RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-41/90 *

I — Faits et procédure

1. *Cadre juridique*

a) *Droit international*

1. Lors de sa trente et unième session, la conférence générale de l'Organisation internationale du travail a adopté, le 9 juillet 1948, la convention n° 88 concernant l'organisation du service de l'emploi (*Conventions et recommandations adoptées par la conférence internationale du travail, 1919-1966,* Bureau international du travail, Genève, 1966, p. 756). L'article 1er de cette convention oblige chaque membre pour lequel la convention est en vigueur, à entretenir ou veiller à ce que soit entretenu un service public et gratuit de l'emploi. Ce service doit, selon l'article 2, être constitué par un système national de bureaux de l'emploi placé sous le contrôle d'une autorité nationale. L'article 6 dispose que l'organisation du service doit pouvoir assurer l'efficacité du recrutement et du placement des travailleurs.

2. L'article 10 prévoit que toutes mesures possibles doivent être prises par le service de l'emploi et, s'il y lieu, par d'autres autorités publiques, en collaboration avec les organisations d'employeurs et de travailleurs et avec d'autres organisations intéressées, pour encourager la pleine utilisation du service de l'emploi par les employeurs et les travailleurs sur une base volontaire. Enfin, l'article 11 impose aux autorités compétentes de prendre toutes mesures nécessaires pour assurer une coopération efficace entre le service public de l'emploi et les bureaux de placement privés à fin non lucrative.

3. La convention n° 96 adoptée le 1er juillet 1949 par la conférence générale lors de sa trente-deuxième session concerne les bureaux de placement payants (*Conventions et recommandations adoptées par les conférences internationales du travail, 1919-1966,* Bureau international du travail, Genève, 1966, p. 835). Son article 1er distingue entre les bureaux de placement payants à fin lucrative et ceux à fin non lucrative. Les bureaux à fin lucrative sont définis comme toute personne, société, institution, agence ou autre organisation qui sert d'intermédiaire pour procurer un emploi à un travailleur ou un travailleur à un employeur, à l'effet de tirer de l'un ou de l'autre un profit matériel direct ou indirect.

4. L'article 2 de la convention offre aux membres qui la ratifient le choix d'accepter soit les dispositions de la deuxième partie prévoyant la suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative et la réglementation des autres bureaux de placement, soit celles de la troisième partie prévoyant la réglementation des bureaux de placement payants, y compris les bureaux de placement à fin lucrative. La suppression graduelle de ces derniers bureaux, selon les modalités de la deuxième partie de la

* Langue de procédure: l'allemand.

convention, n'est toutefois pas absolue. L'article 5, paragraphe 1, précise, en effet, que des dérogations à la suppression seront accordées exceptionnellement par l'autorité compétente à l'égard des catégories de personnes, définies de façon précise par la législation nationale, au placement desquelles il ne saurait être convenablement pourvu dans le cadre du service public de l'emploi, mais seulement après consultation, par les moyens appropriés, des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées. Son paragraphe 2 énumère les conditions auxquelles une dérogation est soumise. Le bureau concerné sera soumis au contrôle de l'autorité compétente, devra posséder une licence spéciale, ne pourra prélever des taxes et frais figurant sur un tarif approuvé par l'autorité compétente et ne pourra soit placer, soit recruter des travailleurs à l'étranger que s'il y est autorisé par l'autorité compétente et dans les conditions fixées par la législation en vigueur.

5. L'article 8 prévoit que des sanctions pénales appropriées, comprenant le retrait, s'il y a lieu, de la licence ou de l'autorisation prévue par la convention, seront prescrites à l'égard soit de toute infraction à la deuxième partie de la convention, soit aux prescriptions de la législation leur faisant porter effet.

6. La convention n° 96 a été ratifiée par tous les États membres de la Communauté, à l'exception du Danemark et du Royaume-Uni.

b) *Droit national*

7. Le service de l'emploi est régi en Allemagne par l'Arbeitsförderungsgesetz (loi sur la promotion de l'emploi, ci-après « AFG »). L'article 1er précise l'objectif de l'AFG; les mesures prises conformément à l'AFG visent, dans le cadre de la politique économique et sociale du gouvernement fédéral, à réaliser et à maintenir un haut niveau d'emploi, à améliorer constamment la structure des emplois et à promouvoir ainsi la croissance de l'économie. L'article 3 confie la réalisation de cet objectif général, précisé à l'article 2, à la Bundesanstalt für Arbeit (Office fédéral pour l'emploi, ci-après « BA »). Le placement et la gestion des allocations de chômage font partie des tâches qui lui ont été imparties.

