

Mål C-242/23

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

18 april 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

11 april 2023

Klagande:

Tecno*37

Motparter:

Ministero dello Sviluppo Economico

Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna

Saken i det nationella målet

Överklagande som har ingetts av Tecno*37, klagande i första och andra instans, mot en dom varigenom Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per l'Emilia-Romagna inte biföll bolagets yrkande om ogiltigförklaring av en rad administrativa beslut, vilka i enlighet med gällande italiensk lagstiftning ålade bolaget förbud mot att fortsätta att utöva sin fastighetsmäklarverksamhet, eftersom den var oförenlig med bolagets verksamhet som fastighetsförvaltare till samägd egendom.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Bedömningen av huruvida artikel 5.3 i lag nr 39/1989 – enligt vilken fastighetsmäklarverksamhet är oförenlig med förvaltning av samägd egendom – är i överensstämmelse med artikel 49 FEUF, artikel 59.3 i direktiv 2005/36/EG samt artiklarna 4.8 och 25.1 i direktiv 2006/123/EG.

I enlighet med artikel 267 FEUF önskar den hänskjutande domstolen bland annat få klarhet i följande: i) Huruvida den lagstiftning som är aktuell i det nationella målet, i nu gällande lydelse – enligt vilken oförenligheten mellan fastighetsmäklarverksamhet och förvaltning av samägd egendom ska anses vara relativ och begränsad till näringsverksamhet – är i överensstämmelse med unionsrätten. ii) Huruvida artikel 59 i direktiv 2005/36/EG, artikel 25.1 i direktiv 2006/123/EG och mera allmänt artikel 49 FEUF utgör hinder för en lagstiftning som den som följer av artikel 5.3 i lag nr 39/1989, där det på förhand stadgas en generell oförenlighet mellan fastighetsmäklarverksamhet och förvaltning av samägd egendom, utan att detta är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset eller utan att det har styrkts att denna generella oförenlighet står i proportion till det syfte som eftersträvas. iii) Huruvida en fastighetsmäklare trots detta även får utöva verksamhet som fastighetsförvaltare till samägd egendom, såvida inte den aktuella verksamheten avser en fastighet som denne förvaltar, eftersom det i så fall skulle uppstå en intressekonflikt.

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

A) Ska artikel 5.3 i lag nr 39/1989, i dess ändrade lydelse till följd av talan om fördragsbrott nr 2018/2175, i dagsläget anses vara helt i överensstämmelse med unionsrätten, i synnerhet mot bakgrund av att nämnda talan har avskrivits?

B) Utgör principerna i och syftena med artikel 59.3 i direktiv 2005/36/EG (i dess lydelse enligt direktiv 2013/55/EU), artikel 25.1 i direktiv 2006/123/EG och mera allmänt artikel 49 FEUF hinder för en lagstiftning som den italienska som följer av artikel 5.3 i lag nr 39/1989, där det på förhand stadgas en generell oförenlighet mellan fastighetsmäklarverksamhet och förvaltning av samägd egendom, grundat på antagandet att dessa båda verksamheter utövas samtidigt och således utan att handelskammare i efterhand är skyldiga att göra en konkret undersökning av föremålet för den utövade mäklarverksamheten och utan att detta är motiverat av ”tvingande hänsyn till allmänintresset” som specifikt har konstaterats och styrkts, eller under alla omständigheter utan att det har styrkts att den angripna generella oförenligheten står i proportion till det syfte som eftersträvas?

C) Får en fastighetsmäklare trots detta ändå utöva verksamhet som fastighetsförvaltare till samägd egendom, såvida inte denne är delaktig vid försäljning/köp av en fastighet som denne förvaltar, eftersom det i så fall skulle uppstå en intressekonflikt?

Anförda unionsbestämmelser

FEUF: artikel 49.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer: artikel 59.3.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden: artiklarna 25.1 och 4.8.

