

Zaak C-242/23**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing in de zin van artikel 98, lid 1 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

18 april 2023

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

11 april 2023

Verzoekende partij:

Tecno*37

Verwerende partijen:

Ministero dello Sviluppo Economico

Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep dat de vennootschap die reeds in eerste aanleg de verzoekende partij was, heeft ingesteld tegen het vonnis van de Tribunale amministrativo regionale Emilia Romagna (bestuursrechter in eerste aanleg van de regio Emilia-Romagna, Italië; hierna: „TAR”) tot verwerping van haar beroep tot nietigverklaring van een aantal bestuursrechtelijke besluiten waarbij haar krachtens de Italiaanse wetgeving was verboden om nog langer haar activiteit van vastgoedmakelaar uit te oefenen omdat deze onverenigbaar is met haar activiteit van beheerder van onroerend goed in mede-eigendom (hierna: „beheerder”).

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Beoordeling van de verenigbaarheid van artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/1989, waarin is bepaald dat de activiteit van vastgoedbemiddeling onverenigbaar is met

die van beheerder, met artikel 49 VWEU, artikel 59, lid 3, van richtlijn 2005/36/EG en artikel 4, lid 8, en artikel 25, lid 1, van richtlijn 2006/123/EG.

Meer bepaald wenst de verwijzende rechter krachtens artikel 267 VWEU te vernemen (i) of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, in de huidige versie, volgens welke de onverenigbaarheid van de activiteit van vastgoedbemiddeling met die van beheerder moet geacht betrekking te hebben op en beperkt te blijven tot bedrijfsactiviteiten, in overeenstemming is met het Unierecht; (ii) of artikel 59 van richtlijn 2005/36/EG, artikel 25, lid 1, van richtlijn 2006/123/EG en, meer in het algemeen, artikel 49 VWEU zich verzetten tegen een regeling als die van artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/1989, waarin bij voorbaat en in het algemeen is vastgesteld dat de activiteit van vastgoedbemiddeling en die van beheerder onverenigbaar zijn, zonder dat deze onverenigbaarheid wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang of zonder dat wordt aangetoond dat deze algemene onverenigbaarheid evenredig is aan het nagestreefde doel; (iii) of de vastgoedmakelaar in elk geval ook de activiteit van beheerder mag uitoefenen, behalve wanneer die activiteit betrekking heeft op een gebouw dat hij beheert, aangezien er in dat geval sprake zou zijn van een belangenconflict.

Prejudiciële vragen

„A) Moet artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/1989, zoals geherformuleerd naar aanleiding van inbreukprocedure nr. 2018/2175, worden geacht thans volledig in overeenstemming te zijn met het [Unie]recht, met name in het licht van het feit dat die inbreukprocedure is afgesloten?

(B) Staan de beginselen en doelstellingen van artikel 59, lid 3, van richtlijn 2005/36/EG (zoals gewijzigd bij richtlijn 2013/55/EU), die van artikel 25, lid 1, van richtlijn 2006/123/EG, en meer in het algemeen die van artikel 49 VWEU in de weg aan een regeling als de Italiaanse regeling in artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/1989, waarbij de activiteit van vastgoedbemiddelaar en die van beheerder van onroerend goed in mede-eigendom onverenigbaar worden geacht op grond van het enkele feit dat beide activiteiten gezamenlijk worden uitgeoefend, dat wil zeggen zonder dat de kamers van koophandel een verificatie achteraf hoeven uit te voeren die specifiek betrekking heeft op het voorwerp van de bemiddeling, zonder dat dit wordt gerechtvaardigd door een specifiek genoemde en aantoonbare „dwingende reden van algemeen belang”, en in ieder geval zonder aan te tonen dat de vastgestelde algemene onverenigbaarheid evenredig is aan het nagestreefde doel?

C) Kan een vastgoedmakelaar in ieder geval ook werkzaam zijn als beheerder van onroerend goed in mede-eigendom, behalve wanneer hij het door hem beheerde gebouw wil verkopen of kopen, aangezien er in dat geval sprake zou zijn van een belangenconflict?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

VWEU: artikel 49.

Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties: artikel 59, lid 3.

Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt: artikel 25, lid 1; artikel 4, punt 8.

