

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato | Sezione 6 | Ordinanza | 11 aprile 2023 | n. 3655

Data udienza 9 marzo 2023

Integrale

Professioni e liberalizzazione – Attività di mediazione immobiliare e amministratore di condominio - Incompatibilità - Art. 5, comma 3 legge n. 39/1989 - Questione pregiudiziale - Rinvio alla Corte di giustizia europea

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Sesta

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1208 del 2022, proposto da

-OMISSIS-*37 di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato An. Re. D'Ac., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via (...);

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Cristiana Carpani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna (Sezione Seconda) n.-OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico e della Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2023 il Cons. Giovanni Pascuzzi e udito per la parte appellante l'avvocato An. Re. D'Ac..

FATTO

1. Questo Consiglio di Stato è chiamato a decidere sull'appello proposto da -OMISSIS-*37 di -OMISSIS- avverso la sentenza n. -OMISSIS-del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna recante rigetto dell'originario ricorso presentato dalla citata -OMISSIS-*37 avverso i seguenti provvedimenti:

- determinazione n.326 dell'11.11.2020 del Dirigente del Settore III della CCIAA di Bologna, acquisita in data 19.11.2020 a seguito di istanza di accesso agli atti, recante l'inserimento d'ufficio della ditta individuale ricorrente nel REA amministratore di condomini, l'inibizione ex art.7 comma 2 del D.M. 26/10/2011 alla prosecuzione dell'attività di mediazione in immobili iniziata il 1.7.1988 "... stante la situazione di incompatibilità ai sensi dell'art.5 comma 3 della L. 39/1989 e s.m.i." e l'inserimento d'ufficio nel REA della contestuale cessazione dalla data dell'11.11.2020 dell'esercizio dell'attività di mediazione in immobili ai sensi dell'art. 7 comma 3 del D.M. 26/10/2011;

- determinazione del Direttore Generale del Ministero dello Sviluppo Economico n. prot. 0128364 del 22.5.2019, citata nella determinazione della CCIAA n.326 dell'11.11.2020 ed acquisita dal ricorrente a mezzo di accesso agli atti in data 25.11.2020;

- la nota del Ministero dello Sviluppo Economico Prot. 24420 del 17.3.2020 citata nella determinazione della CCIAA n.326 dell'11.11.2020 ed acquisita dal ricorrente a mezzo di accesso agli atti in data 26.11.2020;

- nota del Direttore della Divisione Generale per la Vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico n. prot.116339 del 7.5.2020 citata nella determinazione della CCIAA n.326 dell'11.11.2020 ed acquisita dal ricorrente a mezzo di accesso agli atti in data 25.11.2020;

- artt.7 e 9 del D.M. 26/10/2011 come applicati nel caso di specie;

- ogni altro atto allo stesso presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché sconosciuto, ivi compresi, ove mai ritenuti lesivi per la ricorrente, i seguenti provvedimenti acquisiti a seguito di accesso agli atti: a) la nota n. prot. 24310 del 16.3.2020 della CCIAA di Bologna indirizzata anche al Ministero dello Sviluppo Economico; b) la nota prot. 33751/U del 4.5.2020 della CCIAA di Bologna; c) la nota prot.33752/U del 4.5.2020 della CCIAA di Bologna inviata al Ministero dello Sviluppo Economico; d) la nota prot. 50644/U del 25.6.2020 della CCIAA di Bologna inviata al Ministero dello Sviluppo Economico; e) la nota prot. 50645/U del 25.6.2020 della CCIAA di Bologna inviata anche al Ministero dello Sviluppo Economico; f) la nota prot. 72172 del 14.9.2020 della CCIAA di Bologna inviata anche al Ministero dello Sviluppo Economico; g) la nota prot. 80430/U del 9.10.2020 della CCIAA di Bologna inviata anche al Ministero dello Sviluppo Economico, h) la nota prot. 80362/U del 9.10.2020 della CCIAA di Bologna inviata anche al Ministero dello Sviluppo Economico; i) la nota prot. 90887/U dell'11.11.2020 della CCIAA di Bologna.

1.1 -OMISSIS-*37 chiedeva anche la disapplicazione dell'art. 5, comma 3, della L. 39/89 (nell'interpretazione data dal MISE) e/o comunque la rimessione alla Corte di Giustizia UE della relativa questione di compatibilità con i principi europei di non discriminazione, di proporzionalità ed adeguatezza dei requisiti di accesso a professioni e servizi come derivanti anche dalle Direttive 2005/36/CE (come modificata dalla Direttiva 2013/55/CE) e 2006/123/CE.

1.2 -OMISSIS-*37 chiedeva, in ogni caso, per il risarcimento dei danni come complessivamente subiti e subendi dal ricorrente, comprensivi del danno emergente e del lucro cessante, nonché del danno di immagine, curriculare e da perdita di chance, come meglio individuato nel quantum nel corso del giudizio, se del caso anche con quantificazione equitativa ex art. 1226 c.c. ed in base ai criteri già noti alla giurisprudenza in casi analoghi, oltre ad interessi e rivalutazione fino all'effettivo soddisfo.

2. Il giudice di primo grado così ha sintetizzato le premesse in fatto:

- in seguito alla ricezione di un esposto, in data 17/3/2020 il Direttore della Divisione Generale per la concorrenza del MISE (Ministero per lo sviluppo economico) invitava la CCIAA (Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura) di Bologna a intervenire sulla situazione di possibile incompatibilità e/o conflitto di interessi della ditta ricorrente per effetto del cumulo delle attività di mediazione immobiliare e di amministratore di condominio;

- l'autorità competente avviava l'iter procedimentale di verifica (ex art. 5, comma 3, della L. 39/89 come innovato dalla L. 37/2019), nel corso del quale veniva chiesto alla -OMISSIS-*37 di specificare la natura imprenditoriale o meno dell'attività di amministratore di immobili dal medesimo svolta;

- l'atto impugnato n. 326/2020 richiamava la nota MISE del 22/5/2019 e metteva in luce che l'esponente amministra 39 condomini (anno di imposta 2018) e che il reddito ritratto è consistente e nettamente superiore rispetto all'attività di mediazione: risultava accertato l'esercizio contemporaneo delle due occupazioni e la sussistenza di una situazione di incompatibilità ex art. 5, comma 3, della L. 39/89, novellato dopo la procedura europea di infrazione;

- l'attività di amministratore svolta risultava di tipo professionale e non saltuaria e occasionale, ossia tipicamente imprenditoriale (in virtù dei requisiti di economicità e organizzazione, nonché di continuità), agendo la ditta individuale con 3 dipendenti e un'ulteriore unità;

- a fronte di ciò, la CCIAA ha inserito l'impresa individuale di amministratore di condomini nel REA (registro economico amministrativo), e ha precluso il proseguimento dell'attività di mediazione di immobili con annotazione della cessazione nel REA.