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén om rekommenderade reformer för reglering av yrkesmässiga tjänster (Bryssel, 10 januari 2017, COM(2016) 820 final; (SWD(2016) 436 final))

Anförd praxis från EU-domstolen

Domstolens dom av den 27 februari 2020, kommissionen/Belgien, [C-384/18], EU:C:2020:124, punkterna 48, 52, 55 och 57, dom av den 4 juli 2019, kommissionen/Tyskland, C-377/17, EU:C:2019:562, punkt 74, dom av den 28 januari 2016, kommissionen/Portugal, C-398/14, EU:C:2016:61, punkt 48, och dom av den 24 januari 2018, kommissionen/Italien, C-433/15, EU:C:2018:31, punkt 44.

Anförda nationella bestämmelser

Lag nr 39/1989: artikel 5.3.

Bestämmelsens ursprungliga lydelse:

”3. Utövande av mäklarverksamhet är oförenligt

a) med all slags offentlig eller privat anställning, med undantag av anställning i företag eller bolag som utövar mäklarverksamhet

b) med registrering i andra förteckningar, yrkessamfund, listor eller register och dylikt

c) med utövande i eget namn av handelsverksamhet med avseende på den tilltänkta typen av mäklarverksamhet.”

Lydelse efter en ändring som infördes till följd av en talan om fördragsbrott som Europeiska kommissionen väckte mot Italien den 19 juli 2018 (nr 2018/2175) genom legge 37/2019, Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea – Legge europea 2018 (lag nr 37/2019, Bestämmelser om fullgörande av de förpliktelser som åvilar Italien till följd av dess medlemskap i Europeiska unionen – Europeisk lag 2018):

Artikel 2. Bestämmelser om mäklaryrket:

”3. Utövande av mäklarverksamhet är oförenligt med utövande av näringsverksamhet i form av produktion, försäljning, representation eller marknadsföring av varor som rör samma marknadssektor som den utövade mäklarverksamheten, och med sysselsättning i egenskap av anställd på en offentlig eller privat enhet eller som anställd på ett bank-, finans- eller

försäkringsinstitut med undantag av mäklar företag, eller med utövande av intellektuella yrken som rör samma marknadssektor som den utövade mäklarverksamheten och under alla omständigheter i situationer med intressekonflikt.”

Lydelse efter en ytterligare ändring som infördes till följd av samma talan om fördragsbrott genom legge 238/2021, Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea – Legge europea 2019-2020 (lag nr 238/2021, Bestämmelser om fullgörande av de förpliktelser som åvilar Italien till följd av dess medlemskap i Europeiska unionen – Europeisk lag 2019–2020):

Artikel 4. Bestämmelser om samarbetet med rådgivningscentrum som ger stöd när det gäller erkännande av yrkeskvalifikationer:

”3. Utövande av mäklarverksamhet är oförenligt med utövande av näringsverksamhet i form av produktion, försäljning, representation eller marknadsföring av varor som rör samma marknadssektor som den utövade mäklarverksamheten eller i egenskap av anställd hos denna näringsidkare, och med sysselsättning i egenskap av anställd på en offentlig enhet eller som anställd på eller medarbetare till företag som tillhandahåller de finansiella tjänster som avses i artikel 4 i lagstiftningsdekret nr 59 av den 26 mars 2010, eller med utövande av intellektuella yrken som rör samma marknadssektor som den utövade mäklarverksamheten och under alla omständigheter i situationer med intressekonflikt.”

Den nu gällande lydelsen i bestämmelsen är den som följer av antagande av lag nr 118/2022 som har infogat punkt 3-bis:

”3. Utövande av mäklarverksamhet är oförenligt med utövande av näringsverksamhet i form av produktion, försäljning, representation eller marknadsföring av varor som rör samma marknadssektor som den utövade mäklarverksamheten eller i egenskap av anställd hos denna näringsidkare, och med sysselsättning i egenskap av anställd på en offentlig enhet eller som anställd på eller medarbetare till företag som tillhandahåller de finansiella tjänster som avses i artikel 4 i lagstiftningsdekret nr 59 av den 26 mars 2010, eller med utövande av intellektuella yrken som rör samma marknadssektor som den utövade mäklarverksamheten och under alla omständigheter i situationer med intressekonflikt.