8. La notion de placement est définie à l'article 13 de l'AFG; le placement au sens de cette loi est une activité qui vise à mettre les demandeurs d'emploi en contact avec les employeurs en vue d'établir des relations de travail. Pour accomplir sa tâche de placement, la BA bénéficie, au titre de l'article 4, d'un droit exclusif. L'article 18 précise, à cet égard, que le recrutement et le placement pour l'emploi à l'étranger, ainsi que le recrutement à l'étranger et le placement pour un emploi en Allemagne, sont des activités réservées à la BA. D'autres institutions ou personnes peuvent, toutefois, entreprendre de telles activités transfrontalières après avoir obtenu une autorisation préalable de la BA. Celle-ci décide, à ce propos, en tenant compte des intérêts des travailleurs allemands et de l'économie allemande ainsi que de l'état du marché de l'emploi. Elle peut attacher à sa décision des conditions et obligations. Selon l'article 18, paragraphe 2, il ne peut cependant pas être porté atteinte aux dispositions du droit communautaire.

9. L'article 23 prévoit une autre dérogation possible au droit exclusif de placement. La BA peut, dans des cas exceptionnels et après consultation des associations de travailleurs

et d'employeurs concernées, charger d'autres institutions ou personnes du placement relatif à certaines professions. Leurs activités restent, cependant, soumises au contrôle de la BA.

10. La BA exerce, selon les articles 20 et 21, son droit exclusif de placement de façon impartiale et gratuite. Le sixième titre de l'AFG a trait aux moyens financiers qui permettent à la BA d'entreprendre ses activités de cette façon. L'article 167 permet ainsi à la BA de percevoir des contributions de la part des employeurs et des travailleurs.

11. Le huitième titre de l'AFG contient les dispositions en matière de sanction et d'amende. Son article 227 précise que celui qui entreprend, sans l'autorisation préalable prévue à l'article 18 ou sans en être chargé par la BA conformément à l'article 23, des activités de placement concernant un travailleur allemand à l'étranger ou un travailleur étranger en Allemagne est passible d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende. L'article 228 prévoit la possibilité d'une amende pour toute activité de placement contraire aux dispositions de l'AFG.

12. Malgré l'existence du droit exclusif de placement de la BA, il s'est développé en Allemagne une activité de placement spécifique en ce qui concerne des cadres et des dirigeants d'entreprises. Cette activité est exercée par des conseils en recrutement qui assistent les entreprises en matière de politique de personnel. La BA a réagi à ce développement de deux façons. Elle a, en premier lieu, publié en septembre 1957 une circulaire concernant les principes pour la délimitation entre les activités de conseils en recrutement et le placement proprement dit (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit*, 1957, p. 457). Dans cette circulaire, la BA déclare qu'elle tolérera dans le cadre d'un accord avec plusieurs associations professionnelles certaines activités des conseils en recrutement. Cette circulaire a été remplacée, le 6 novembre 1970, par un nouveau texte (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit*, 1970, p. 889).

13. La BA a décidé, en second lieu, d'ouvrir un bureau pour dirigeants (Büro für Führungskräfte der Wirtschaft), chargé du placement de personnes hautement qualifiées pour des postes de cadres dans les grandes entreprises.

14. Il convient de signaler, enfin, que l'étendue du monopole de placement de la BA a fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires en Allemagne. Le Bundesverfassungsgericht a ainsi décidé par arrêt du 4 avril 1967 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, BVerfGE 21, p. 245) que, compte tenu de l'intérêt général, ce monopole n'était pas incompatible avec le droit au libre choix d'une profession. Le monopole doit être considéré comme indispensable pour éviter les abus constatés dans le passé et pour remédier aux défaillances du placement privé à but lucratif. Il s'étend également, selon le Bundesverfassungsgericht, au secteur du placement de cadres et de dirigeants, même si ce secteur se distingue du placement en général. Une différenciation de l'étendue du monopole en fonction des différentes professions serait difficile à établir et porterait atteinte à l'efficacité des activités de la BA. Pour sa part, le Bundesgerichtshof considère que le monopole s'applique aux cadres et dirigeants (jugement du 23 octobre 1974 — IV ZR 7/73, *Betriebsberater* 2-20, janvier 1975, p. 96). Les activités de conseil en recrutement n'y échappent que si elles consistent principalement à donner des avis et si l'assistance à la recherche ne donne pas lieu à des hono-

raires particuliers. Les honoraires demandés pour les activités de placement de cadres, qui ne répondent pas à ces conditions, ne peuvent pas être sanctionnés juridiquement (jugement du 12 avril 1978 — IV ZR 157/75, *Betriebsberater* 28, octobre 1978, p. 1415). L'article 134 du code civil allemand stipule, en effet, que les contrats qui contreviennent à une interdiction légale sont nuls.

2. *Faits et procédure au principal*

15. Le litige au principal oppose les conseils en recrutement, MM. Höfner et Elser, ressortissants allemands résidant en Allemagne, à la société Macrotron, ayant son siège social à Munich. Les deux parties avaient conclu un contrat pour la recherche et la sélection de candidats à un poste de directeur du service de ventes de Macrotron. Au terme de leur mission, MM. Höfner et Elser ont présenté à celle-ci un candidat, à leur avis idoine, M. R. Dechert, ressortissant allemand. Macrotron a cependant décidé de ne pas embaucher M. Dechert et a refusé de payer les honoraires aux conseils en recrutement. Ceux-ci ont ensuite assigné Macrotron devant le Landgericht München I en demandant que la défenderesse leur paye les honoraires convenus. Le Landgericht a rejeté cette demande par jugement du 27 octobre 1987. Les demandeurs ont fait appel de ce jugement devant l'Oberlandesgericht München.

