelt over de honoraria (vroeger artikel 13, thans artikel 25, zie hiervoor geciteerd in nrs. 18 en 19) en dat stelt dat het ereloon de rentabiliteit, de waardigheid en de onafhankelijke uitoefening van het beroep dient te verzekeren.

72. Volgens het BIV blijkt uit de toepasselijke wetgeving dat de regel dat het ereloon onder meer de rentabiliteit van het beroep moet verzekeren, een reglementaire norm is die door de overheid is vastgesteld en waarvan de naleving door de tuchtorganen van het BIV dient te worden afgedwongen. Het BIV stelt dat het wettelijk verplicht is om uitspraak te doen inzake betwistingen over honoraria en om advies uit te brengen over de berekening van honoraria en dat het moet waken over een redelijk prijsniveau voor de diensten van vastgoedmakelaars.

73. De Raad verwijst vooreerst naar de beslissing van 19 juni 2002 in de zaak Marc De Smet/BIV (Beslissing 2002-P/K-45) waarin de Raad oordeelde dat het BIV als een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 §1 van de WBEM moet worden beschouwd.

74. Het feit dat het BIV het statuut van een rechtspersoon naar publiek recht heeft en een beroepsvereniging is aan wie de overheid bepaalde opdrachten heeft toegewezen om het beroep te reglementeren, belet niet dat het BIV voor de toepassing van de mededingingsregels als een ondernemingsvereniging kan beschouwd worden (zie ook de Beslissingen 2007-I/O-27 en 2007-P/K-35 inzake de Orde van Apothekers, respectievelijk van 26 oktober 2007 en 20 december 2007, inhoudelijk bevestigd door het Hof van beroep, 7 april 2009, R.G. 2007/MR/5).

75. De Raad stelt vast dat aan het BIV in algemene zin de verantwoordelijkheid is toegewezen om het beroep van vastgoedmakelaar te reglementeren. Ook wordt in algemene zin de bevoegdheid toegekend om in te staan voor de handhaving van de eer en de waardigheid van het beroep.

De vraag die zich dan stelt is of het BIV in deze specifieke context louter een wettelijke taak uitoefent, optreedt als verlengstuk van het openbaar gezag en dus niet onderworpen is aan de mededingingsregels, dan wel dat er sprake is van een besluit van een ondernemingsvereniging dat kan en moet worden getoetst aan de mededingingsregels, meer bepaald het kartelverbod van artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU.

76. Het BIV heeft inderdaad de opdracht gekregen om een reglement van plichtenleer vast te stellen en een dergelijk reglement is in voege (bepalingen hiervoor geciteerd in 2.1.3). In de bepalingen aangaande de erelonen wordt het verband gelegd met de rentabiliteit en de waardigheid van het beroep.

77. De Raad stelt echter vast dat noch de vroegere Kaderwet van 1 maart 1976, ondertussen vervangen door de Kaderwet van 3 augustus 2007, noch de uitvoeringsbesluiten, het BIV verplichten om aanbevolen minimumbarema's op te stellen, noch om voorstellen van barema's aan de goedkeuring en controle van de overheid te onderwerpen.

Daarmee staat al vast dat het opstellen van de barema's niet de uitoefening kan zijn van een wettelijke taak. Een dergelijke taak werd immers niet toegekend.

78. Zoals gezegd wordt verder slechts in zeer algemene termen aan de beroepsorganisatie opgedragen om de eer en de waardigheid van het beroep te verzekeren. Er is geen rechtstreeks verband aangetoond tussen de uitvoering van de wettelijke taak enerzijds, en het opstellen en verspreiden van aanbevolen minimumbarema's anderzijds. Evenmin blijkt uit de toepasselijke regelgeving, noch uit de argumentatie van het BIV voor de Raad, dat er op impliciete wijze een opdracht van de overheid zou zijn om dergelijke barema's op te stellen.

79. Het BIV koos ervoor om de haar toevertrouwde taken vorm te geven door onder meer barema's op te stellen en te verspreiden. Nochtans waren andere middelen en methodes denkbaar voor het toezicht op de naleving van de regels van de plichtenleer in individuele gevallen.

80. Het BIV is zelf verantwoordelijk voor haar activiteiten in dit verband en haar handelen kan niet onttrokken worden aan de normale toepassing van de mededingingsregels (zie ook recent het Hof van Cassatie aangaande regels van de Orde van Apothekers, Cass. 11 december 2009, D.08.0014.F/1).

81. Het beroep dat het BIV in dit verband doet op, onder meer, de zaken Arduino en Cipolla gaat niet op (respectievelijk HvJEG 19 februari 2002, zaak C-35/99, en geciteerd in nr. 49) omdat het verband tussen de rol en de activiteiten van de beroepsvereniging (BIV) enerzijds, en de tussenkomst van de overheid anderzijds, in deze zaak anders ligt. Het gaat er volgens de rechtspraak om te bepalen of de tariefregeling in feite te beschouwen is als een overheidshandeling door de tussenkomst van de overheid (de genoemde arresten, en ook HvJEG in de zaak Wouters, 19 februari 2002, zaak C-309/99 en de in nr. 74 genoemde beslissingen van de Raad).