3-bis. Med undantag från vad som stadgas i punkt 3 är sysselsättning som fastighetsmäklare förenlig med sysselsättning som anställd på eller medarbetare till företag som utövar kreditförmedling i enlighet med artikel 128-sexies och följande artiklar i lagstiftningsdekret nr 385 av den 1 september 1993 om konsolidering av lagarna på bank- och kreditområdet. Utövande av kreditförmedling omfattas fortfarande av aktuell sektorslagstiftning och motsvarande kontroller.”

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Med anledning av en anmälan uppmanade generaldirektören för generaldirektoratet för konkurrens inom MISE (Ministero per lo Sviluppo Economico) (ministeriet för ekonomisk utveckling) den 17 mars 2020 CCIAA (Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura) di Bologna (handels-, industri-, hantverks- och jordbrukskammaren i Bologna) (nedan kallad handelskammaren) att vidta åtgärder angående situationen med möjlig oförenlighet och/eller intressekonflikt för klagandebolaget Tecno*37, i och med att bolaget utövade fastighetsmäklarverksamhet och förvaltning av samägd egendom samtidigt. Den behöriga myndigheten inledde granskningen i enlighet med artikel 5.3 i lag nr 39/1989, i dess lydelse enligt lag nr 37/2019. Tecno*37 ombads särskilt att specificera huruvida bolagets verksamhet som fastighetsförvaltare var av näringsmässig karaktär.
- 2 Det framgick av de aktuella förvaltningsbesluten att Tecno*37 förvaltade 39 samägda egendomar och att inkomsten från denna verksamhet var ansenligt högre än inkomsten från mäklarverksamheten. Det konstaterades att Tecno*37 utövade de båda verksamheterna samtidigt och att det förekom en situation med oförenlighet i den mening som avses i artikel 5.3 i lag nr 39/1989, i nu gällande lydelse. Verksamheten som fastighetsförvaltare till samägd egendom var av yrkesmässig karaktär och varken sporadisk eller tillfällig. Den var således av typiskt näringsmässig karaktär (med hänsyn tagen till kraven på balans mellan kostnader och utgifter, organisation och kontinuitet). Tecno*37 var i själva verket en enskild firma med tre anställda och ett sekundärt driftsställe. Mot denna bakgrund registrerade handelskammaren Tecno*37 i REA (administrativt ekonomiskt register) i kategorin fastighetsförvaltare till samägd egendom. Handelskammaren förbjöd vidare Tecno*37 att utöva fastighetsmäklarverksamhet och gjorde en notering om att bolaget hade strukits ur kategorin fastighetsmäklare i REA.
- 3 Tecno*37 överklagade dessa beslut till TAR, som genom dom nr 7/2022 ogillade överklagandet.
- 4 TAR slog bland annat fast följande: i) Det framgick av kontrollerna utförda hos Agenzia delle Entrate (skattemyndigheten) att den verksamhet som Tecno*37 utövade som fastighetsförvaltare var av näringsmässig karaktär och att inkomsten från denna verksamhet var ansenligt högre än inkomsten från fastighetsmäklarverksamheten. ii) Artikel 5 i lag nr 39/1989 ska tolkas på så sätt att en möjlig intressekonflikt ska undvikas genom en undersökning från fall till fall av de aktuella situationerna, eftersom det inte är acceptabelt att fastställa abstrakta och absoluta oförenligheter. iii) Från denna utgångspunkt framstår de åtgärder som handelskammaren vidtog inom ramen för granskningsförfarandet korrekta och de dragna slutsatserna tycks vara övertygande. Oförenligheten följer först och främst av omfattningen av intäkterna från förvaltning av samägd egendom, som utgör huvuddelen av verksamheten och utövas inom ramen för en

näringsverksamhet genom en särskild företagsstruktur och specifik personal. Det finns därför risk för att de förvaltade byggnadsenheterna gynnas på ett otillbörligt sätt jämfört med de övriga. Härmed åsidosätts de krav på oberoende och opartiskhet som en mäklare ska uppfylla. En mäklare har nämligen i uppgift att främja ingående av avtal. Det stora antalet fastigheter – som var och en består av flera lägenheter – som Tecno*37 förvaltar kan i själva verket utgöra hinder för ett sakligt och opartiskt val av passande förslag till kunderna, om förvaltaren samtidigt även utövar mäklarverksamhet.