3. A sostegno del ricorso in primo grado venivano formulati i seguenti motivi:

4. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 117 Costituzione, falsa applicazione dell'art. 5 comma 3 della L. 39/89, degli artt. 1, 3, 6 L. 241/90, dell'art. 4 n. 3 e 47 T.F.U.E., dei principi di non discriminazione, proporzionalità e adeguatezza dei requisiti di accesso a professioni e servizi come derivanti dalle direttive 2005/36/CE e 2006/123/CE, eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione sul presunto conflitto di interessi che integrerebbe un motivo imperativo di interesse generale, sproporzione, in quanto:

- la CCIAA ha aderito a un'interpretazione discrezionale della norma, modificata con L. 11/5/2019 n. 37 dopo la procedura di infrazione n. 2018/2175 avviata dalla Commissione UE (nel testo previgente era precluso agli agenti immobiliari lo svolgimento di qualunque attività imprenditoriale o professionale diversa da quella di mediazione);
- la direttiva 2005/36/CE, come modificata dalla successiva 2013/55/CE, prescrive che i requisiti di accesso alle professioni non siano discriminatori in base alla nazionalità, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale e strettamente necessari per garantire il raggiungimento dell'obiettivo;
- la direttiva 2006/123/CE vieta di assoggettare i prestatori a requisiti che obblighino a esercitare in via esclusiva una determinata attività specifica salve alcune eccezioni (professioni regolamentate per assicurare il rispetto di norme di deontologia, indipendenza e imparzialità; evitare conflitti di interesse e incompatibilità tra attività);
- il TFUE, all'art. 4 comma 3, impone agli Stati di adottare misure generali o particolari per garantire l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati, mentre l'art. 49 pone il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento e accesso all'attività autonoma e all'impresa;
- l'art. 5, comma 3, della L. 39/89, nella nuova versione, è stato interpretato dalle autorità intime nel senso di stabilire un'incompatibilità astratta e assoluta tra le due attività, come emerge dalla nota MISE del 22/5/2019 che evidenzia il conflitto di interessi del mediatore immobiliare che, contemporaneamente, cura per il proprio cliente la vendita/acquisto di un immobile, lo amministra e lo gestisce per conto del condominio (a prescindere da una verifica in concreto);
- l'approccio corretto è quello conforme ai principi comunitari, e l'incompatibilità in astratto è in contrasto con le 2 direttive evocate e con il Trattato (art. 59 par. 3 direttiva 2005/36/CE vigente, art. 25 par. 1 direttiva 2006/123/CE, art. 49 TFUE);
- sotto il profilo letterale, l'attività di amministratore di condominio non può essere tout court equiparata a una professione intellettuale ai sensi della lett. c) dell'art. 5 L. 39/89, dovendosi intendere quelle cd. "pure" ossia organizzate in Ordini o Collegi (ad es. Notai);
- l'estensione dell'incompatibilità a una serie infinita di operatori e imprese del settore immobiliare è ingiustificata e comunque non proporzionata agli scopi delle direttive UE (non è nota l'incompatibilità preventiva, né il motivo imperativo di interesse generale da salvaguardare);
- nella relazione illustrativa alla L. 37/2019 si enuncia il proposito di scongiurare un conflitto attuale di interessi da verificarsi caso per caso e non prevedibile a priori, come viceversa pretendono il MISE e la CCIAA (si potrebbe limitare ai casi peculiari nei quali il mediatore mette in contatto le parti per immobili da lui amministrati, poiché rispetto agli altri rimane terzo);
- il cumulo può favorire un arricchimento di competenza e professionalità del mediatore, che potrà fornire una specifica e approfondita informazione circa il bene immobile oggetto dell'affare;
- applicando l'incompatibilità ex art. 5, comma 3, della L. 39/89 nel senso voluto dal MISE si colpisce in modo indiscriminato un'attività (la mediazione) a prescindere da dubbi sul deficit di imparzialità o indipendenza;
- anche per i condomini amministrati dal mediatore non affiora un motivo imperativo di interesse generale, ossia non si comprende il rischio per il consumatore (l'ordinamento legittimo infatti la figura della mediazione atipica);
- è illegittimo il provvedimento, ma se l'interpretazione fosse corretta deve essere disapplicata la norma nazionale in quanto contrastante con le disposizioni UE, salva la remissione della questione di compatibilità comunitaria.

1. II) Violazione e falsa applicazione dei principi generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1176 e 1337 del c.c., degli artt. 1, 3 e 6 della L. 241/90, degli artt. 7 e 9 del D.M. MISE in data 26/10/2011, eccesso di potere per carenza di istruttoria, inosservanza dei principi europei di non discriminazione, proporzionalità, gradualità e adeguatezza delle sanzioni, dal momento che è stato indebitamente applicato un automatismo in contrasto con il diritto europeo disattendendo l'obbligo di protezione nei confronti del ricorrente, e senza attendere il richiesto chiarimento da parte del MISE.

2. Con sentenza n.-OMISSIS- il Tar per l'Emilia-Romagna ha respinto il ricorso.

4.1 In particolare il primo giudice ha ritenuto che:

- dagli accertamenti compiuti attraverso l'Agenzia delle Entrate è emerso che l'attività di amministratore è svolta da -OMISSIS-*37 in forma imprenditoriale presso 39 condomini, avvalendosi di 3 dipendenti e 1 collaboratore, e che il reddito prodotto è pari a 87.765 € (anno di imposta 2018), ben superiore rispetto a quello ottenuto con l'attività di intermediazione immobiliare (pari a 32.429 €);
- l'art. 5 della L. 39/89 nel testo vigente (come suggerito dalla parte ricorrente e conformemente al diritto euro-unitario) deve essere interpretato nel senso di scongiurare un conflitto attuale di interessi mediante una verifica caso per caso delle situazioni coinvolte (non essendo accettabile l'individuazione di incompatibilità astratte e assolute);

- in quest'ottica l'azione intrapresa dalla CCIAA nel procedimento di verifica risulta corretta e lineare, e le conclusioni raggiunte appaiono convincenti. L'incompatibilità è generata anzitutto dalla consistenza degli emolumenti ricavati dall'attività di amministratore di condominio, esercitata in via prevalente e in forma imprenditoriale, attraverso una struttura e risorse umane dedicate (4 unità). Il successivo step logico-motivazionale è ancorato a un apprezzamento di natura sostanziale, per cui affiora il rischio che le unità immobiliari amministrare siano indebitamente "favorite" rispetto alla platea di quelle disponibili, con conseguente vulnus dei requisiti di terzietà e imparzialità propri del mediatore che ha il compito di promuovere la conclusione dell'affare. È evidente che l'elevato numero di fabbricati (ciascuno formato da una pluralità di appartamenti) presso i quali il professionista ricopre il ruolo di amministratore può ostacolare – nell'esercizio contestuale dell'attività di intermediazione – la serena e imparziale selezione di proposte appropriate a favore dei clienti. In buona sostanza, il professionista non è distaccato né equidistante rispetto al reperimento di soluzioni adeguate, e può essere ragionevolmente indotto a orientare i potenziali acquirenti verso i locali inseriti negli edifici presso i quali ricopre l'incarico di amministratore, trascurando altre opportunità abitative ugualmente interessanti. Affiora un patente deficit di imparzialità, che non è controbilanciato da garanzie di trasparenza sul "doppio incarico" rivestito;