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake aanbevelingen voor hervorming van de reglementering van professionele dienstverlening [Brussel, 10.1.2017 COM(2016) 820 final; {SWD(2016) 436 final}]

Rechtspraak van het Hof van Justitie

Arresten van 27 februari 2020, Commissie/België, (C-384/18, EU:C:2020:124, punten 48, 52, 55 en 57); 4 juli 2019, Commissie/Duitsland (C-377/17, EU:C:2019:562, punt 74); 28 januari 2016, Commissie/Portugal (C-398/14, EU:C:2016:61, punt 48), en 24 januari 2018, Commissie/Italië (C-433/15, EU:C:2018:31, punt 44).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Wet 39/1989: artikel 5, lid 3.

Oorspronkelijke bewoordingen van de bepaling:

„3. De uitoefening van bemiddelingsactiviteiten is onverenigbaar:

- a) met elke dienstbetrekking in de openbare of particuliere sector, met uitzondering van dienstbetrekkingen bij ondernemingen of vennootschappen die de uitoefening van bemiddelingsactiviteiten tot doel hebben;
- b) met de inschrijving in andere beroepsregisters, beroepsorden, lijsten of registers en soortgelijke registers;
- c) met de zelfstandige uitoefening van een handelsactiviteit in verband met het beoogde soort bemiddeling.”

Bewoordingen ingevolge een wijziging die naar aanleiding van een inbreukprocedure die de Europese Commissie op 19 juli 2018 tegen Italië heeft ingeleid (2018/2175), is ingevoerd bij legge 37/2019, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2018 (wet nr. 37/2019 houdende bepalingen ter

nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit het lidmaatschap van Italië van de Europese Unie - Europese wet 2018):

Artikel 2. Bepalingen betreffende het beroep van makelaar:

„3. De uitoefening van bemiddelingsactiviteiten is onverenigbaar met de uitoefening van bedrijfsactiviteiten inzake de productie, de verkoop, de vertegenwoordiging of de promotie van goederen die behoren tot dezelfde productsector als die waarin de bemiddelingsactiviteit wordt uitgeoefend, alsook met de activiteit die wordt verricht in de hoedanigheid van werknemer van een openbare of particuliere instelling, of in de hoedanigheid van werknemer van een bank, een financiële instelling of een verzekeringsmaatschappij, met uitzondering van bemiddelingsbedrijven, en met de uitoefening van intellectuele beroepen die verband houden met dezelfde productsector als die waarin de bemiddelingsactiviteit wordt uitgeoefend, en in elk geval wanneer er sprake is van een belangenconflict.”

Bewoordingen ingevolge een latere wijziging die naar aanleiding van dezelfde inbreukprocedure is ingevoerd bij legge 238/2021, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020 (wet nr. 238/2021 houdende bepalingen ter nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit het lidmaatschap van Italië van de Europese Unie - Europese wet 2019-2020):

Artikel 4. Bepalingen betreffende de samenwerking met assistentiecentra voor de erkenning van beroepskwalificaties:

„3. De uitoefening van bemiddelingsactiviteiten is onverenigbaar met de uitoefening van bedrijfsactiviteiten inzake de productie, de verkoop, de vertegenwoordiging of de promotie van goederen die behoren tot dezelfde productsector als die waarin de bemiddelingsactiviteit wordt uitgeoefend, of met de hoedanigheid van werknemer van een bedrijf dat dergelijke activiteiten verricht, alsook met de activiteit die wordt uitgeoefend in de hoedanigheid van werknemer van een overheidsinstantie of als werknemer of medewerker van ondernemingen die de in artikel 4 van decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (wetsbesluit nr. 59 van 26 maart 2010) bedoelde financiële diensten verrichten, en met de uitoefening van intellectuele beroepen die verband houden met dezelfde productsector als die waarin de bemiddelingsactiviteit wordt uitgeoefend, en in elk geval wanneer er sprake is van een belangenconflict.”

De thans geldende tekst van de regeling is die welke volgt uit de vaststelling van wet nr. 118/2022, waarbij lid 3 bis is ingevoegd:

„3. De uitoefening van bemiddelingsactiviteiten is onverenigbaar met de uitoefening van bedrijfsactiviteiten inzake de productie, de verkoop, de vertegenwoordiging of de promotie van goederen die behoren tot dezelfde productsector als die waarin de bemiddelingsactiviteit wordt uitgeoefend of met de hoedanigheid van werknemer van een bedrijf dat dergelijke activiteiten

verricht, alsook met de activiteit die wordt uitgeoefend in de hoedanigheid van werknemer van een overheidsinstantie dan wel als werknemer of medewerker van ondernemingen die de in artikel 4 van wetsbesluit nr. 59 van 26 maart 2010 bedoelde financiële diensten verrichten, en met de uitoefening van intellectuele beroepen die verband houden met dezelfde productsector als die waarin de bemiddelingsactiviteit wordt uitgeoefend, en in elk geval wanneer er sprake is van een belangenconflict.