Dat is hier niet het geval: het reglement wordt weliswaar goedgekeurd door de Minister en daardoor bindend verklaard maar de regels zijn opgesteld door vertegenwoordigers van de sector zelf die zelf lid zijn van de vereniging. Nergens kan uit worden afgeleid dat de Minister inhoudelijke inbreng kan of moet hebben op de regels. De betrokkenheid van externe juristen in de kamers die beslissingen nemen, verandert niets aan het feit dat het alleszins niet gaat om overheidshandelen.

82. Op dit punt concludeert de Raad dan ook dat, wanneer het BIV aanbevolen minimumbarema's formuleert, zij geen taak van openbare dienst uitoefent en dat de barema's geen overheidsmaatregelen zijn, noch een voorbereidingsdaad van een overheidsmaatregel. In dit kader handelt het BIV als ondernemersvereniging.

83. Zoals de auditeur terecht heeft betoogd, kunnen de aanbevolen minimumbarema's van het BIV ook worden aangemerkt als besluiten van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 §1 van de WBEM en artikel 101 VWEU.

84. De hierboven aangehaalde argumenten van het BIV (zie nrs. 70-72) die door haar herhaald worden wanneer het gaat om de kwalificatie "besluit" doen ook geen afbreuk aan de kwalificatie van "aanbevolen minimum barema's" als een besluit van een ondernemingsvereniging.

85. Zoals de Raad reeds eerder heeft geoordeeld in gelijkaardige zaken, vormen de aanbevelingen van het BIV een getrouwe weergave van haar wil om de handelingen van haar leden te coördineren (zie onder meer Beslissing Apothekers hiervoor geciteerd in nr. 74 en verder Beslissing 2007-I/O-19 van 21 augustus 2007 inzake de Orde der Dierenartsen, Beslissing 2008-P/K-45 van 25 juli 2008 inzake Interieurarchitecten, Beslissing 2008-I/O-15 van 15 april 2008 inzake IV/DB).

Op basis van de formulering van de barema's en in combinatie met het feit dat het BIV over een wettelijk statuut beschikt en dat het lidmaatschap verplicht is om het beroep van erkend vastgoedmakelaar uit te oefenen, kan er in ieder geval vanuit worden gegaan dat het BIV met de opstelling, de bekendmaking en de jaarlijkse verspreiding van de barema's de bedoeling had het gedrag van haar leden te beïnvloeden.

86. In de beslissing van de Raad van 19 juni 2002 (zie hiervoor in nr. 57) had de Raad trouwens al aangegeven dat het systeem van minimum honorariaschalen van het BIV als een besluit van een ondernemingsvereniging moest beschouwd worden.

87. De Raad is aldus van oordeel dat de aanbevolen minimumbarema's van het BIV als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 2 §1 WBEM en artikel 101 VWEU moeten beschouwd worden.

6.2. Het concurrentiebeperkend karakter van de barema's

88. Voor de beantwoording van de vraag of de aanbevolen minimumbarema's kunnen worden beschouwd als een inbreuk op het kartelverbod omdat het besluit tot doel en/of gevolg heeft dat de concurrentie wordt beperkt, moet de Raad acht slaan op alle feitelijke en juridische omstandigheden zoals die blijken uit het verslag van de auditeur, uit het dossier en uit de voor de Raad door partijen aangebrachte elementen.

6.2.1. Concurrentiebeperkend doel

89. Reeds in eerdere beslissingen heeft de Raad geoordeeld dat het vaststellen van bindende tarieven tussen concurrenten of door een vereniging, zonder twijfel blijkt geeft van het doel de

concurrentie te beperken door de prijzen voor dienstverlening vast te leggen, dan wel te harmoniseren.

Door bepalingen inzake tarieven vast te stellen, doen leden van een vereniging ten opzichte van elkaar afstand van de vrijheid om voor de beloning van de diensten die zij aan de gebruikers verlenen, individueel eigen tarieven vast te stellen. In dezelfde zin geeft een vereniging die tarieven vaststelt, blijk van de wil tot coördinatie van het gedrag van haar leden (Beschikking van de Commissie van 30 juni 1995 in zaak IV/33.686, Coapi, Beslissing van de Commissie van 24 juni 2004 in de zaak Orde van Architecten, hiervoor in nr. 67 en de beslissingen van de Raad genoemd hiervoor in nr. 85).

90. Daarnaast kan ook in geval van prijsaanbevelingen uitgaande van verenigingen worden aangenomen dat een concurrentiebeperkend doel aanwezig is. Door middel van prijsaanbevelingen of richtprijzen, kan een ondernemersvereniging ook uiting geven aan haar wil om het concurrentieel gedrag van de leden te harmoniseren, dan wel minstens te beïnvloeden. Uit het geheel van de omstandigheden moet blijken of deze prijsaanbevelingen in feite neerkomen op vaste minimum-of maximumprijzen.