- sostiene -OMISSIS-*37 che il problema può essere risolto mediante un'indagine caso per caso circa la sussistenza in concreto di una situazione di conflitto di interessi, avuto riguardo alla presenza (tra gli immobili intermediati) di unità anche amministrare nelle relative parti comuni: l'unica circostanza che può avere un rilievo oggettivo nella verifica dell'autonomia e della serenità del mediatore che svolge anche la professione di amministratore di condominio è l'eventuale svolgimento delle due attività in modo congiunto sul medesimo immobile. A suo avviso, se le due attività non hanno ad oggetto il medesimo immobile non può sussistere a priori alcun dubbio di potenziale conflitto di interessi o carenza di imparzialità, anche alla luce del parametro legale di cui all'art. 1754 c.c. Detta impostazione non persuade;

- come ha statuito il Tribunale di Vercelli nella sentenza civile 7/4/2021 (r.g. 139/2020), l'art. 1754 c.c. riguarda la c.d. "mediazione tipica", in cui "il mediatore non è legato a nessuna delle parti che mette in contatto da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza e si adopera per metterle in contatto, maturando il diritto a percepire la provvigione all'esito della conclusione dell'affare". Diversamente, "Accanto a tale figura contrattuale, si pone la c.d. "mediazione atipica", che è invece fondata su contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (cosiddetta mediazione unilaterale), qualora una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività volta alla ricerca di una persona interessata alla sua conclusione a determinate e prestabilite condizioni". È stato correttamente rilevato che anche la mediazione unilaterale o atipica non snatura la mediazione "... non essendo inciso il carattere di terzietà del mediatore da un eventuale rapporto interno di mandato tra il mediatore ed uno dei soggetti messi in contatto" (Corte di Cassazione, sez. V civile – 14/11/2018 n. 29287). L'incarico a svolgere la medesima attività che il mediatore svolgerebbe d'iniziativa propria può originare dunque da un mandato interno con una delle parti, che tuttavia non muta l'attività che il mediatore svolge poi ai fini della conclusione dell'affare. Come ha sottolineato Corte di Cassazione, sez. II civile – 6/12/2016 n. 24950 "ciò che è decisivo non è tanto l'imparzialità del suo operare quanto la riconoscibilità esterna della posizione terza - che egli assume nel successivo rapporto con entrambe le parti, posizione che gli deriva, appunto, dall'assenza di collaborazione, dipendenza o rappresentanza con una sola di esse";

- il conflitto di interessi originato dal contestuale esercizio della carica di amministratore di condominio è ben diverso dalle ipotesi esaminate (che non snaturano l'attività di intermediazione, ma anzi sono coerenti con essa e la rafforzano). Nel caso esaminato, il duplice ruolo e la naturale "prossimità" alle unità immobiliari amministrare non è trasparente né è riconoscibile a priori dal cliente dell'agenzia, il quale non ha cognizione del deficit di imparzialità del professionista nello svolgimento della mediazione. Infatti, una delle parti coinvolte nell'affare (ossia, il proprietario dell'unità immobiliare amministrata) lo ha scelto – nella riunione assembleare dedicata – come amministratore, conferendogli così un incarico remunerato di diversa natura, che determina la perdita dell'immunità da condizionamenti nella trattativa di compravendita.

- diversamente da quanto sostiene -OMISSIS-*37, l'elevato numero degli immobili presso i quali il soggetto svolge anche l'attività di amministratore di condominio (che denota la natura imprenditoriale di quell'attività) induce a ritenere – secondo la logica e l'esperienza comune – un pericolo concreto di conflitto di interessi ogni volta che uno degli appartamenti amministrati resta libero e viene messo in vendita, risultando verosimilmente preferito rispetto ad altri;

- né si può riversare sulla CCIAA l'onere di verificare la neutralità per ogni specifico affare concluso, affermando il conflitto di interessi solo per l'eventuale svolgimento delle due attività in modo congiunto sul medesimo immobile. A questo proposito, i provvedimenti impugnati non urtano contro il principio comunitario di proporzionalità e la misura adottata è del tutto adeguata al caso. Non può essere nota a priori, all'inizio della trattativa con un cliente, l'unità immobiliare idonea a soddisfare le esigenze di quest'ultimo, che aspira ad acquistare o ad ottenere in locazione un appartamento: per tale motivo, l'agenzia immobiliare deve essere in grado di selezionare una o più proposte adeguate tra la platea di opzioni disponibili. Nella dialettica commerciale il ruolo di amministratore di alcune delle unità presenti sul mercato insinua un indebito condizionamento, e può alterare la serena ed equilibrata dinamica dei suggerimenti in contraddittorio. Come correttamente sottolineato dalla difesa del Ministero, i valori di indipendenza diventano centrali nell'operato dell'intermediario che pone in relazione acquirenti e venditori, i quali debbono avere come legittima aspettativa quella di rivolgersi a un operatore qualificato, affidabile e totalmente imparziale;

- per le ragioni appena illustrate, secondo il giudice di primo grado, non affiora alcuna lesione dei principi comunitari invocati, ma l'appropriata individuazione di un'ipotesi concreta di conflitto di interessi.

5. Avverso la sentenza del tar per l'Emilia Romagna ha proposto appello -OMISSIS-*37 sulla base dei seguenti motivi:

Primo motivo di appello: Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 117 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 3, l. 39/1989 s.m.i.; violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 6 della l. 241/90; violazione e falsa applicazione dell'art. 4 n. 3 e dell'art. 47 del T.F.U.E. e dei principi europei di non discriminazione, di proporzionalità ed adeguatezza dei requisiti di accesso a professioni e servizi come

derivanti anche dalle direttive 2005/36/CE (come modificata dalla direttiva 2013/55/CE) e 2006/123/CE; eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione circa la pretesa sussistenza di un conflitto di interessi suscettibile di assurgere, secondo le direttive europee, a "motivo imperativo di interesse generale" tale da rendere proporzionata la pretesa incompatibilità tra agente immobiliare ed amministratore di condominio; richiesta di rimessione della questione alla Corte di giustizia UE.

L'appellante sostiene che:

- il Tar ha applicato l'art. 5, comma 3, della L. 39/89 quale norma di pericolo recante una previsione di incompatibilità astratta e generale e, oltretutto, considerando esclusivamente il "caso limite" in cui il mediatore sovrappone le funzioni di amministratore dell'immobile e di mediatore sul medesimo immobile ossia proprio l'unica ipotesi che, come detto, lo stesso ricorrente aveva escluso in quanto già vietata dall'art. 1754 c.c. e comunque non pertinente al caso di specie;
- il continuo ed insistente riferimento del Tar al "caso limite" di immobili contemporaneamente intermediati ed amministrati (dallo stesso soggetto), di per sé già vietato dall'art. 1754 c.c., dimostra come il giudice di primo grado abbia in realtà travisato completamente il thema decidendum del ricorso ignorando che nel caso di specie la CCIAA, aderendo alla interpretazione dell'art. 5, comma 3, della L. 39/89 data dal Direttore Generale del MISE con la (pure impugnata) nota n. prot. 0128364 del 22.5.2019, si era disinteressata completamente di effettuare una qualsivoglia verifica inerente gli immobili intermediati dal ricorrente (onde accertare se si trattasse di immobili anche amministrati), limitandosi invece soltanto a constatare l'esercizio congiunto delle due attività tramite l'acquisizione dall'Agenzia delle Entrate del reddito dichiarato dal medesimo ricorrente per ciascuna delle due attività, poi giudicate di natura imprenditoriale;
- il Tar, dunque, proprio in ragione della sua iniziale manifestazione di condivisione della interpretazione "orientata" data dal ricorrente all'art. 5, comma 3, della L. 39/1989, avrebbe dovuto riconoscere l'illegittimità radicale dei provvedimenti impugnati, in quanto assunti sul presupposto – contrario alle Direttive UE in epigrafe richiamate – che la norma debba essere applicata nel senso di estendere l'incompatibilità in modo generale ed indistinto a tutti i casi di esercizio congiunto delle due attività, senza quindi necessità di alcuna verifica dell'oggetto delle intermediazioni effettuate;
- il Tar ha eseguito una inammissibile integrazione postuma dei provvedimenti impugnati;
- il Tar nella sua sentenza ha prospettato una interpretazione dell'art. 5 della Legge 39/89 secondo la quale l'incompatibilità tra le due attività di mediatore e amministratore di condominio deriverebbe dalla mera constatazione del loro svolgimento congiunto in forma imprenditoriale, concretando l'elevato numero di unità immobiliari amministrate un potenziale (e non meglio specificato) pericolo di conflitto di interessi a danno di uno dei clienti del mediatore immobiliare;
- si tratta tuttavia di una interpretazione che, come detto, oltre ad essere erroneamente stata riferita dal Tar al "caso limite" – di per sé già vietato dall'art. 1754 c.c. e qui, come detto, non sussistente e comunque non verificato dalla CCIAA nei provvedimenti impugnati – in cui la mediazione ha ad oggetto immobili anche amministrati, si pone in aperto contrasto con i principi sanciti dalla Corte di Giustizia UE, Sezione Quarta, con la sentenza numero 384 del 27/2/2020;
- nella citata sentenza, infatti, la Corte di Giustizia ha censurato una norma Belga che vietava l'esercizio congiunto dell'attività di contabile con quella di intermediario, agente assicurativo, agente immobiliare, impedendo quindi la natura multidisciplinare delle attività, come prevista dalle Direttive Europee già citate;
- in particolare la Corte di giustizia ha precisato: A) al punto 48 della sentenza che "uno Stato membro che invochi un motivo imperativo di interesse generale o, come in questo caso, l'eccezione prevista dall'articolo 25, paragrafo 1, secondo comma, lettera a), della direttiva 2006/123, per stabilire che il divieto di attività multidisciplinari da esso introdotto è necessario per garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei contabili PCF, deve presentare precisi elementi che consentano di avvalorare il suo ragionamento (v., in tal senso, sentenza del 4 luglio 2019, Commissione/Germania, C-377/17, EU:C:2019:562, punto 74 e la giurisprudenza ivi citata); B) al punto 52 della sentenza che "deve essere respinta l'argomentazione del Regno del Belgio secondo cui, da un lato, il divieto in questione è proporzionato nella misura in cui riguarda solo attività rigorosamente individuate per le quali si presume che possa sorgere un conflitto di interessi e, dall'altro, misure alternative, data la struttura del mercato belga, non sarebbero altrettanto efficaci per raggiungere gli obiettivi perseguiti"; C) al punto 55 che "secondo giurisprudenza costante, l'onere della prova a carico dello Stato membro non può estendersi fino a pretendere che quest'ultimo dimostri, in positivo, che nessun altro possibile provvedimento permetta la realizzazione dello stesso obiettivo alle stesse condizioni (v., in tal senso, sentenza del 4 luglio 2019, Commissione/Germania, C-377/17, EU:C:2019:562, punto 64), resta tuttavia il fatto che spetta a detto Stato membro contestare in maniera sostanziale e dettagliata gli elementi in tal senso presentati e le conseguenze che ne derivano (v., in tal senso, sentenza del 28 gennaio 2016, Commissione/Portogallo, C-398/14, EU:C:2016:61, punto 48, e del 24 gennaio 2018, Commissione/Italia, C-433/15, EU:C:2018:31, punto 44)"; D) al punto 57 che "il Regno del Belgio non ha però messo in dubbio in modo convincente gli elementi adottati dalla Commissione, secondo cui il controllo a posteriori da parte delle camere professionali costituirebbe una misura meno restrittiva per raggiungere l'obiettivo di garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei contabili IPCF, poiché gli argomenti esposti da detto Stato membro in merito alla minore efficacia di una misura siffatta non sono di per sé in grado di dimostrare che tale controllo non sarebbe idoneo a raggiungere l'obiettivo suddetto";
- volendo applicare anche al caso di specie i suddetti insegnamenti della Corte di Giustizia, deve riconoscersi che l'interpretazione dell'art. 5, comma 3, L. 39/89 (nella versione vigente ratione temporis ossia quella recata dalla L. 37/19), come prospettata dal Tar (ad integrazione di quella formulata dal MISE) non offre elementi dettagliati per dimostrare che il divieto dello svolgimento delle due attività multidisciplinari (amministratore

di condominio da una parte e mediatore immobiliare dall'altra) sia necessario e proporzionato a preservare gli interessati da un (non meglio specificato) potenziale rischio di conflitto di interessi (quale "motivo imperativo di interesse generale"), anche tenuto conto del parametro legale di cui all'art. 1754 c.c.;

- in altri termini, poiché è un dato oggettivo non opinabile che, laddove l'attività di mediazione verta su immobili non anche amministrati (nelle relative parti comuni) dal medesimo mediatore, non è a priori configurabile alcuna connessione tra il mediatore e le parti intermedie, deve riconoscersi che il divieto generalizzato ed assoluto recato dall'articolo 5, comma 3, della legge 39/89, come interpretato dal MISE (ed integrato dal Tar nella motivazione), si pone in contrasto con le Direttive qui considerate, le quali impongono, secondo il principio di proporzionalità di perseguire l'obiettivo di interesse pubblico imperativo (qui, come detto, in realtà neanche individuato in modo preciso) senza andare "al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo";

- laddove il Tar afferma che "non si può riversare sulla CCIAA l'onere di verificare la neutralità per ogni specifico affare concluso, affermando il conflitto di interesse solo per l'eventuale svolgimento delle due attività in modo congiunto sul medesimo immobile", si ponga in aperto ed inconciliabile contrasto con il punto 57 della sopra citata sentenza della Corte di Giustizia n. 384 del 27/02/2020, secondo la quale "il controllo a posteriori da parte delle camere professionali costituirebbe una misura meno restrittiva per raggiungere l'obiettivo di garantire l'indipendenza e l'imparzialità";

- il controllo a posteriori al quale si fa riferimento è ovviamente quello che la CCIAA avrebbe dovuto fare e non ha fatto nel caso di specie, ossia quello relativo al contenuto delle mediazioni in concreto perfezionate dall'appellante (facilmente verificabile dai rogiti notarili nei quali è obbligatoriamente indicato il nome del mediatore ai sensi dell'art. 35, comma 22, del d.l. n. 223/2006) al fine di verificare se le medesime mediazioni avessero avuto ad oggetto o meno immobili anche amministrati, essendo solo questa circostanza in astratto suscettibile di configurare la sussistenza di un interesse pubblico idoneo a giustificare la introduzione di un divieto generalizzato (sussistenza di cui, peraltro, in ogni caso lo Stato deve dare in concreto una prova adeguata, secondo quanto indicato dalla Corte di Giustizia);