3. *Questions préjudicielles*

16. La chambre saisie de l'Oberlandesgericht a considéré dans son ordonnance du 31 janvier 1990 que le contrat conclu par les parties était un contrat de louage de services et que ce contrat était nul en vertu de l'article 134 du code civil allemand (Bundesgesetzbuch) en combinaison avec l'article 13 de l'AFG. La juridiction de renvoi se réfère, dans ce contexte, à la jurisprudence du Bundesgerichtshof selon laquelle l'obligation de payer des honoraires tombe dès lors que ceux-ci ont été convenus pour rémunérer un placement non autorisé aux termes de l'AFG. Elle estime qu'il s'agit en l'espèce d'un tel placement. Elle a également considéré que la demande ne pouvait pas être fondée sur l'article 812 du code civil, disposition concernant l'enrichissement sans cause, puisque les demandeurs n'avaient pas fourni les preuves nécessaires à cet égard.

17. De l'avis de la chambre, la demande doit donc être rejetée, pour autant qu'elle se fonde sur le droit national. Toutefois, il n'en irait pas nécessairement de même en ce qui concerne le droit communautaire. C'est dans ce contexte que l'Oberlandesgericht München a, par ordonnance du 31 janvier 1990, précitée, sursis à statuer et a saisi la Cour de justice des questions préjudicielles suivantes, en application de l'article 177 du traité CEE:

« 1) Le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises par des conseils en recrutement constitue-t-il un service au sens de l'article 60, premier alinéa, du traité CEE, et le placement de cadres et de dirigeants participe-t-il à l'exercice de l'autorité publique au sens des articles 66 et 55 du traité CEE?

2) L'interdiction totale du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises par les sociétés allemandes de conseil en recrutement, établie aux articles 4 et 13 de l'AFG, constitue-t-elle une réglementation professionnelle justifiée par l'intérêt général ou un monopole

justifié par des raisons d'ordre public et de sécurité publique (articles 66 et 56, paragraphe 1, du traité CEE)?

3) Une société allemande de conseil en recrutement peut-elle, pour le placement de ressortissants allemands auprès d'entreprises allemandes, invoquer les articles 7 et 59 du traité CEE?

4) Compte tenu de l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE, l'Office national pour l'emploi est-il lié par les dispositions du traité CEE, et en particulier par son article 59, pour le placement des cadres et des dirigeants d'entreprises, et le monopole du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises constitue-t-il une exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, au sens de l'article 86 du traité CEE? »

4. *Procédure devant la Cour*

18. L'ordonnance de renvoi a été enregistrée au greffe de la Cour le 14 février 1990.

19. Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, des observations écrites ont été déposées par la partie demanderesse au principal, représentée par le Dr Joachim Müller, avocat au barreau de Munich, et par le Pr Dr Volker Emmerich, professeur de droit à l'université de Bayreuth, par la partie défenderesse au principal, représentée par Me Holm Tipper, avocat au barreau de Munich, par le gouvernement allemand, représenté par le Dr Ernst Röder, Regierungsdirektor au ministère fédéral de l'Économie, en qualité d'agent, ainsi que par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Étienne Lasnet, conseiller juridique et par le Dr Bernhard Jansen, membre du service juridique, en qualité d'agents.

20. Par décision du 10 octobre 1990, prise en application de l'article 95, paragraphes 1 et 2, du règlement de procédure, la Cour a renvoyé l'affaire devant la sixième chambre. Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, elle a, en outre, décidé d'ouvrir la procédure orale sans procéder à des mesures d'instruction préalables.

II — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

1. *Sur la notion de service*

21. *Höfner et Elser* observent que la notion de service au sens de l'article 60 du traité CEE doit recevoir une interprétation large. Elle comprend toutes sortes d'activités entreprises de façon indépendante contre rémunération, sans que le but poursuivi par ces activités importe. Le fait que le service doit être fourni contre rémunération signifie simplement qu'il doit être payé. Le paiement ne doit pas nécessairement être effectué par le bénéficiaire du service, mais il peut aussi provenir d'un tiers. La nature, le montant et le moment du paiement sont sans importance. Il peut même s'agir d'un financement public moyennant des taxes ou des prélèvements.

22. Selon les demandeurs au principal, il ressort de l'arrêt de la Cour du 18 janvier 1979, Van Wesemael (110/78 et 111/78, Rec. p. 35), que le placement est un service au sens de l'article 60 du traité CEE. Cela

vaut en particulier pour le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises. Ce service se distingue du placement général de travailleurs par quelques caractéristiques. Contrairement au placement général, le placement de cadres ne dépend pas de l'initiative du demandeur d'emploi. C'est l'entreprise qui contacte de son propre chef un conseil en recrutement afin d'obtenir son assistance pour la recherche et la sélection de cadres. Le conseil s'occupe rarement du choix définitif du candidat, mais offre plutôt toutes les facilités nécessaires à cet égard. Il est donc exclu, toujours selon Höfner et Elser, que les activités de conseil en recrutement entraînent les mêmes risques d'exploitation abusive des travailleurs que ceux que présentent les bureaux privés de placement général.