91. Hetzelfde geldt voor louter indicatieve tarieven die vergezeld gaan van rechtstreekse of onrechtstreekse verklaringen of uitingen die gelijkgesteld kunnen worden met aanbevelingen ten aanzien van het concrete prijsgedrag van de leden van een vereniging, of zelfs in ruimere zin, de marktdeelnemers in het algemeen. Ongeacht de benaming, kan een besluit van een vereniging inzake prijzen, afhankelijk van de feitelijke of juridische omstandigheden, uiting geven van een concurrentiebeperkende doelstelling en op die wijze eveneens een ernstige inbreuk uitmaken van het kartelverbod. Het geheel van omstandigheden kan dan immers eveneens gelijkgesteld worden met de hiervoor genoemde vormen van prijsbeperkingen.

92. De auditeur is van mening dat de aanbevolen minimumbarema's van het BIV inderdaad als een doelbeperking dienen beschouwd te worden.

93. Het BIV steunt zich op de hiervoor geciteerde artikelen 8 §2 en 9 §1, 4° van de Kaderwet om haar aanbevolen minimumbarema's te verantwoorden (zie hiervoor in nrs. 22-24). Artikel 8 §2 stelt dat de Nationale Raad alle maatregelen kan nemen om zijn taak te verwezenlijken. Artikel 9 §1, 4° stelt dat de Kamers op gezamenlijk verzoek van de betrokkenen, in laatste aanleg arbitraal uitspraak doen omtrent betwistingen inzake honoraria die door een beoefenaar van een dienstverlenend beroep aan zijn cliënt worden gevraagd.

94. Het BIV roept hier opnieuw in dat ze bij het verspreiden van de minimumbarema's een publieke taak heeft uitgevoerd.

De Raad verwijst in dit verband naar wat hiervoor is gesteld in de nrs. 75-82 en neemt de betreffende overwegingen hier volledig over. Het feit dat het BIV vanwege de overheid bepaalde taken heeft gekregen, doet in deze specifieke zaak niets af aan het feit dat de Raad het verspreiden en het publiceren van de barema's kan toetsen.

95. Er werd volgens de Raad ook geen verband aangetoond met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, noch met de noodzaak om ervoor te zorgen dat de nodige garantie van integriteit en ervaring wordt geboden aan de eindgebruikers van professionele diensten.

Ter zitting heeft het BIV ook gesteld dat het opstellen en verspreiden van minimumbarema's niet strikt noodzakelijk is om een tuchtopdracht ter behandeling van abnormale lage tarieven uit te oefenen.

96. Het BIV voert verder aan dat er bij de barema's geen sprake is van het jaarlijks opstellen en aanpassen van de barema's en dat er geen enkel gegeven voorhanden is waaruit blijkt dat de barema's moeten worden nageleefd. Voorts wordt gesteld dat het feit dat het BIV alle vastgoedmakelaars groepeerd niet relevant is omwille van de ruimere marktafbakening en dat de aanbevolen barema's nooit het voorwerp hebben uitgemaakt van enige tuchtrechtelijke bepaling of sanctie. Verder bevat de tekst van de aanbevolen barema's volgens het BIV geen enkele dreiging

met sancties en is er nooit een modelcontract verspreid met verwijzing naar de tarieven zoals dat in andere zaken het geval was. Het BIV concludeert dat het niet het doel had de mededinging te belemmeren.

97. De Raad stelt vast dat bij de publicatie van de aanbevolen minimumbarema's inderdaad vermeld werd dat deze barema's niet bindend waren voor de leden.

Desalniettemin is de Raad van oordeel dat de relevante feitelijke omstandigheden van de zaak aantonen dat de barema's toch met prijsbeperkingen kunnen gelijkgesteld worden. Zoals het BIV terecht heeft ingezien, komt in dit kader belang toe aan de vergelijking van deze zaak met enkele andere gelijkaardige zaken waarin werd bepaald door de Raad wanneer aanbevolen tarieven door een vereniging, wel of niet, als concurrentiebeperkend zijn aan te merken.

Hierna komen de verschillende relevante elementen aan bod die deels ook door het BIV zijn ingeroepen: de gebruikte terminologie, de oproep tot naleving, het verplicht lidmaatschap, het tuchtrecht en de tuchtbeslissingen, de modaliteiten van publicatie en verspreiding, het toepassingsgebied van de barema's en de toepassing voor alle vastgoedmakelaars in België.