- ciò che rilevava ai fini del rispetto dell'articolo 5, comma 3, della legge 39/89, secondo un'interpretazione conforme al diritto europeo, non era la verifica del numero assoluto degli immobili intermediati o il numero assoluto dei condomini amministrati (come ha invece fatto erroneamente la CCIAA di Bologna in adesione all'interpretazione del MISE ed al fine di imputarne la natura imprenditoriale), bensì l'accertamento della sovrapposizione o meno delle due attività sul medesimo immobile;

- non è pertinente né rilevante ai fini della decisione la pretesa natura imprenditoriale o meno dell'attività di mediazione svolta dal ricorrente, come desunta dalla CCIAA dai dati reddituali acquisiti dalla Agenzia delle Entrate ed addirittura definita dal Giudice di primo grado come una "appropriata individuazione di un'ipotesi concreta di conflitto di interessi";

- la natura imprenditoriale o meno dell'attività di intermediazione immobiliare, infatti, anche laddove riferibile all'art. 5, comma 3, della L. 39/89, non può assumere in sé alcun rilievo giuridico qualificato. Si tratta, infatti, di un dato inconferente ai fini della individuazione di un interesse pubblico idoneo a costituire "un motivo imperativo di interesse generale" (cfr. punto 48 della sentenza n.384 del 27/2/2020 della Corte di Giustizia) suscettibile di giustificare l'introduzione di un divieto generalizzato di svolgimento di una attività multi-disciplinare, sicché anche sotto questo aspetto l'art. 5, comma 3, della L. 39/89 deve essere letto – e se del caso disapplicato – secondo una interpretazione necessariamente compatibile con la prevalenza propria del diritto europeo.

Secondo motivo di appello: Violazione e falsa applicazione dei principi generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1176 e 1337 c.c., nonché degli artt. 1, 3 e 6 della l. 241/90 e degli artt. 7 e 9 del D.M. MISE del 26.10.2011; carenza assoluta di istruttoria; violazione e falsa applicazione dei principi europei di non discriminazione, di proporzionalità, gradualità ed adeguatezza delle sanzioni.

L'appellante ha quindi riproposto la domanda di risarcimento del danno.

DIRITTO

1. I FATTI RILEVANTI IN RELAZIONE ALLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE DI RINVIO

2. L'appellante esercitava oltre all'attività di mediazione in immobili anche l'attività di amministratore di condomini.

Le competenti autorità italiane (anche a seguito dell'entrata in vigore della L. 37/2019 di modifica dell'art. 5, comma 3, della L.39/1989, su cui si tornerà nel prosieguo) hanno rilevato in capo all'appellante l'incompatibilità fra l'attività di mediazione in immobili e l'attività in forma imprenditoriale di amministrazione di condomini perché il numero di condomini amministrati dal signor -OMISSIS- è 39 e il reddito derivante da tale attività è consistente e nettamente superiore a quello derivante dall'attività di mediazione in immobili.

Di conseguenza la Camera di commercio (CCIAA) di Bologna: a) ha inserito nel Repertorio Economico Amministrativo l'attività di amministratore di condomini (svolta in forma di impresa) con riferimento dell'impresa individuale -OMISSIS-*37 di -OMISSIS-; b) ha inibito, ai sensi dell'art. 7, comma 2 del D.M. 26/10/2011, la prosecuzione dell'attività di mediazione in immobili iniziata in data 1/7/1988, stante la situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 5, comma 3, della L.39/1989 e s.m.i, con riferimento alla stessa impresa individuale -OMISSIS-*37 di -OMISSIS-.

Per decidere il caso di specie occorre preliminarmente stabilire se ed entro quali limiti la professione di agente immobiliare è compatibile con quella di amministratore di condominio.

1. LA NORMATIVA EUROPEA RILEVANTE

2. Il 10 gennaio 2017 è stata emanata la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa alle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali [Bruxelles, 10.1.2017 COM(2016) 820 final; {SWD(2016) 436 final}].

In tale documento si legge:

«- Spetta a ciascuno Stato membro decidere se sia necessario intervenire e imporre norme e restrizioni all'accesso o all'esercizio di una professione, purché siano rispettati i principi di non discriminazione e di proporzionalità. Gli Stati membri stabiliscono l'obiettivo di interesse pubblico che intendono tutelare e scelgono il metodo più adeguato per raggiungere tale obiettivo.

- I requisiti imposti ai servizi professionali sono stati oggetto della giurisprudenza della Corte di giustizia. La Corte ha ripetutamente dichiarato che, anche se applicate senza alcuna discriminazione, le regolamentazioni nazionali delle professioni, compresi i requisiti concernenti le qualifiche, possono ostacolare o rendere meno attraente per i cittadini e le imprese dell'UE l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato. La Corte ha inoltre affermato che il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime siano sproporzionate e incompatibili con il diritto dell'UE. Spetta agli Stati membri valutare caso per caso se sia necessario imporre restrizioni alle attività professionali, tenendo conto dell'intero contesto normativo».

Il documento, quindi, si occupa in particolare degli agenti immobiliari. Di seguito si riportano alcuni passaggi rilevanti:

«II.6. Agenti immobiliari

Gli approcci regolamentari nel settore immobiliare variano notevolmente a seconda dei paesi. Mentre in alcuni Stati membri la professione è regolamentata da tempo (ad esempio in Austria, dove è disciplinata dal 1973), in altri la regolamentazione è stata introdotta più recentemente (ad esempio nel 2011 in Irlanda). Tre paesi sembrano intenzionati a regolamentare l'accesso a tale professione (Germania, Repubblica ceca e Slovacchia). Per contro, Paesi Bassi, Polonia e Portogallo hanno recentemente optato per la deregolamentazione.

...

La professione è regolamentata in 14 Stati membri: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Danimarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Slovacchia, Slovenia, Svezia e Ungheria. La maggior parte dei paesi regola la professione tramite riserve di attività. Cipro, Belgio, Danimarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Lussemburgo e Slovenia regolamentano la professione mediante una riserva di attività e la protezione di un titolo. In Spagna esiste una regolamentazione regionale delle attività degli agenti immobiliari.

Le attività riservate agli agenti immobiliari sono simili nella maggior parte dei paesi. Esse consistono, in sostanza, nell'agire come intermediari tra venditori e acquirenti di beni immobili, compresa la consulenza. Tuttavia, in alcuni casi gli agenti immobiliari, oltre a far incontrare le parti interessate dalla transazione e fornire loro consulenza, svolgono anche altre attività, talora alquanto complesse. Ad esempio, nei paesi nordici gli agenti immobiliari titolari di licenza forniscono consulenza giuridica all'interno della propria sfera di competenza, come in Svezia, dove gli agenti immobiliari assistono nell'elaborazione di una documentazione adeguata o forniscono consulenza sulle clausole contrattuali, o in Finlandia, dove la maggior parte delle operazioni che coinvolgono un agente immobiliare riguardano la compravendita di quote di partecipazione in una cooperativa di edilizia residenziale, senza l'avallo separato di un notaio). La perizia immobiliare/valutazione è menzionata per Danimarca e Italia, mentre in Austria la rappresentanza davanti alle autorità pubbliche/ai tribunali (se non riservata agli avvocati) e lo svolgimento di un'asta pubblica di beni immobili sono attività riservate agli agenti immobiliari. In Belgio e in Francia gli agenti immobiliari sono coinvolti in attività di gestione di beni in comproprietà e di beni immobili di proprietà con il ruolo di syndic.