23. De l'avis des demandeurs au principal, cette différence est d'ailleurs confirmée dans la pratique du marché de l'emploi en Allemagne et dans les autres États membres. Le fait que la BA ait ouvert un bureau spécialisé dans le placement de cadres est bien un indice qu'il s'agit d'un secteur spécifique. Dans ce secteur opèrent en Allemagne, selon les chiffres fournis par Höfner et Elser, 700 à 800 entreprises de conseil en recrutement embauchant approximativement 2 000 conseils qui atteignent un chiffre d'affaires de 750 millions à 1,2 milliard de DM. En raison de leurs particularités, les activités de ces conseils ne sont d'ailleurs même pas considérées comme un placement de personnel proprement dit.

24. Selon Höfner et Elser, la circonstance que le monopole légal de la BA s'étende en principe à ces activités ne les soustrait pas à l'emprise des règles communautaires en matière de libre prestation de services. Ces règles concernent également les services fournis sous couverture publique (voir, par exemple, l'arrêt du 30 avril 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409). Ces règles ne sauraient pas non plus être écartées par le fait que la BA offre ses services gratuitement, parce qu'une rémunération a bien lieu par le biais des contributions des employeurs et des travailleurs, conformément à l'article 167 de l'AFG. Höfner et Elser estiment que, s'il en était autrement, les États membres pourraient faire échapper certains services aux articles 59 et suivants du traité CEE en les faisant fournir par un monopole financé par des contributions obligatoires.

25. Le *gouvernement allemand* signale que la Cour a déjà affirmé dans son arrêt du 18 janvier 1979, Van Wesemael (110/78 et 111/78, Rec. p. 35), que le placement des artistes est un service au sens de l'article 60 du traité CEE. La catégorie de personnes visée par l'opération de placement importe peu à cet égard.

26. La *Commission* se réfère également à cette jurisprudence de la Cour. Le fait qu'il n'y ait pas seulement des entreprises de conseil en recrutement qui offrent les services de placement de cadres, mais aussi un organisme public, tel que la BA, qui les fournit gratuitement, ne change rien à cette appréciation. L'existence de ces entreprises démontre qu'il existe bien des transactions qui sont effectuées contre rémunération. Selon la Commission, il importe peu dans ce contexte que cette existence s'explique par l'attitude de la BA qui tolère cette atteinte à son monopole.

2. *Sur l'exercice de l'autorité publique*

27. Selon *Höfner et Elser,* il ressort de l'arrêt de la Cour du 21 juin 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631), que la notion de l'exercice de

l'autorité publique est une notion communautaire, à laquelle il convient de donner une interprétation stricte. Elle n'intervient que si l'activité concernée constitue une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Cette condition n'est pas remplie par la simple circonstance que l'activité concernée fait partie des tâches publiques et qu'elle est exercée par un organisme public, tel que la BA. Höfner et Elser considèrent, par ailleurs, qu'il n'est pas concevable de qualifier la sélection de cadres d'entreprises d'exercice de l'autorité publique.

28. *Macrotron* observe qu'un des objectifs essentiels de l'État social réside dans le plein emploi. Cela exige une politique active de la part de l'État, qui, en Allemagne, est mise en œuvre, entre autres, par l'AFG. Le droit exclusif de placement de la BA pour quelque catégorie de personnel que ce soit correspond ainsi directement et spécifiquement à la prise en charge des tâches incombant aux pouvoirs publics. Le placement de cadres relève donc de l'article 55 du traité CEE.

29. Le *gouvernement allemand* partage l'avis de la partie défenderesse au principal. Il estime que c'est en fonction du droit national que l'on doit déterminer s'il y a exercice de l'autorité publique ou non. Cette notion vise, selon lui, non seulement l'application de moyens de contrainte dans les sphères des libertés du citoyen, mais également toutes les formes de l'action administrative où le citoyen se trouve confronté à un organisme pourvu d'une parcelle de l'autorité de l'État. Un tel transfert d'autorité a bénéficié dans le cadre de l'AFG à la BA en raison de l'importance de sa mission. Celle-ci doit, en effet, veiller aux intérêts des salariés et de l'économie en général, en limitant au maximum les heurts provoqués par les phénomènes de rééquilibrage du marché de l'emploi et en fournissant une couverture sociale appropriée. Il s'agit, en l'occurrence, d'une tâche pour laquelle l'État fédéral assume une responsabilité particulière en vertu des conventions n^{os} 88 et 96, précitées, et qu'aux termes de l'article 3 de l'AFG la BA doit mettre en œuvre « dans le cadre de la politique économique et sociale du gouvernement fédéral allemand ». Aux fins de sa mission, la BA doit disposer d'un monopole de placement général qui lui permette d'avoir une vision globale du marché de l'emploi. Cette vision serait compromise si l'on différenciait les tâches de placement en fonction de la qualification des personnes concernées. Le gouvernement allemand remarque, par ailleurs, que les besoins de protection en matière de placement ne varient pas selon les différentes professions.