98. Vooreerst heeft het BIV de term "aanbevolen minimumbarema's" gebruikt en niet de meer neutrale term aanbevolen barema's, hetgeen kan wijzen op de bedoeling van het BIV om een zeker minimumniveau van de erelonen tot stand te brengen. Bij het voorwoord van de aanbevolen minimumbarema's versie 1998 verwijst het BIV naar het feit dat een zeker minimumbarema voor de diverse diensten nodig was. Bij de tekst van de toepassingmodaliteiten wordt opnieuw verwezen naar het feit dat de erelonen vermeld in de barema's een minimumbasis voor tarificatie zijn. Het gebruiken van de term "minimum" kan bij de leden tot de interpretatie leiden dat er geen erelonen beneden dit minimum mochten aangerekend worden, hetgeen nog versterkt wordt door het feit dat het BIV over reglementaire bevoegdheden inzake het ereloon beschikt.

99. Verder is in dit kader relevant dat er sprake is van een werkgroep genaamd "Tarifiering". Deze werkgroep heeft zich beziggehouden met het opstellen van een werkdocument ter voorbereiding van de barema's, dat in verband wordt gebracht met zogenaamde "codes" die volgens het dossier voorheen door de beroepsvereniging werden opgesteld. Ook de term "barema's" kan op zich al aanleiding geven tot een normatieve connotatie.

100. Zoals ook door de auditeur aangegeven, stelt de Raad vast dat in bepaalde passages van de tekst van de aanbevolen minimumbarema's wordt vermeld dat deze tarieven dienen gerespecteerd te worden. De tekst luidt: "De barema's moeten nageleefd worden, zodat de kwaliteit van het werk, de transparantie van de opdracht en de waarborgen van de partijen niet worden benadeeld." Deze tekst komt voor in de versies van de aanbevolen barema's van 1998, 1999, 2002, 2003 met betrekking tot het beheer van goederen, en de Raad gaat ervan uit dat deze tekst dus in elke versie van de barema's herhaald werd.

Een dergelijke verwijzing naar een verplichting tot het volgen van tarieven kan het mogelijks slechts aanbevolen karakter van de barema's teniet doen of alleszins de leden aanzetten tot het volgen van de aanbevolen minimumbarema's en de indruk wekken dat de barema's dienen gevolgd te worden. De Raad stelt vast dat het BIV dit niet heeft kunnen weerleggen en niet afdoende heeft kunnen uitleggen waarom deze verwijzingen naar een verplichting tot het volgen van de tarieven nodig was.

101. In tegenstelling tot de feitelijke elementen in de zaak IV-DB (beslissing hiervoor geciteerd in nr. 85), stelt de Raad vast dat vastgoedmakelaars indirect aangespoord of gestimuleerd werden om deze aanbevolen minimumbarema's te volgen aangezien vastgoedmakelaars ook verplicht zijn om lid te zijn van het BIV en de leden van de vereniging onderworpen zijn aan een stelsel van rechten en plichten.

Het is alleszins aannemelijk dat de leden omwille van dit stelsel van rechten en plichten zich gehouden voelden om de aanbevolen minimumbarema's te volgen en dat er dus een bepaald normerend effect uitging van de aanbevolen minimumbarema's. Het BIV beschikt over reglementaire en disciplinaire bevoegdheden, ook met betrekking tot het ereloonbeleid van

individuele leden. Het feit dat er blijkens het dossier weinig zaken zijn geweest waarin de disciplinaire bevoegdheden hebben geleid tot individuele sancties, betekent nog niet dat de mogelijkheid van dergelijke sancties niet al op zich een belangrijke overweging is voor vastgoedmakelaars.

Uit artikel 10 van de Kaderwet (huidige versie, geciteerd hiervoor in nr. 9) blijkt dat de volgende sancties mogelijk zijn: een waarschuwing, een berisping, een schorsing en zelfs de schrapping van het tableau.

102. Uit het verslag van de auditeur volgt ook dat de aanbevolen barema's in 1999 werden gepubliceerd in het officieel bulletin "IPI Immobilium" wat alle informatie aangaande de rechten en plichten van de vastgoedmakelaar publiceert. Zoals hiervoor reeds gesteld, werden de barema's in ieder geval ook op de website van het BIV gepubliceerd waar ze niet alleen voor de leden maar ook voor klanten toegankelijk waren.

103. De auditeur citeert in zijn antwoordmemorie het BIV waar het stelt dat bij gemis aan barema's geen lineair en éénzijdig advies kan verstrekt worden aan de rechtbanken en hoven en er aldus geen uniformiteit zou bestaan binnen de betrokken markt. Op deze manier worden volgens de auditeur de kamers van het BIV uitgenodigd om rekening te houden met de kwestieuze barema's en indirect ook de leden-makelaars van het BIV aangezien die er van uit gaan dat dan de kamers dezelfde minimumbarema's zullen hanteren in mogelijke tuchtprocedures.