3-bis. In afwijking van het bepaalde in lid 3 is de uitoefening van de activiteit van vastgoedmakelaar verenigbaar met die van werknemer of medewerker van ondernemingen die de activiteit van kredietbemiddeling uitoefenen, die wordt geregeld in de artikelen 128-sexties en volgende van de testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (gecoördineerde tekst van de wetten op het bank- en kredietwezen) in wetsbesluit nr. 385 van 1 september 1993. De uitoefening van de activiteit van kredietbemiddeling blijft onderworpen aan de toepasselijke sectorale regelgeving en de desbetreffende controles.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Na ontvangst van een melding heeft de directeur van de Algemene afdeling voor mededinging van het MISE (ministerie van Economische Ontwikkeling) de CCIAA (kamer van koophandel, industrie, ambachten en landbouw) van Bologna op 17 maart 2020 verzocht om stappen te nemen ten aanzien van een situatie van mogelijke onverenigbaarheid en/of belangenconflict van de verzoekende vennootschap, Tecno*37, aangezien zij zowel activiteiten van vastgoedmakelaar als activiteiten van beheerder verrichte. De bevoegde autoriteit heeft een onderzoek ingesteld op grond van artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/89, zoals gewijzigd bij wet nr. 37/2019. In het bijzonder werd Tecno*37 verzocht om te specificeren of de uitgeoefende activiteit van beheerder al dan niet als bedrijfsactiviteit kon worden aangemerkt.
- 2 Uit de betrokken bestuursrechtelijke maatregelen bleek dat Tecno*37 39 appartementencomplexen beheerde en dat de daaruit verkregen inkomsten aanzienlijk hoger waren dan die uit de bemiddelingsactiviteit. De bevoegde autoriteit stelde vast dat er gelijktijdig twee beroepen werden uitgeoefend, en dat er sprake was van de in de huidige versie van artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/89 bedoelde onverenigbaarheid. De activiteit van beheerder bleek een beroepsmatige, en geen incidentele en occasionele activiteit te zijn, ofwel een typische bedrijfsactiviteit (gezien de vereisten van kosteneffectiviteit en organisatie en van continuïteit), aangezien de eenmanszaak werkte met drie werknemers en een bijkomende eenheid. Gezien deze situatie heeft de CCIAA de eenmanszaak van beheerder ingeschreven in het REA (economisch-administratief register) en verboden de activiteit van vastgoedmakelaar voort te zetten, en daarbij in het REA aangetekend dat deze activiteit werd stopgezet.

- 3 Tecno*37 is tegen de betrokken maatregelen opgekomen bij de TAR, die het beroep bij vonnis nr. 7/2022 heeft verworpen.
- 4 In het bijzonder heeft deze rechter geoordeeld dat: i) uit de door de Agenzia delle Entrate (belastingdienst) verrichte controles is gebleken dat Tecno*37 de activiteit van beheerder als bedrijfsactiviteit uitoefende, en dat de daaruit voortvloeiende inkomsten veel hoger waren dan de inkomsten uit de activiteit van vastgoedmakelaar; ii) artikel 5 van wet nr. 39/89 aldus moet worden uitgelegd dat een concreet belangenconflict moet worden vermeden door de betrokken situaties per geval te onderzoeken, aangezien de vaststelling van abstracte en absolute onverenigbaarheden niet aanvaardbaar is; iii) het optreden van de CCIAA in de controleprocedure vanuit dit oogpunt correct is en de conclusies van die procedure overtuigend lijken. De onverenigbaarheid vloeit allereerst voort uit de hoogte van de inkomsten uit de activiteit van beheerder, die als hoofdactiviteit en als bedrijfsactiviteit wordt uitgeoefend door middel van een specifieke structuur en specifiek personeel. Het risico bestaat dus dat de beheerde gebouweenheden ten onrechte worden bevoordeeld ten opzichte van andere beschikbare gebouweenheden, en bijgevolg niet is voldaan aan de vereisten van neutraliteit en onpartijdigheid die de bemiddelaar kenmerken, wiens taak het is de sluiting van overeenkomsten te bevorderen. Het feit dat verzoekster een groot aantal gebouwen beheert, die elk bestaan uit meerdere appartementen, kan voor cliënten namelijk een belemmering vormen voor een serene en onpartijdige selectie van geschikte voorstellen indien de verzoekster tegelijkertijd de activiteit van bemiddelaar uitoefent.
- 5 Tegen dit vonnis van de TAR heeft Tecno*37 hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 6 Tot staving van het beroep in eerste aanleg zijn met name de volgende middelen aangevoerd, voor zover hier van belang:

schending van de artikelen 3, 41, 97 en 117 van de costituzione (grondwet), artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/89, de artikelen 1, 3 en 6 van wet nr. 241/90, artikel 4, lid 3, en artikel 47 VWEU, van de beginselen van non-discriminatie, evenredigheid en geschiktheid van de vereisten voor toegang tot beroepen en diensten zoals die voortvloeien uit de richtlijnen 2005/36 en 2006/123, misbruik van bevoegdheid wegens ontoereikend onderzoek en ontoereikende motivering met betrekking tot het gestelde belangenconflict dat een dwingende reden van algemeen belang zou vormen, en onevenredigheid.
- 7 In het bijzonder betoogt verzoekster dat artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/89 aldus is uitgelegd dat de twee activiteiten in abstracte en absolute zin onverenigbaar zijn, wat in strijd is met de juiste, met de Unierechtelijke beginselen conforme benadering volgens welke per geval moet worden onderzocht of er daadwerkelijk sprake is van een belangenconflict.

- 8 In hoger beroep voert Tecno*37 de volgende middelen aan.
- 9 Met haar eerste middel voert verzoekster de in eerste aanleg aangevoerde middelen aan. In het bijzonder beroept zij zich op schending van artikel 4, lid 3, VWEU en artikel 47 VWEU en van de Unierechtelijke beginselen van non-discriminatie, evenredigheid en geschiktheid van de vereisten voor toegang tot beroepen en diensten zoals die ook voortvloeien uit de richtlijnen 2005/36 en 2006/123; misbruik van bevoegdheid wegens ontoereikend onderzoek en ontoereikende motivering met betrekking tot het gestelde bestaan van een belangenconflict, dat volgens de Europese richtlijnen een dwingende reden van algemeen belang kan vormen die de gestelde onverenigbaarheid tussen de vastgoedmakelaar en de gebouwenbeheerder kan rechtvaardigen.
- 10 Meer bepaald betoogt verzoekster in het kader van het eerste middel dat de TAR artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/89 heeft toegepast als een „gevaarnorm” die een bepaling van abstracte en algemene onverenigbaarheid bevat, door alleen rekening te houden met het grensgeval waarin de bemiddelaar met betrekking tot hetzelfde onroerende goed ook als beheerder optreedt, terwijl dat geval in de onderhavige zaak niet ter zake doet. De TAR had daarentegen moeten erkennen dat de bestreden maatregelen ab origine onrechtmatig waren, aangezien zij waren vastgesteld op grond van de veronderstelling dat de bepaling aldus moet worden toegepast dat de onverenigbaarheid in het algemeen en zonder onderscheid moet worden uitgebreid naar alle gevallen waarin de twee activiteiten gezamenlijk worden uitgeoefend, zonder dat hoeft te worden nagegaan waarop de bemiddeling betrekking heeft.
- 11 Daarnaast heeft de TAR artikel 5 van wet nr. 39/89 aldus uitgelegd dat de onverenigbaarheid van de activiteit van makelaar en die van beheerder voortvloeit uit de loutere vaststelling dat zij gezamenlijk als bedrijfsactiviteit worden uitgeoefend, indien het grote aantal beheerde gebouwen een risico van belangenconflict kan opleveren ten nadele van een van de klanten van de vastgoedmakelaar. Deze uitlegging is echter volledig in strijd met de beginselen die het Hof heeft geformuleerd in zijn arrest van 27 februari 2020, Commissie/België, (C-384/18). Wat voor de naleving van artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/89 relevant is, is volgens een Unierechtconforme uitlegging namelijk niet dat het absolute aantal gebouwenunits wordt nagegaan waarop de bemiddeling of het beheer betrekking heeft (zoals de CCIAA van Bologna daarentegen ten onrechte heeft gedaan, overeenkomstig de uitlegging van het MISE en om de activiteit als bedrijfsactiviteit aan te merken), maar veeleer de concrete vaststelling of de twee activiteiten gelijktijdig worden uitgeoefend met betrekking tot hetzelfde onroerende goed.
- 12 De vraag of de door verzoekster uitgeoefende bemiddelingsactiviteit al dan niet een bedrijfsactiviteit is – zoals de CCIAA heeft afgeleid uit de van de Agenzia delle Entrate verkregen inkomstgegevens en volgens de rechter in eerste aanleg zelfs een passende wijze is om in concreto een belangenconflict vast te stellen – is voor de beslissing niet relevant of noodzakelijk. Die vraag kan op zich immers