30. La *Commission* estime, en revanche, que l'exercice de l'autorité publique est une notion communautaire et que son contenu ne saurait dépendre du fait que les activités concernées sont réservées dans certains États membres à des organismes publics. Il est décisif de savoir si l'activité en cause représente l'exercice de la puissance publique par l'État. Cela n'est certainement pas le cas pour les activités de placement qui ont été mises sous l'égide publique pour protéger les travailleurs contre des abus. Le fait que le placement de cadres privés soit toléré confirme qu'il ne s'agit pas de l'exercice de la puissance publique.

3. *Sur la justification de l'interdiction*

31. *Höfner et Elser* observent que l'article 59 du traité CEE s'oppose non seulement à des réglementations discriminatoires, mais aussi aux réglementations, qui, sans discriminer les prestataires de services étrangers, entra-

vent la libre prestation de services. En l'espèce, il s'agit d'une réglementation indistinctement applicable aux ressortissants étrangers et allemands qui entrave cette liberté de plusieurs façons. Le monopole de la BA empêche les conseils en recrutement des autres États membres d'effectuer des services de placement en Allemagne et oblige les entreprises allemandes à passer par la BA.

32. De l'avis des demandeurs au principal, ce genre de restrictions peut, toutefois, être justifié, selon la jurisprudence de la Cour, par des considérations tenant à l'intérêt général, telles que la protection des travailleurs et la sauvegarde des bonnes relations sur le marché de l'emploi (arrêt du 18 janvier 1979, Van Wesemael, 110/78 et 111/78, Rec. p. 35, et arrêt du 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3305). Cette justification ne vaut que dans la mesure où la réglementation est proportionnelle par rapport à l'objectif légitime poursuivi. Selon Höfner et Elser, cette condition de proportionnalité n'est pas remplie si l'État membre où la prestation doit être fournie ne tient pas compte des règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi. Or, dans le cas d'espèce, l'interdiction allemande ne tient aucunement compte des réglementations étrangères en matière de placement. L'interdiction est catégorique, quoique l'AFG prévoie la possibilité d'autoriser cette activité.

33. Les demandeurs au principal font valoir que cette méconnaissance du principe de proportionnalité vaut, en particulier, pour les activités de conseil en recrutement qui ne sont considérées dans aucun État membre comme constituant un intérêt général. Ils observent que même la BA reconnaît dans ses circulaires de 1957 et 1970 que ces activités se distinguent du placement en général. Malgré cette reconnaissance, la BA tente de monopoliser ce secteur, sans être en mesure de satisfaire convenablement la demande.

34. *Macrotron* conteste le fait que la BA ne soit pas en mesure de satisfaire cette demande. Elle relève que la BA a atteint en 1988 une part du marché allemand de placement de cadres de 16 % pour l'accès à l'emploi et d'environ 30 % pour les candidats. Ces chiffres ne sont obtenus par aucune société privée de placement.

35. Macrotron considère, en outre, que la réglementation allemande instituant le monopole remplit toutes les conditions formulées par la Cour dans sa jurisprudence pour la justification d'une dérogation à la libre prestation de services (voir arrêts des 18 janvier 1979 et 17 décembre 1981, ainsi que l'arrêt du 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299). Le monopole de la BA constitue un choix politique effectué dans l'intérêt général. Il demeure indispensable pour atteindre des conditions favorables sur le marché du travail en Allemagne, qui se caractérise par un nombre important de chômeurs, et pour garantir la sécurité des travailleurs sur le plan social. De l'avis de Macrotron, l'interdiction de toute activité de placement en dehors du cadre du monopole s'applique, en outre, aussi bien à l'égard des ressortissants nationaux qu'à ceux des autres États membres. Il ne saurait, par ailleurs, être question d'un monopole excessif. Des dérogations sont tout à fait possibles, possibilité que les demandeurs au principal auraient pu envisager.

36. Le *gouvernement allemand* observe que les articles 66 et 56 du traité CEE ne sont pas pertinents en l'espèce. En effet, le monopole en matière de placement n'est pas

un « régime spécial pour les ressortissants étrangers ».