104. De Raad stelt vast dat het BIV zelf ook heeft verklaard (zie p. 065 dossier) dat de aanbevolen barema's een leidraad zijn voor de kamers van het BIV bij hun besluitvorming en adviesverstrekking inzake ereloonbetwistingen en dat voor de vastgoedmakelaar de aanbevolen barema's kunnen dienen als referentiepunt dat hem moet toelaten te beoordelen of zijn ereloon door de tuchtrechtelijke organen als abnormaal hoog of laag zou kunnen worden gekwalificeerd. Verder stelt het BIV dat de kamers de aanbevolen barema's soms als leidraad gebruiken om te oordelen of een vastgoedmakelaar geen onredelijke erelonen heeft gevraagd.

Aangezien de kamers van het BIV worden uitgenodigd om de aanbevolen minimumbarema's als leidraad te gebruiken, zullen ook de BIV-leden (rechtstreeks of onrechtstreeks) aangespoord worden dezelfde barema's te volgen.

105. Ook de jaarlijkse publicatie en verspreiding van de aanbevolen minimumbarema's heeft er volgens de Raad toe geleid dat de leden met een redelijke mate van zekerheid konden voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zouden volgen. Tevens werden de bedragen jaarlijks aangepast aan de index, zoals door het BIV erkend werd.

106. Verder wordt in dit kader belang gehecht aan het feit dat de aanbevolen minimumbarema's betrekking hadden op de overgrote meerderheid van de activiteiten van de vastgoedmakelaar; ze bevatten ofwel een percentage op de verkoop- of huurprijs ofwel een forfait per geleverde dienst.

107. Tenslotte merkt de Raad nog op dat het BIV alle vastgoedmakelaars die in België actief zijn groepeerd. Dit houdt verband met het verplichte lidmaatschap om het beroep van erkend vastgoedmakelaar te mogen uitoefenen. In het kader van de mededingingsrechtelijke analyse is dit een element waar groot belang aan toekomt: onderwerping aan de regels van het BIV is een noodzaak om het beroep te kunnen uitoefenen (zie ook de beslissing inzake dierenartsen, geciteerd in nr. 85, en de beslissing apothekers, geciteerd in nr. 74, te vergelijken met de beslissing IV/DB, geciteerd in nr. 85).

108. Overigens wijst de Raad erop dat uit de Beslissing van de Raad van 19 juni 2002 (hiervoor geciteerd in nr. 57) al volgde dat het hanteren van indicatieve minimumtarieven in strijd was met het Europese kartelverbod.

109. Op basis van het voorgaande en uit het geheel van alle feitelijke en juridische omstandigheden zoals die blijken uit het verslag van de auditeur, uit het dossier en uit de voor de Raad door partijen aangebrachte elementen, is de Raad van oordeel dat de aanbevolen minimumbarema's van het BIV een prijsbeperking uitmaken die als een inbreuk op artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU moet beschouwd worden.

110. Tenslotte dient de Raad vast te stellen of er sprake is van een merkbare beperking. Echter gelet op het feit dat het gaat om een doelbeperking, dient hier niet dieper op te worden ingegaan. Hiervoor werd geoordeeld dat aanbevolen minimumtarieven gelijk te stellen zijn aan prijsafspraken. Ingeval van dergelijke ernstige concurrentiebeperkingen volstaat het vast te stellen dat er van tariefstelling sprake is, om te besluiten dat de beperking ook merkbaar is (Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 EG Verdrag, Pb. EG 2004, C 101, p. 97, §19-21). Dit hangt ook samen met hetgeen volgt in 6.2.2 over de noodzaak om de gevolgen van de praktijken te onderzoeken.

6.2.2. Concurrentiebeperkende gevolgen

111. Uit het dossier en het verslag blijkt dat de auditeur een vrij beperkt onderzoek heeft verricht naar de gevolgen van de barema's. Volgens de auditeur zijn er in het onderzoeksdossier een aantal aanwijzingen dat een zeker percentage van de vastgoedmakelaars de aanbevolen minimumbarema's gevolgd heeft in de praktijk. De beperkte omvang van het onderzoek naar de gevolgen van de aanbevolen minimumbarema's op de markt, maakt het voor de Raad moeilijk om de daadwerkelijke impact op de concurrentie ervan afdoende in te schatten.

112. Echter, aangezien vaststaat dat de aanbevolen minimumbarema's als doel hadden om de mededinging te beperken, dient niet meer te worden nagegaan in welke mate, zij ook daadwerkelijke gevolgen hebben gehad voor de beperking van de mededinging. Van sommige inbreuken kan immers verondersteld worden dat ze naar hun aard schadelijk zijn en om die reden moeten hun gevolgen niet worden onderzocht. Het is voldoende dat de gedragingen negatieve gevolgen voor de mededinging kunnen hebben (HvJEG 4 juni 2009 in de zaak T-Mobile, zaak C-8/08, en beslissing 2010-I/O-11 van de Raad, Staalplaatradiatoren, en de beslissingen geciteerd in nr. 85).