In molti casi le attività degli agenti immobiliari sono condivise con avvocati e/o notai. Tuttavia, almeno in alcuni casi determinate attività di intermediazione immobiliare sembrano essere esclusivamente riservate agli agenti immobiliari qualificati (Austria, Cipro, Irlanda, Lussemburgo, Slovenia e Svezia).

....

Alcuni paesi vietano espressamente l'esercizio di alcune attività incompatibili. Tuttavia, in alcuni casi, tale divieto va oltre il mero divieto generale in materia di conflitto di interessi (ad esempio, in Italia e Svezia). Ad esempio, in Italia gli agenti immobiliari non possono accedere al pubblico impiego (se non a tempo parziale) o ad altre attività come lavoratori autonomi o imprenditori.

....

Raccomandazioni

....

L'Italia dovrebbe valutare la necessità e la proporzionalità dei divieti posti sulle attività incompatibili».

8. Il 19 luglio 2018 la Commissione europea ha attivato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (2018/2175).

Di seguito sono riprodotti gli estremi procedura tratti dalla banca dati europea delle infrazioni (reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=it)

INFR(2018)2175; 19/07/2018; Lettera di costituzione in mora art. 258 del TFUE; MEMO-18-4486; Italia; Mercato interno, industria, imprenditoria e PMI; Non-conformity of certain national provisions with the Professional Qualifications Directive 2005/36/EC as revised by Directive 2013/55/EU in Italy_1st batch.

Nel MEMO-18-4486 (citato nella banca dati e reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/IT/MEMO_18_4486) si legge:

«6. Mercato interno, industria, imprenditoria e PMI

Lettere di costituzione in mora

Libera circolazione dei professionisti: la Commissione invita 27 Stati membri a conformarsi alle norme dell'UE sul riconoscimento delle qualifiche professionali.

La Commissione ha deciso oggi di inviare lettere di costituzione in mora a 27 Stati membri (tutti gli Stati membri tranne la Lituania) in merito alla conformità della legislazione e delle prassi nazionali alle norme dell'UE sul riconoscimento delle qualifiche professionali (direttiva 2005/36/CE modificata dalla direttiva 2013/55/UE). L'UE ha introdotto un sistema moderno per il riconoscimento delle qualifiche e dell'esperienza professionali in tutta l'UE. Tale sistema facilita il riconoscimento delle qualifiche dei professionisti che desiderano stabilirsi o prestare i loro servizi in altri Stati membri, garantendo nel contempo un migliore livello di protezione per i consumatori e i cittadini. Garantire un'applicazione coerente di tali norme a beneficio dei cittadini e delle imprese è particolarmente importante per la Commissione. Le lettere di costituzione in mora riguardano questioni fondamentali per il funzionamento della direttiva sulle qualifiche professionali, in particolare l'introduzione della tessera professionale europea, il meccanismo di allerta, la possibilità di avere un accesso parziale a un'attività professionale, la proporzionalità dei requisiti linguistici e la creazione di centri di assistenza. La Commissione solleva inoltre questioni relative alla trasparenza e alla proporzionalità degli ostacoli normativi nei servizi professionali, in parte menzionati nella sua comunicazione del gennaio 2017 [richiamata in precedenza: n.d.r.] relativa alle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali. Tutti gli Stati membri in questione dispongono di due mesi per rispondere alle argomentazioni formulate dalla Commissione; in caso contrario, la Commissione potrà decidere di inviare loro un parere motivato».

9. Il contenuto specifico delle accuse mosse all'Italia si ritrovano nel dossier di documentazione preparato Servizio Studi - Dipartimento Affari Comunitari della Camera dei Deputati, in vista dell'approvazione della Legge europea 2018 -A.C. 1432-A (reperibile all'indirizzo: http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/ID0005c.htm?_1582206921991#_Toc2940413).

In tale atto, infatti, si legge quanto segue:

«Procedure di contenzioso

L'articolo 59, paragrafo 3, della direttiva 2005/36/CE (modificata dalla direttiva 2013/55/UE) prevede l'obbligo per gli Stati membri di valutare se i requisiti stabiliti nel loro ordinamento giuridico per limitare l'accesso a una professione o il suo esercizio ai possessori di una specifica qualifica professionale siano compatibili con i principi fissati dal medesimo articolo. In particolare, i requisiti che limitano l'accesso a una professione o il suo esercizio devono essere non discriminatori, giustificati e proporzionati. Inoltre, l'articolo 49 TFUE vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro. Tale divieto si estende alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

Nell'ambito della procedura di infrazione 2018/2175 [richiamata in precedenza: n.d.r.], la Commissione europea ha rilevato che l'art. 5, comma 3, della L. 39/1989, limiterebbe fortemente le attività che un agente immobiliare può svolgere, osservando che l'articolo 59, paragrafo 3, della direttiva 2005/36/CE e l'articolo 49 TFUE prevedono che qualsiasi restrizione dell'accesso a una professione o, più in generale, a un'attività di prestazione di servizi rispetti in particolare il principio di proporzionalità: tali restrizioni, per essere giustificate, devono quindi essere proporzionate, adatte alle rispettive professioni e dettate da un motivo imperativo di interesse generale.

In secondo luogo, l'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva 2006/123/CE consente agli Stati membri di limitare l'esercizio di attività multidisciplinari nelle professioni regolamentate, ma solo nella misura in cui ciò sia giustificato per garantire il rispetto di norme di deontologia diverse in ragione della specificità di ciascuna professione, di cui è necessario garantire l'indipendenza e l'imparzialità. Tali restrizioni, per essere giustificate, devono essere proporzionate, adatte alle rispettive professioni e necessarie per garantire l'imparzialità e l'indipendenza dei singoli professionisti.