37. Le gouvernement allemand attire l'attention sur le développement historique qui a justifié l'institution de ce monopole. Dans le passé, les bureaux de placement privés privilégiaient, en vue d'obtenir un rapport coûts/bénéfices favorable, le placement de spécialistes hautement qualifiés et abusaient de leur position en exploitant la situation difficile des chômeurs ou en encourageant les travailleurs à rompre leur contrat pour pouvoir encaisser la commission d'intermédiaire. Le placement impartial et gratuit par la BA a mis fin à ces pratiques. Ce service doit être à la disposition de chaque salarié, indépendamment de leur qualification et de leur compétitivité. Afin de protéger les moins favorisés parmi eux, il convient, selon le gouvernement allemand, d'éviter une division du marché de l'emploi en un secteur privé s'occupant du placement des travailleurs spécialisés et qualifiés, d'une part, et un secteur public qui se chargerait du placement des personnes à faible capacité productive, d'autre part. Cela vaut, notamment, pour le marché allemand de l'emploi qui est actuellement caractérisé par un chômage considérable et un manque de main-d'œuvre dans certaines professions.

38. La *Commission* souligne à propos de la deuxième question du juge de renvoi que l'interdiction en cause n'est pas absolue. Cette interdiction n'est absolue que pour les activités qui ne font pas l'objet de la circulaire de 1970. Même s'ils respectent la circulaire, les conseils en recrutement ne peuvent pas faire valoir leurs droits contractuels, parce que l'article 134 du code civil allemand s'y oppose. La Commission estime que cette sanction civile constitue une restriction à la libre prestation de services.

39. La Commission voit trois possibilités pour justifier la restriction ainsi définie. La première a trait à un combat efficace contre le chômage. Les activités des conseils en recrutement ne semblent pas porter préjudice à cet objectif. Il s'agit d'un secteur relativement restreint et spécifique dont l'incidence sur le marché général est faible. Le fait que la BA, qui est en premier lieu responsable pour la lutte contre le chômage, tolère l'activité privée dans ce secteur confirme cette analyse. La restriction à cette activité est, dans ces circonstances, disproportionnée.

40. Selon la Commission, il en va de même de la deuxième possibilité qui concerne la prévention d'abus. Les cadres faisant l'objet des activités des conseils en recrutement ne se trouvent pas dans la situation de dépendance dans laquelle se trouve le chômeur classique. L'existence de la circulaire est également dans ce contexte un indice du caractère disproportionné de la restriction.

41. De l'avis de la Commission, une troisième justification pourrait éventuellement découler des obligations internationales contenues dans les conventions de l'Organisation internationale du travail. La Commission relève que l'article 5 de la convention n° 96 prévoit, toutefois, expressément la possibilité de déroger à l'interdiction des bureaux de placement privés à but lucratif, pour le placement de certaines catégories de personnes. Cette disposition a probablement inspiré la BA au moment de la publication des circulaires. Ces circulaires ne légalisent cependant pas pour autant la situation des conseils en recrutement. La Commission estime, par conséquent, que la République fédérale d'Allemagne a manqué à l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 59 du traité CEE, en n'accordant pas une dérogation spécifique pour les conseils en recru-

tement conformément à l'article 5 de la convention n° 96.

42. La Commission estime, par ailleurs, que la juridiction de renvoi devrait envisager de poser une nouvelle question préjudicielle au titre de l'article 177, s'il apparaissait au cours de la procédure au principal qu'il existe d'autres possibilités pour justifier la restriction à la libre prestation de services.

4. *Sur la possibilité d'invoquer les articles 7 et 59 du traité CEE*

43. *Höfner et Elser* observent, tout d'abord, que, selon une jurisprudence constante, il appartient au juge de renvoi, dans le cadre du partage de compétences entre la Cour de justice et les juridictions nationales dans le cadre de l'article 177 du traité CEE, de décider de la pertinence des questions préjudicielles. Ces questions visent en l'occurrence le problème de la discrimination à rebours.

44. A cet égard, Höfner et Elser estiment qu'il convient de constater, en premier lieu, que les activités des conseils en recrutement incluent en général suffisamment d'éléments transfrontaliers pour les faire entrer dans le champ d'application du droit communautaire. Il peut s'agir de plusieurs situations de fait; soit que le conseil étranger cherche en Allemagne ou l'inverse, soit que le donneur d'ordre étranger contacte un cadre allemand ou l'inverse. De l'avis des demandeurs au principal, le cas d'espèce représente également un tel lien communautaire. En effet, le contrat qu'ils ont conclu avec Macrotron incluait la possibilité de rechercher des candidats allemands ou étrangers résidant dans d'autres États membres.

45. Höfner et Elser soulignent ensuite que l'article 7 du traité CEE est une disposition fondamentale qui, selon son libellé, interdit toute discrimination en raison de la nationalité et qui bénéficie, dès lors, à tous les citoyens communautaires, indépendamment des situations de fait dans lesquelles ils se trouvent. Cette égalité des chances s'oppose à ce que l'on défavorise ses propres ressortissants par rapport aux étrangers. Höfner et Elser font observer que ces constatations sont en conformité avec la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, arrêt du 7 février 1979, Knoors, 115/78, Rec. p. 399). Dans les cas où la Cour a dit pour droit que l'article 7 n'excluait pas la présence de règles plus sévères que celles en vigueur à l'étranger, il s'agissait de règles nationales compatibles avec le droit communautaire (arrêt du 3 juillet 1979, Van Dam, 185/78 à 204/78, Rec. p. 2345, et arrêt du 14 juillet 1981, Oebel, 155/80, Rec. p. 1993). En l'espèce, on aurait, par contre, affaire à une règle incompatible et injustifiée.