6.3. Duur van de inbreuk en toerekening

113. Het BIV heeft sinds 1996 de aanbevolen minimumbarema's vastgesteld die jaarlijks werden gepubliceerd. Het BIV heeft de vermelding van deze tarieven op de website gehandhaafd tot en met 26 februari 2004. Het BIV heeft de publicatie en verspreiding van deze aanbevolen minimumbarema's op eigen initiatief stopgezet. Het gaat dus om een historische inbreuk die plaats heeft gevonden in de periode 1996 tot 26 februari 2004.

114. De auditeur stelt in zijn verslag ook dat de aanbevolen tarieven na 2004 een eigen leven zijn gaan leiden. In de hypothese dat dit zo zou zijn, zijn er volgens de Raad in het dossier alleszins geen elementen beschikbaar waarom dit aan het BIV zou kunnen toegerekend worden.

Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat het BIV in dit verband heeft gehandeld als een ondernemingsvereniging en dat zij zich in die hoedanigheid te houden heeft aan de Belgische en Europese mededingingsregels. Echter, het spreekt voor zich dat het BIV alleen verantwoordelijk kan worden gesteld voor mogelijk inbreukmakende handelingen die haar kunnen worden toegerekend.

Het verslag richt zich enkel tot het BIV en ziet niet op eventuele concurrentiebeperkende afspraken of gedragingen door vastgoedmakelaars. Er zijn geen indicaties in het dossier dat het BIV, na het intrekken van de barema's toch verantwoordelijk kan worden gesteld voor het beïnvloeden van het marktgedrag van haar leden.

6.4. Uitzondering artikel 2 §3 WBEM en 101 lid 3 VWEU

115. Het BIV roept tenslotte nog in dat aan de vier voorwaarden voor de toepassing van artikel 2 §3 WBEM en artikel 101 lid 3 VWEU is voldaan maar staaft dit op slechts op summier wijze. Er wordt aan herinnerd dat de bewijslast voor het voldoen aan de vier cumulatieve voorwaarden voor een uitzondering, bij het BIV ligt.

116. Volgens het BIV is een aanbevolen minimumtarief een leidraad voor de beroepsbeoefenaren die bijdraagt aan de verbetering van de distributie of aan de technische of economische

voortgang. Volgens het BIV zijn de aanbevolen minimumtarieven ook een leidraad voor de consument waaruit blijkt dat aan de gebruikers een billijk aandeel toekomt van de eerder genoemde voordelen.

117. Aangezien de minimumbarema's slechts aanbevolen worden, zou ook aan de derde voorwaarde voldaan zijn aangezien er voor het doel geen onmisbare mededingingsbeperkingen worden opgelegd.

118. Tenslotte kunnen volgens het BIV de minimum aanbevolen barema's, gelet op de ruime definiëring van de markt, bezwaarlijk worden beschouwd als een mededingingsbeperking die de mededinging uitsluit (vierde voorwaarde).

119. De Raad is van oordeel dat tariefbarema's een belangrijke beperking zijn van de vrijheid van ondernemers op een betrokken markt zoals blijkt uit de onderhavige beslissing.

Het valt niet in te zien, althans is onvoldoende aangetoond, hoe het opleggen van minimumtarieven een garantie kan bieden voor een betere kwaliteit van de dienstverlening, hetgeen te kwalificeren zou kunnen zijn als een verbetering van de productie of van de verdeling van producten. Hoe in dat verband met zekerheid kan worden vastgesteld dat eventuele voordelen de gebruikers zouden ten goede komen is dus zeer de vraag (zie ook Beslissing 95-VMP-3 van de Voorzitter van de Raad van 31 oktober 1995, en de richtsnoeren van de Commissie, hiervoor geciteerd in nr. 110, alsook de Beschikking in de zaak Belgische Orde van Architecten, geciteerd in nr. 67 en de beslissingen alsmede het arrest in beroep in de zaak van de apothekers, hiervoor in nr. 74).

Aangezien aan deze voorwaarden niet voldaan is, moeten de andere voorwaarden niet onderzocht worden.

120. Ten overvloede herinnert de Raad eraan dat er minder beperkende methoden kunnen zijn dan aanbevolen minimumbarema's om aan consumenten en beroepsgenoten houvast te geven als dat al nodig mocht zijn. Bekendmaking van historische of op onderzoek gebaseerde prijsinformatie door onafhankelijke partijen verzameld, zoals bijvoorbeeld een consumentenorganisatie, kan ook een leidraad voor prijzen voor consumenten opleveren, die de concurrentie in mindere mate verstoort. Het evenredigheidsbeginsel is in dat verband van groot belang (zie in dit verband ook de publicaties van de Commissie aangaande professionele dienstverlening en vrije beroepen, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het EP, EcoSoc en het Comité der Regio's, COM (2005) 405 def.).

VII. Inbreuk op het kartelverbod: de tuchtbeslissing tegen Immo Budget groep

121. De auditeur vraagt in zijn verslag ook om het BIV te veroordelen voor het schorsen van een vastgoedmakelaar die te lage tarieven hanteerde in 2008.