- 5 Tecno*37 har överklagat TAR:s dom till Consiglio di Stato, som är den hänskjutande domstolen.

Parternas huvudargument

- 6 Till stöd för överklagandet i första instans anfördes – bland annat och såvitt det är relevant i förevarande fall – följande grunder:

Åsidosättande av artiklarna 3, 41, 97 och 117 i konstitutionen, artikel 5.3 i lag nr 39/1989, artiklarna 1, 3 och 6 i lag nr 241/1990, artiklarna 4.3 och 47 FEUF, principerna om icke-diskriminering, proportionalitet och lämplighet avseende kraven för att få tillträde till yrken och tjänster, som följer av direktiven 2005/36 och 2006/123, maktmissbruk på grund av bristfällig utredning och bristande motivering angående den påstådda intressekonflikt som kan utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset samt brist på proportionalitet.

- 7 Tecno*37 gjorde bland annat gällande att artikel 5.3 i lag nr 39/1989 tolkades på så sätt att det fastställs en abstrakt och absolut oförenlighet mellan de båda verksamheterna. Detta strider emellertid mot det korrekta synsättet i överensstämmelse med de unionsrättsliga principerna. Enligt detta synsätt krävs det en bedömning från fall till fall för att avgöra om det konkret förekommer en situation med intressekonflikt.
- 8 Tecno*37 har anført följande grunder till stöd för sitt överklagande av domen meddelad av TAR.
- 9 Genom den första grunden har Tecno*37 ånyo anført de grunder som anfördes i första instans. Tecno*37 har bland annat åberopat åsidosättande av artiklarna 4.3 och 47 FEUF samt av de unionsrättsliga principerna om icke-diskriminering, proportionalitet och lämplighet avseende kraven för att få tillträde till yrken och tjänster, som även följer av direktiven 2005/36 och 2006/123, maktmissbruk på grund av bristfällig utredning och bristande motivering angående den påstådda intressekonflikt som enligt unionsdirektiven kan utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset som innebär att den påstådda oförenligheten mellan fastighetsmäklarverksamhet och förvaltning av samägd egendom står i proportion till det syfte som eftersträvas.

- 10 Inom ramen för den första grunden har Tecno*37 bland annat gjort gällande att TAR tillämpade artikel 5.3 i lag nr 39/1989 som en ”försiktighetsregel”, där det fastställs en abstrakt och generell oförenlighet, enbart med beaktande av den extrema situation då en person utövar verksamhet både som mäklare och förvaltare av samma fastighet. Nämnda situation är inte relevant i förevarande fall. TAR borde i stället ha slagit fast att de angripna besluten var fullständigt rättsstridiga, eftersom de antogs grundat på antagandet att bestämmelsen ska tillämpas på så sätt att oförenligheten generellt och utan åtskillnad utvidgas till att omfatta alla situationer där de båda verksamheterna utövas samtidigt, utan krav på granskning av föremålet för den utövade mäklarverksamheten.
- 11 TAR tolkade dessutom artikel 5 i lag nr 39/1989 på så sätt att oförenligheten mellan fastighetsmäklarverksamhet och förvaltning av samägd egendom följer av det blotta konstaterandet att de utövas samtidigt inom ramen för en näringsverksamhet. Mot bakgrund av detta resonemang utgör det stora antalet förvaltade byggnadsenheter en potentiell risk för intressekonflikt till nackdel för en av fastighetsmäklarens kunder. Denna tolkning strider dock uppenbart mot de principer som EU-domstolen slog fast i domen av den 27 februari 2020, [C-384/18]. Enligt en unionsrättskonform tolkning är den avgörande aspekten i samband med efterlevnaden av artikel 5.3 i lag nr 39/1989 inte kontrollen av hur många fastigheter som har förmedlats eller hur många samägda egendomar som har förvaltats (såsom handelskammaren däremot felaktigt gjorde genom att ansluta sig till MISE:s tolkning och när den slog fast att verksamheterna var av näringsmässig karaktär), utan den konkreta prövningen av huruvida de båda verksamheterna har omfattat en och samma fastighet.
- 12 För att kunna fatta beslut i målet är det varken relevant eller avgörande huruvida den mäklarverksamhet som Tecno*37 utövade var av näringsmässig karaktär, vilket var den slutsats som handelskammaren drog av inkomstuppgifterna från Agenzia delle Entrate och vilket enligt TAR till och med gav upphov till en uppenbar situation med intressekonflikt. Huruvida fastighetsmäklarverksamhet är av näringsmässig karaktär kan inte i sig ha en kvalificerad rättslig relevans. Denna omständighet är irrelevant för att identifiera ett allmänintresse som kan utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset (se punkt 48 i EU-domstolens dom av den 27 februari 2020, [C-384/18]) som kan motivera att det fastställs ett allmänt förbud mot utövande av verksamhet på flera olika områden.
- 13 Genom sin andra grund har Tecno*37 åter åberopat bland annat åsidosättande av de unionsrättsliga principerna om icke-diskriminering, proportionalitet samt graderade och lämpliga påföljder.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 14 När en fastighetsmäklare samtidigt utövar verksamhet som fastighetsförvaltare till samägd egendom kan det finnas risk för att de förvaltade byggnadsenheterna gynnas på ett otillbörligt sätt jämfört med de övriga, med den följd att mäklaren