geen gekwalificeerde juridische betekenis krijgen. Dit gegeven doet niet ter zake voor de vaststelling van een openbaar belang dat kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang [zie punt 48 van het arrest van 27 februari 2020, Commissie/België, (C-384/18)] die de invoering van een algemeen verbod op multidisciplinaire activiteiten kan rechtvaardigen.

- 13 Het tweede middel in hoger beroep betreft onder meer schending van de Unierechtelijke beginselen van non-discriminatie, evenredigheid, en graduatie en passendheid van sancties.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 14 Wanneer een vastgoedmakelaar tevens de activiteit van beheerder uitoefent, kan het risico ontstaan dat de door hem beheerde gebouwwunits ten onrechte worden bevoordeeld ten opzichte van de andere gebouwwunits, met als gevolg dat de onpartijdigheid van die bemiddelaar in het gedrang komt. Een beroepsbeoefenaar die veel appartementsgebouwen beheert zou namelijk geneigd kunnen zijn de aandacht van potentiële kopers te vestigen op gebouwwunits die deel uitmaken van de door hem beheerde gebouwen, waardoor andere, even aantrekkelijke gebouwwunits buiten beschouwing worden gelaten.
- 15 Aan de andere kant kan het vanuit het oogpunt van de consument gunstiger zijn om één enkele professionele figuur te hebben die de koper zowel bij de aankoop als vervolgens bij het beheer van het onroerend goed volgt, aangezien de onverenigbaarheden in feite op vele wijzen kunnen worden omzeild (familierelaties, enz.), met als gevolg dat de eindgebruiker met twee professionele figuren te maken heeft en dus dubbele kosten heeft.
- 16 De nieuwe regeling van artikel 5, lid 3, van wet nr. 39/1989 waarborgt de bescherming van de consument door te voorzien in een bepaling die elk belangenconflict tussen de bemiddelaar en het voorwerp van de betreffende bemiddeling vermijdt. De onverenigbaarheid wordt namelijk relatief en verbiedt personen om zowel bemiddelaar (die volgens de definitie van het burgerlijk wetboek gelijke afstand houdt ten opzichte van de partijen) als partij te zijn (in materiële zin, als producent of handelaar van goederen of diensten die het voorwerp van de bemiddelingsactiviteit zijn of in formele zin, als agent of vertegenwoordiger van die goederen). De onverenigbaarheid blijft in elk geval beperkt tot bedrijfsactiviteiten en heeft niet langer betrekking op activiteiten die ook beroepsmatig en zelfs als werknemer worden verricht, zoals het geval was in de regeling waarop de inbreukprocedure betrekking had.
- 17 De gevraagde uitlegging is noodzakelijk om de volgende redenen:
- verzoekster heeft beroep gedaan op de bescherming van door het Unierecht erkende subjectieve situaties, en schending van Unierechtelijke beginselen en het Unierecht aangevoerd;

- het Hof heeft een uitleggingsmonopolie met betrekking tot het Unierecht, en dus ook tot de verenigbaarheid van het nationale recht van de afzonderlijke lidstaten met het Unierecht;

- hoewel volgens de verwijzende rechter niet is voldaan aan de voorwaarden om de litigieuze nationale regeling rechtstreeks buiten toepassing te laten, stelt hij vast dat er een uitleggingsvraag aan de orde is over de precieze omvang van de uitlegging van Unierecht, en bijgevolg over de verenigbaarheid van een nationale wetgevingshandeling daarmee;

- het vraagstuk is relevant en beslissend voor de beslechting van het geding en is niet eerder het voorwerp geweest van rechtstreekse uitlegging door het Hof;

- de verwijzende rechter is de rechter in laatste aanleg en verzoekster heeft specifiek verzocht om een prejudiciële verwijzing.

WERKDOCUMENT