122. Volgens het verslag toont het schorsen van Immo Budget in 2008 aan dat de nog wijdverspreide richttarieven van het BIV in combinatie met een dergelijke tuchtrechtspraak niet van die aard zijn dat de vrije prijszetting en de mededinging worden bevorderd. Op de vraag aan het BIV waarop men zich gebaseerd heeft bij de stelling dat het voorgestelde tarief te laag was, antwoordde het BIV dat het voor de Kamer van Beroep zonder meer duidelijk was dat deze tarieven veel te laag zijn voor een correcte uitoefening van het beroep en dit op basis van de praktijkervaring van twee van de zetelende leden. Er was dus geen sprake van een kostencalculatie om verkopen met verlies aan te tonen. Verder blijkt dat er volgens de auditeur prima facie geen sprake is van verkopen met verlies.

123. Het BIV stelt dat Immo Budget groep geen tuchtsanctie heeft opgelopen omdat ze te goedkoop zou werken, maar wel omdat ze de wet op de handelspraktijken had geschonden, inzonderheid door het misleiden van de consument. De door Immo Budget meegedeelde forfaitaire tarieven waren immers niet correct omschreven: de consument werd niet op de hoogte gebracht dat hij het genoemde bedrag tweemaal diende te betalen en dat de BTW niet was inbegrepen. Tevens stelt het BIV dat de tuchtbeslissing een manier was om uit te leggen en te zeggen dat er werd gewerkt met tarieven die de rentabiliteit van een onderneming in gevaar brachten.

124. Artikel 25 van de plichtenleer (artikel 13 van de oude plichtenleer) bepaalt dat het ereloon de rentabiliteit, de waardigheid en de onafhankelijke uitoefening van het beroep dient te verzekeren. Het BIV wijst erop dat de tuchtbeslissing niet zegt dat dit ereloon “ te laag” zou zijn omdat het beneden de vroegere aanbevolen minimumbarema’s zou liggen. Tevens stelt het BIV dat in deze zaak nog steeds een procedure wegens oneerlijke handelspraktijken tegen Immo Budget hangende is voor het Hof van Beroep te Gent.

125. De Raad stelt vast dat in de beslissing van de Kamer van Beroep het volgende te lezen staat: “Bij de eerste tenlastelegging argumenteert de Kamer van Beroep dat niet het forfaitair karakter maar de bedragen van de verschillende tarieven in de aanklacht werden bedoeld.” Verder argumenteert de Kamer van Beroep dat “het buiten kijf staat dat de eerste twee tarieven absoluut onvoldoende zijn om enige activiteit van vastgoedmakelaar, zoals omkadert in de plichtenleer, te beoefenen. En dat dit “een flagrante aantasting is van de waardigheid van het beroep en dus duidelijk in strijd met de bepalingen van het artikel 13 van de plichtenleer”.

126. Het gaat hier om een tuchtrechtelijke beslissing die, althans volgens de tekst die beschikbaar is voor de Raad, losstaat van de handhaving van de minimumbarema’s en enkel te maken heeft met de verplichting van een bepaalde makelaar om zich te houden aan de beroepsregels, ondermeer de verplichting reële tarieven mee te delen, met name tarieven die een normale rendabele bedrijfsvoering mogelijk maken. De Raad stelt vast dat het BIV de bevoegdheid heeft om na te gaan of het ereloon de rentabiliteit van het beroep verzekert (de bepalingen hiervoor geciteerd in nrs. 18 en 19), ook al is niet geheel duidelijk hoe dit in deze zaak is gebeurd.

127. De auditeur heeft de Raad geen elementen aangebracht die staven dat deze tuchtbeslissing verband houdt met de toepassing van de vroegere aanbevolen minimumbarema’s van het BIV. Het kan niet worden gezegd dat dit ereloon te laag wordt bevonden omdat het beneden de vroegere aanbevolen minimumbarema’s zou liggen. Er is ook geen bewijs dat de beroepskamer nog de vroegere aanbevolen minimumbarema’s zou gebruikt hebben of dat de barema’s in die mate een eigen leven zijn gaan leiden dat kan worden verondersteld dat zij relevant zijn (gebleven) in tuchtzaken.

128. Er is geen twijfel dat het op gespannen voet met het mededingingsrecht zou staan wanneer vastgoedmakelaars geschorst zouden worden via een tuchtbeslissing omwille van het hanteren van bepaalde erelonen die ofwel onder een aanbevolen minimumtarief liggen ofwel niet de hoogte van de aanbevolen tarieven volgen, wat in feite neerkomt op het in stand houden door beroeporganisaties van bindende of minimumtarieven via tuchtsancties (zie Cass. 11 december 2009, geciteerd hiervoor in nr. 80, en de beslissing inzake de apothekers, in nr. 74 hiervoor). Waar het gaat om de economische vrijheid van de beroepsbeoefenaars, kan de plichtenleer niet in de weg staan aan de volle werking van het mededingingsrecht. Als rechtstreeks of onrechtstreeks een verband zou bestaan tussen een sanctie enerzijds, en het vrij kunnen bepalen van de erelonen anderzijds, zou dat problematisch zijn. In deze, op zich zelf staande zaak, zijn er echter onvoldoende bewijzen dat een dergelijk verband kan worden gelegd.