inte längre är opartisk. En näringsidkare som förvaltar många samägda egendomar kan faktiskt föranledas att styra potentiella köpare mot byggnadsenheter i de fastigheter som denne förvaltar och följaktligen bortse från andra lika intressanta boendelalternativ.

- 15 Det kan emellertid ur konsumentens synvinkel vara mer fördelaktigt att ha kontakt med en och samma näringsidkare som bistår köparen både i samband med köpet och i den efterföljande fasen med förvaltningen av en fastighet, när det beaktas att oförenligheter i praktiken kan kringgåås på flera olika sätt (till exempel via familjeband och dylikt), med den följderna att det krävs två yrkesutövare och slutanvändaren således får dubbla kostnader.
- 16 Det nya regelverket i artikel 5.3 i lag nr 39/1989 säkrar konsumentskyddet genom en bestämmelse som är tänkt att förhindra varje möjlig intressekonflikt mellan mäklaren och föremålet för den utövade mäklarverksamheten. Oförenligheten blir således relativ och innebär att en person inte samtidigt får vara mäklare (som enligt definitionen i civillagen ska tillvarata båda avtalsparternas intressen i lika stor omfattning) och avtalspart (i materiellt hänseende, det vill säga producent eller återförsäljare av de varor eller tjänster som är föremål för den utövade mäklarverksamheten, eller i formellt hänseende, det vill säga mäklare eller representant för nämnda varor eller tjänster). Under alla omständigheter är oförenligheten begränsad till näringsverksamhet och gäller inte längre för mäklarverksamhet som utövas yrkesmässigt eller till och med i egenskap av anställd, till skillnad från vad som var fallet i den bestämmelse som var föremål för fördragsbrottsförfarandet.
- 17 Den begärda tolkningen är nödvändig av följande skäl:
 - Tecno*37 har åberopat det skydd av subjektiva situationer som följer av unionsrätten och gjort gällande åsidosättandet av en rad principer och rättigheter i unionsrätten.
 - EU-domstolen har exklusiv behörighet att tolka unionsrätten och därmed att avgöra om de enskilda medlemsstaternas lagstiftning är i överensstämmelse med unionsrätten.
 - Den hänskjutande domstolen utesluter att förutsättningarna är uppfyllda för att direkt avstå från att tillämpa den angripna nationella lagstiftningen. Emellertid hyser den tvivel om den exakta tolkningen av unionsrättsakter. Följaktligen aktualiseras frågan huruvida en nationell lagstiftningsåtgärd är förenlig med dessa unionsrättsakter.
 - Frågan som ännu inte har prövats av EU-domstolen är relevant och av avgörande betydelse för utgången i målet.
 - Den hänskjutande domstolen ska meddela dom i sista instans och Tecno*37 har framställt en specifik begäran om att frågan ska hänskjutas till EU-domstolen för förhandsavgörande.