L'art. 5, co. 3, della L. 39/1989, rappresenterebbe dunque, a giudizio della Commissione, ben più di un divieto di conflitto di interessi e sembrerebbe impedire agli agenti immobiliari di esercitare qualunque altra attività diversa dall'intermediazione immobiliare. Tale divieto ostacolerebbe la possibilità di sviluppare modelli commerciali innovativi e flessibili e limiterebbe la capacità degli agenti immobiliari di offrire servizi

adattati alle necessità dei loro clienti. Sulla base delle informazioni fornite dalle autorità italiane, la regolamentazione della professione di agente immobiliare in Italia ha per obiettivo la protezione dei consumatori e dei destinatari di servizi, il che rappresenta un motivo imperativo legittimo legato all'interesse pubblico, riconosciuto come tale dalla giurisprudenza consolidata della CGUE e dall'articolo 4, paragrafo 8, della direttiva 2006/123/CE. Tuttavia, secondo la Commissione, rimarrebbe da chiarire come tali interessi generali siano direttamente collegati agli specifici obiettivi di garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità che, conformemente all'articolo 25, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/123/CE, possono giustificare tale restrizione. Anche qualora tali interessi generali sostengano pienamente le norme deontologiche della professione in questione e mirino a garantire l'indipendenza e l'imparzialità della stessa, rimarrebbe tuttavia da chiarire come una regola di incompatibilità così severa come quella in questione possa essere considerata necessaria per il raggiungimento di tali obiettivi. Non emergerebbe con chiarezza come l'esercizio di qualunque altra attività senza alcuna distinzione possa incidere negativamente sul rendimento professionale degli agenti immobiliari e per quale motivo, per proteggere i consumatori, non siano sufficienti soluzioni meno restrittive, ad esempio norme generiche sul conflitto di interessi o criteri di incompatibilità specifici per quelle attività per le quali sia possibile dimostrare l'esistenza di un rischio connesso agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti».

Il legislatore italiano ha modificato l'art. 5, comma 3, della L. 39/1989 (proprio in virtù della legge europea 2018 cui si riferiva lo studio appena citato). La norma è poi stata modificata una seconda volta. Sulla normativa italiana si tornerà nel prosieguo.

10. A seguito delle riforme del diritto italiano (di cui si parlerà) la procedura di infrazione 2018/2175 contro l'Italia è stata formalmente chiusa il 29 settembre 2022.

L'informazione è tratta sempre dalla banca dati europea delle infrazioni (reperibile all'indirizzo prima richiamato) nonché dal sito del Dipartimento delle politiche europee della Presidenza del Consiglio (si veda, in particolare, l'avviso reperibile apparso all'indirizzo <https://www.politicheeuropee.gov.it/attivita/procedure-dinfrazione/procedure-archivate/archiviazioni-2022/>).

11. La normativa europea rilevante ai fini del decidere è costituita, pertanto:

12. A) L'articolo 59, paragrafo 3, della direttiva 2005/36/CE (modificata dalla direttiva 2013/55/UE) relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali che così recita:

«3. Gli Stati membri valutano se i requisiti stabiliti nel loro ordinamento giuridico per limitare l'accesso a una professione o il suo esercizio ai possessori di una specifica qualifica professionale, inclusi l'impiego di titoli professionali e le attività professionali autorizzate in base a tale titolo, indicati all'articolo come «requisiti», sono compatibili con i seguenti principi:

1. a) i requisiti non devono essere direttamente o indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità o del luogo di residenza;
2. b) i requisiti devono essere giustificati da un motivo imperativo di interesse generale;
3. c) i requisiti devono essere tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo».

4. B) L'art. 49 del T.F.U.E. che recita:

«Articolo 49. Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

1. C) L'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva 2006/123/CE (relativa ai servizi nel mercato interno) che così recita:

«Attività multidisciplinari

1. Gli Stati membri provvedono affinché i prestatori non siano assoggettati a requisiti che li obblighino ad esercitare esclusivamente una determinata attività specifica o che limitino l'esercizio, congiunto o in associazione, di attività diverse. Tuttavia, tali requisiti possono essere imposti ai prestatori seguenti:
 2. a) le professioni regolamentate, nella misura in cui ciò sia giustificato per garantire il rispetto di norme di deontologia diverse in ragione della specificità di ciascuna professione, di cui è necessario garantire l'indipendenza e l'imparzialità;
 3. b) i prestatori che forniscono servizi di certificazione, di omologazione, di controllo, prova o collaudo tecnici, nella misura in cui ciò sia giustificato per assicurarne l'indipendenza e l'imparzialità.
4. Quando le attività multidisciplinari tra i prestatori di cui al paragrafo 1, lettere a) e b) sono autorizzate, gli Stati membri provvedono affinché:
 5. a) siano evitati i conflitti di interesse e le incompatibilità tra determinate attività;
 6. b) siano garantite l'indipendenza e l'imparzialità che talune attività richiedono;

7. c) le regole di deontologia professionale e di condotta relative alle diverse attività siano compatibili tra loro, soprattutto in materia di segreto professionale».

8. D) L'articolo 4, paragrafo 8, della direttiva 2006/123/CE (relativa ai servizi nel mercato interno) che così recita:

«motivi imperativi d'interesse generale: motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale».

1. LA NORMATIVA NAZIONALE RILEVANTE

2. La normativa italiana di riferimento è rappresentata dall'articolo 5, comma 3, della L. 39/1989.

12.1 Originariamente la norma era così formulata:

«3. L'esercizio dell'attività di mediazione è incompatibile:

1. a) con qualunque impiego pubblico o privato, fatta eccezione per l'impiego presso imprese o società aventi per oggetto l'esercizio dell'attività di mediazione;
2. b) con l'iscrizione in altri albi, ordini, ruoli o registri e simili;
3. c) con l'esercizio in proprio del commercio relativo alla specie di mediazione che si intende esercitare».

12.2 A seguito di una prima riforma introdotta dalla legge 57/2001, il testo della norma era diventato:

«3. L'esercizio dell'attività di mediazione è incompatibile:

1. a) con l'attività svolta in qualità di dipendente da persone, società o enti, privati e pubblici, ad esclusione delle imprese di mediazione;
2. b) con l'esercizio di attività imprenditoriali e professionali, escluse quelle di mediazione comunque esercitate».

12.3 A seguito di una seconda riforma introdotta per dare riscontro alla procedura di infrazione comunitaria (L. 03/05/2019, n. 37, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2018. Art. 2. Disposizioni in materia di professione di agente d'affari in mediazione - Procedura di infrazione n. 2018/2175) il testo della norma è diventato:

«3. L'esercizio dell'attività di mediazione è incompatibile con l'esercizio di attività imprenditoriali di produzione, vendita, rappresentanza o promozione dei beni afferenti al medesimo settore merceologico per il quale si esercita l'attività di mediazione, nonché con l'attività svolta in qualità di dipendente di ente pubblico o privato, o di dipendente di istituto bancario, finanziario o assicurativo ad esclusione delle imprese di mediazione, o con l'esercizio di professioni intellettuali afferenti al medesimo settore merceologico per cui si esercita l'attività di mediazione e comunque in situazioni di conflitto di interessi».

12.4 A seguito di una ulteriore riforma ugualmente introdotta da una legge comunitaria (L. 23/12/2021, n. 238 Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020. Art. 4. Disposizioni in materia di cooperazione con i centri di assistenza per il riconoscimento delle qualifiche professionali. Procedura di infrazione n. 2018/2175) il testo della norma è diventato:

«3. L'esercizio dell'attività di mediazione è incompatibile con l'esercizio di attività imprenditoriale di produzione, vendita, rappresentanza o promozione dei beni afferenti al medesimo settore merceologico per il quale si esercita l'attività di mediazione ovvero con la qualità di dipendente di tale imprenditore, nonché con l'attività svolta in qualità di dipendente di ente pubblico o di dipendente o collaboratore di imprese esercenti i servizi finanziari di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, o con l'esercizio di professioni intellettuali afferenti al medesimo settore merceologico per cui si esercita l'attività di mediazione e comunque in situazioni di conflitto di interessi».