129. De Raad behoeft derhalve niet verder in te gaan op de toepassingsvoorwaarden van het kartelverbod in verband met de schorsing van Immo Budget nu niet is komen vast te staan hoe deze feiten afzonderlijk of in relatie met de minimumbarema’s kunnen leiden tot een inbreuk op het kartelverbod van artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU.

VIII. Sanctie en maatregelen

130. De Raad heeft hiervoor vastgesteld dat het BIV inbreuk heeft gepleegd op artikel 2 §1 WMEM en artikel 101 (1) VWEU omwille van het opstellen en verspreiden van aanbevolen minimumbarema’s voor de periode 1996 tot en met 26 februari 2004.

Er werd geen specifieke inbreuk weerhouden voor de tuchtbeslissing in de zaak Immo Budget Group zodat die feiten hierna buiten beschouwing blijven.

131. In de volledige periode van de inbreuk was de oude WBEM van kracht en het opleggen van een boete was niet mogelijk onder die wet (zie Beslissing 2007-I/O-05 van 29 januari 2007, FEDOBA, en de beslissing inzake dierenartsen, geciteerd in nr. 85).

132. De vraag of dit oordeel anders moet zijn wanneer er ook sprake is van een inbreuk op artikel 101 VWEU behoeft hier niet beantwoord te worden aangezien de Raad het in deze zaak in ieder geval niet nodig vindt om een boete op te leggen. Er wordt aan herinnerd dat de Raad bij het opleggen van boete een exclusieve bevoegdheid uitoefent waarbij ze volgens vaste rechtspraak over een belangrijke discretionaire marge beschikt.

133. In dat verband spelen de volgende overwegingen voor de Raad een rol in deze specifieke zaak.

134. Door de auditeur werd vooreerst niet om een boete gevraagd omdat het gaat om een historische inbreuk.

Hij wijst er terecht ook op dat het BIV heeft in 2004 op eigen initiatief de barema's heeft ingetrokken naar aanleiding van de beschikking van de Commissie in de zaak Belgische Orde van Architecten.

135. De auditeur heeft de Raad wel verzocht om het BIV te verplichten een duidelijke omzendbrief aan al haar leden vastgoedmakelaars te richten en te wijzen op de volledige opheffing van de vroeger verspreide minimumbarema's en er duidelijk op te wijzen dat de tarieven volledig vrij zijn.

136. Gelet op de omvang van het onderzoek en de algehele feitelijke context van deze zaak, vindt de Raad het opleggen van een boete niet opportuun. Om de naleving van de mededingingsregels te verzekeren, en om de vastgoedmakelaars en ook de consumenten onomstotelijk duidelijk te maken wat het kartelverbod impliceert, is het wel nodig en nuttig aan het BIV een publicatiemaatregel op te leggen. Er kan geen enkele twijfel over bestaan dat elke vastgoedmakelaar op een onafhankelijke wijze, in alle vrijheid zijn tarieven moet kunnen vaststellen, zonder enige beïnvloeding vanuit de beroepsorganisatie.

137. Om die reden moet het BIV binnen een termijn van één maand na de kennisgeving van deze beslissing, het beschikkend gedeelte ervan gedurende ten minste zes maanden publiceren op de homepage van haar website, met een link naar de integrale tekst van de publieke versie van de beslissing. Daarnaast dient mededeling aan alle leden te gebeuren, op de wijze die hierna in het beschikkende gedeelte zal worden bepaald.

Om al deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

- Stelt vast dat het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (BIV) inbreuk heeft gepleegd op artikel 2 §1 WBEM en artikel 101 VWEU door het opstellen en verspreiden van aanbevolen minimumbarema's voor de periode 1996 tot en met 26 februari 2004.
- Beveelt het BIV binnen een termijn van uiterlijk één maand na de kennisgeving van de onderhavige beslissing:
 - gedurende minimaal zes maanden het beschikkende gedeelte van deze beslissing op zichtbare wijze te vermelden op de homepage van de website van het Instituut met een link naar de integrale tekst van de publieke versie van de beslissing;
 - de inhoud van deze beslissing ter kennis te brengen van haar leden via e-mail of per brief waarin zij ten minste melding maakt van het beschikkende gedeelte en er een link naar of een kopie van de integrale tekst van de beslissing bijvoegt;
 - van de e-mail of brief en de bijlagen een kopie over te maken aan de griffie van de Raad.

Aldus beslist en uitgesproken op 26 augustus 2010 door de Twaalfde kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit Laura Parret, raadslid en kamervoorzitter, Dominique Smeets en Kris Boeykens, raadsleden.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt overeenkomstig artikel 67 WBEM aan het BIV en aan de Minister die de Economie onder zijn bevoegdheid heeft.