46. Les demandeurs au principal observent, quant à l'article 59 du traité CEE, que cette disposition comporte une interdiction générale qui bénéficie également au ressortissant national qui fournit un service incluant des éléments transfrontaliers. Cela leur paraît confirmé par l'article 60 du traité CEE, paragraphe 3, qui octroie le traitement national aux étrangers. Si l'on interprétait ces dispositions comme permettant une discrimination des ressortissants nationaux, l'article 59 modifierait les conditions de concurrence au détriment de ceux-ci. De l'avis des demandeurs au principal, la Cour a, d'ailleurs, reconnu la possibilité pour un ressortissant national d'invoquer l'article 59 contre son propre État membre (arrêt du 7 février 1979, précité, et arrêt du 12 juillet 1984, Klopp, 107/83, Rec. p. 2971).

47. Höfner et Elser relèvent que, si cette possibilité n'était pas donnée au ressortissant national, les conséquences de la discrimination à rebours seraient contraires aux objectifs des articles 2, 3 et 8 A du traité CEE. Pour pouvoir exercer leurs activités librement, les conseils en recrutement allemands devraient s'établir dans d'autres États membres, sans que cela soit nécessairement justifié sur le plan économique. Höfner et Elser observent, en outre, que la libre prestation de services implique également le choix de ne pas faire usage de services transfrontaliers. Si l'article 59 ne pouvait pas être invoqué dans un cas comme celui de l'espèce, les entreprises allemandes seraient obligées de recourir à des conseils en recrutement étrangers.

48. *Macrotron* observe que l'applicabilité de l'article 59 du traité CEE dépend de la présence d'un élément transfrontalier dans la situation de fait concernée. A son avis, cet élément fait défaut dans le cas d'espèce. Le fait que les parties demanderesses au principal ont construit de façon théorique et abstraite un tel élément ne suffit pas pour faire jouer les articles 7 et 59. Elles ne se trouvent pas dans la même situation qu'un conseil en recrutement étranger qui est affecté par le monopole de la BA.

49. Le *gouvernement allemand* estime également que les faits du cas d'espèce n'ont de rapport avec aucun pays étranger. Il ne ressort pas clairement de l'ordonnance de renvoi de l'Oberlandesgericht München où la prestation de services litigieuse devait être fournie. A défaut d'indications plus précises, il y a lieu, selon le gouvernement allemand, de partir de l'hypothèse la plus normale, à savoir que le contrat ne s'appliquait qu'à l'intérieur du pays.

50. Selon la *Commission*, l'article 7 n'intervient que si le traité ne prévoit pas de dispositions spécifiques. Il convient, dès lors, de se référer, dans le cas d'espèce, à l'article 59. La Commission relève qu'il n'existe pas encore de jurisprudence sur l'application de cette disposition à des situations de fait purement internes d'un État membre. La jurisprudence concernant les autres dispositions du traité pourrait faire penser que l'article 59 ne s'applique pas en l'absence d'éléments de fait transfrontaliers (arrêt du 28 mars 1979, Saunders, 175/78, Rec. p. 1129, arrêt du 27 octobre 1982, Morson, 35/82 et 36/82, Rec. p. 3723, et arrêt du 8 décembre 1987, Gauchard, 20/87, Rec. p. 4879). La Commission fait observer que la Cour a, toutefois, donné une interprétation large du champ d'application matériel de l'article 59 dans son arrêt du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone (286/82 et 26/83, Rec. p. 377). La Commission considère, par conséquent, que l'article 59 pourrait être invoqué dans le cas d'espèce, dans la mesure où le contrat litigieux n'exclut pas expressément la possibilité de rechercher des candidats dans d'autres États membres. Il appartient cependant au juge de renvoi de statuer définitivement à ce propos.

5. *Sur les articles 59, 86 et 90 du traité CEE*

51. *Höfner et Elser* remarquent que la notion d'entreprise comprend, selon la jurisprudence de la Cour et de la Commission, toute entité exerçant des activités économiques. La BA doit être qualifiée comme une entreprise parce qu'elle exerce de telles activités. Son caractère public ne la fait pas échapper aux règles du traité (voir arrêt du 30 avril 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409, et arrêt du 20 mars 1985, Italie/Commission, 41/83, Rec. p. 873). De l'avis de Höfner et Elser, la BA est donc une entre-

prise publique au sens de l'article 90 du CEE, paragraphe 1, à laquelle l'AFG a conféré un droit exclusif. Ce genre d'entreprises est, sous réserve de l'article 90, paragraphe 2, soumis à toutes les dispositions du traité, y compris son article 59.

52. Höfner et Elser reconnaissent que la BA est une entreprise à laquelle le législateur a confié par un acte d'autorité publique, en l'espèce l'AFG, un service d'intérêt économique général, quels que soient les doutes que l'on pourrait éprouver à propos de l'extension de cette mission aux activités des conseils en recrutement. Cette circonstance ne satisfait toutefois pas, à elle seule, aux conditions d'application de l'article 90, paragraphe 2. Encore faut-il que l'accomplissement de cette mission soit empêché par l'application des règles du traité. Höfner et Elser estiment, à cet égard, qu'il ne suffit pas que la réalisation de la mission soit rendue plus difficile. L'exception de l'article 90, paragraphe 2, n'intervient que si la mission peut uniquement être accomplie par des infractions aux règles du traité. L'application de ces règles doit, en quelque sorte, rendre la mission impossible. Cette condition n'est pas remplie en l'espèce. Les activités des conseils en recrutement n'empêchent aucunement la BA d'accomplir les tâches qui lui ont été explicitement confiées par l'AFG. Au contraire, ces activités contribuent, grâce à leur efficacité, à l'accomplissement de ces tâches.

53. Selon Höfner et Elser, toutes les conditions d'application de l'article 86 sont remplies. La BA occupe, en raison de son monopole légal, une position dominante dans une partie substantielle de la Communauté, à savoir le territoire allemand. Le fait que la BA ne soit peut-être pas dominante sur le marché du conseil en recrutement importe peu. Il n'est, en premier lieu, pas certain que ce marché se distingue du marché du placement en général. En second lieu, l'article 86 s'applique également si l'entreprise concernée occupe une position dominante sur un autre marché que celui où elle commet l'abus. Höfner et Elser relèvent, enfin, que la BA dispose, de toute façon, à l'égard des conseils en recrutement privés, de certains moyens de contrainte qui lui permettent de les exclure du marché du conseil en recrutement.

54. Höfner et Elser soutiennent que la BA abuse de sa position dominante par l'extension de son monopole légal à des activités que des entreprises privées peuvent effectuer aussi bien ou d'une façon plus efficace. Cette extension ne leur paraît justifiée par aucun intérêt général. Höfner et Elser ajoutent que, en violation de l'article 86, paragraphe 2, sous d), la BA contraint les entreprises allemandes à faire usage de ses services. Ces abus affectent le commerce entre États membres, parce qu'ils empêchent les conseils allemands et étrangers de fournir leurs services aussi bien en Allemagne qu'à l'étranger.

55. Höfner et Elser concluent que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 90, paragraphe 1, en permettant de tels abus. En adoptant des mesures qui privent les règles de concurrence communautaires de leur effet utile, elle aurait également enfreint les articles 3, 5 et 86 (arrêt du 16 novembre 1977, GB-Inno/Atab, 13/77, Rec. p. 2115).

56. *Macrotron* observe que la réglementation en cause vise un intérêt public supérieur au sens de la jurisprudence de la Cour et qu'elle est, en conséquence, soustraite aux règles de concurrence.

57. Le *gouvernement allemand* estime également que le service de placement ne relève pas d'un domaine où s'applique la concurrence. La BA remplit une tâche exclusivement étatique dans l'intérêt général, sans poursuivre un objectif économique. La Cour a d'ailleurs affirmé qu'un monopole octroyé par l'État à une entreprise de droit privé peut être compatible avec les articles 86 et 90 (voir arrêt du 30 avril 1974, précité).

58. La *Commission* observe qu'il ne ressort pas encore de la jurisprudence de la Cour si l'exception prévue à l'article 90, paragraphe 2, vaut également pour l'article 59. La Commission explique cette absence par le fait que l'article 59 s'adresse aux États, tandis que les règles de concurrence visent les entreprises. Pour le cas d'espèce, il suffit à son avis de constater que les tâches imparties à la BA — la lutte contre le chômage et la sauvegarde de relations équilibrées sur le marché de l'emploi — ne sont aucunement affectées par la présence des conseils en recrutement privés. La meilleure preuve de cette constatation peut être trouvée dans la circulaire de 1970 précitée.

59. La Commission examine également le monopole légal sous l'angle des articles 86 et 90. Les dispositions législatives concernant ce monopole et la pratique de la BA ont pour effet combiné que la production est limitée au sens de l'article 86, paragraphe 2, sous b). La BA renonce en pratique à faire valoir son monopole, de sorte qu'elle ne satisfait pas convenablement la demande existante pour les activités des conseils en recrutement (voir arrêt du 5 octobre 1988, Volvo, 238/78, Rec. p. 6211). Le monopole légal reste, cependant, en vigueur. Il a pour conséquence que les conseils privés ne peuvent pas exercer leurs activités légalement, en raison de l'article 134 du code civil allemand, et que l'offre est limitée face à une demande réelle. La Commission estime que cet abus est de nature à affecter potentiellement le commerce entre États membres, car le placement de cadres concerne souvent des dirigeants d'autres États membres. La Commission annonce qu'elle entamera les procédures prévues par le traité pour examiner ces pratiques.

P. J. G. Kapteyn
Juge rapporteur