12.5 Il testo attualmente vigente della norma è quello che risulta dopo l'emanazione della legge 118/2002 che ha aggiunto il comma 3-bis:

«3. L'esercizio dell'attività di mediazione è incompatibile con l'esercizio di attività imprenditoriale di produzione, vendita, rappresentanza o promozione dei beni afferenti al medesimo settore merceologico per il quale si esercita l'attività di mediazione ovvero con la qualità di dipendente di tale imprenditore, nonché con l'attività svolta in qualità di dipendente di ente pubblico o di dipendente o collaboratore di imprese esercenti i servizi finanziari di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, o con l'esercizio di professioni intellettuali afferenti al medesimo settore merceologico per cui si esercita l'attività di mediazione e comunque in situazioni di conflitto di interessi.

3-bis. In deroga a quanto disposto dal comma 3, l'esercizio dell'attività di agente immobiliare è compatibile con quella di dipendente o collaboratore di imprese esercenti l'attività di mediazione creditizia disciplinata dagli articoli 128-sexies e seguenti del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. L'esercizio dell'attività di mediazione creditizia rimane assoggettato alla relativa disciplina di settore e ai relativi controlli.

12.6 Come detto, quello da ultimo riportato è il testo vigente della norma».

1. PRESUPPOSTI E MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

2. Quando un agente immobiliare svolge contemporaneamente l'attività di amministratore di condominio può nascere il rischio che le unità immobiliari amministrate siano indebitamente "favorite" rispetto alla platea di quelle disponibili, con la conseguenza che l'imparzialità propria del mediatore venga meno. In sostanza un professionista che gestisce numerosi condomini potrebbe essere indotto ad orientare i potenziali acquirenti verso i locali inseriti negli immobili da lui gestiti, trascurando, di conseguenza, altre opportunità abitative ugualmente interessanti.

Per altro verso, dal punto di vista del consumatore, forse sarebbe più efficace, ed economicamente vantaggioso, avere un'unica figura professionale che segue l'acquirente sia nel momento dell'acquisto, che nella successiva fase di gestione dell'immobile, visto che, in fatto, i sistemi per aggirare le incompatibilità possono essere molteplici (rapporti di parentela, ecc.), con il risultato del raddoppio delle figure professionali e quindi dei costi a carico dell'utente finale.

14. La nuova disciplina contenuta nell'art. dall'articolo 5, comma 3, della L. 39/1989 garantisce (proprio nell'ottica della proporzionalità) la tutela del consumatore attraverso la previsione di una clausola che eviti ogni conflitto attuale di interessi tra il mediatore e l'oggetto della mediazione stessa. L'incompatibilità diviene infatti relativa e vieta di essere al contempo mediatore (che per definizione del codice civile è soggetto equidistante tra le parti) e parte (in senso sostanziale, in quanto produttore o commerciante di beni o servizi oggetto dell'attività di mediazione o in senso formale, in quanto agente o rappresentante dei detti beni). In ogni caso l'incompatibilità è limitata alle attività imprenditoriali e non più, come nella norma oggetto di procedura di infrazione, comunque svolta anche a titolo professionale e addirittura di lavoro dipendente.

15. È necessario fugare ogni dubbio sull'interpretazione da dare all'art. 5, comma 3, della L. 39/1989 perché:

16. a) l'appellante ha invocato la protezione di situazioni soggettive riconosciute dal diritto dell'Unione ed ha dedotto la violazione di principi e diritti dell'Unione;
17. b) la Corte di Giustizia detiene il monopolio interpretativo in ordine al diritto dell'Unione e, conseguentemente, alla compatibilità delle norme interne dei singoli Stati membri con il diritto dell'Unione;
18. c) il Collegio, nel mentre esclude la ricorrenza dei presupposti per procedere alla diretta disapplicazione della normativa nazionale contestata, in quanto le ragioni dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione non sono né immediate né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, ravvisa la sussistenza di una questione interpretativa relativa all'esatto ambito interpretativo da riconoscere ad atti normativi dell'Unione e, conseguentemente, alla compatibilità con essi di un provvedimento legislativo nazionale;
19. d) la questione è rilevante e decisiva per la soluzione della lite e non consta essere stata oggetto di interpretazione diretta da parte della Corte;
20. e) il giudice a quo è giudice di ultima istanza e vi è una specifica richiesta di parte ricorrente di procedere al rinvio.

1. FORMULAZIONE DEI QUESITI

2. Alla luce delle considerazioni svolte e dell'eccezione volta ad ottenere una pronuncia su alcune questioni pregiudiziali, questo Consiglio di Stato solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi, perché rilevanti, sui seguenti quesiti opportunamente riformulati ed ampliati per la novità e la rilevanza delle questioni:

3. A) Se l'art. 5, comma 3, della L. 39/1989, come riformulato a seguito della procedura di infrazione n. 2018/2175, deve intendersi oggi pienamente conforme al diritto comunitario specie in ragione dell'avvenuta archiviazione della procedura di infrazione stessa.
4. B) Se i principi e gli scopi dell'articolo 59, paragrafo 3, della Direttiva 2005/36/CE (come modificata dalla Direttiva 2013/55/CE), nonché dell'articolo 25, paragrafo 1, della direttiva 2006/123/CE e più in generale dell'articolo 49 T.F.U.E. ostano ad una normativa come quella italiana di cui all'art.5, comma 3, della L. 39/1989 che sancisce in via preventiva e generale l'incompatibilità tra l'attività di mediazione immobiliare e quella di amministratore di condomini sul presupposto del mero esercizio congiunto delle due attività e senza, quindi, la necessità per le Camere di Commercio di svolgere alcuna verifica a posteriori riferita in concreto all'oggetto delle mediazioni svolte e senza che ciò risulti motivato da un "motivo imperativo di interesse generale" specificatamente individuato e comprovato o comunque senza la dimostrazione della proporzionalità della prevista incompatibilità generale rispetto allo scopo perseguito.
5. C) Se l'agente immobiliare può comunque svolgere anche l'attività di amministratore di condominio salvo il caso in cui non cerchi di vendere/acquistare, il fabbricato che amministra, visto che in questo caso si paleserebbe un conflitto di interessi.
6. Ai sensi delle "Raccomandazioni all'attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" 2019/C380/01, vanno trasmessi, a cura della segreteria della Sezione, alla cancelleria della Corte gli atti componenti il fascicolo di causa, nonché con separato indice i seguenti atti con relativa numerazione:

- la determinazione n. 326 dell'11.11.2020 del Dirigente del Settore III della CCAA di Bologna, (doc. 1);

- la determinazione del Direttore Generale del Ministero dello Sviluppo Economico n. prot. 0128364 del 22.5.2019 (doc 2);
- la nota del Ministero dello Sviluppo Economico Prot. 24420 del 17.3.2020 (doc. 3);
- la nota del Direttore della Divisione Generale per la Vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico n. prot.116339 del 7.5.2020 (doc. 4).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale degli atti indicati in motivazione e del fascicolo di causa;
- sospende il processo nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea;
- riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia in ordine alle spese ed onorari del presente giudizio.

La presente ordinanza è depositata presso la segreteria della Sezione, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Pannone, Presidente FF

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore