RETSMØDERAPPORT
i sag C-41/90 *

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1. *De relevante retsregler*

a) *International ret*

1. Under sit enogtredivte møde har den generelle konference i Den Internationale Arbejdsorganisation den 9. juli 1948 vedtaget konvention nr. 88 om arbejdsformidlingens organisation (*Conventions et recommandations adoptées par la conférence internationale du travail, 1919-1966,* Bureau international du travail, Genève, 1966, s. 756, Danmark Traktater 1974, s. 395). Ifølge denne konventions artikel 1 skal ethvert medlem, for hvilket konventionen gælder, opretholde eller sikre opretholdelsen af en gratis offentlig arbejdsformidlingsordning. Denne arbejdsformidling skal ifølge artikel 2 bestå af et nationalt system af arbejdsformidlingskontorer under en national myndigheds ledelse. Artikel 6 bestemmer, at arbejdsformidlingens organisation skal kunne sikre en effektiv hvervning og anvisning af arbejdstagere.

2. Artikel 10 bestemmer, at arbejdsformidlingen og i givet fald andre offentlige myndigheder i samarbejde med arbejdsgiver- og arbejderorganisationerne og med andre interesserede organer på enhver måde skal tilskynde arbejdsgivere og arbejdere til på frivilligt grundlag at benytte arbejdsformidlingen. Endelig pålægger artikel 11 myndighederne at træffe de nødvendige forholdsregler for at sikre et effektivt samarbejde mellem den offentlige arbejdsformidling og de private arbejdsformidlingskontorer, der ikke drives i erhvervsmæssigt øjemed.

3. Konvention nr. 96, som blev vedtaget den 1. juli 1949 af den almindelige konference under dens toogtredivte møde, vedrører betalingsarbejdsanvisningskontorer (*Conventions et recommandations adoptées par les conférences internationales du travail, 1919-1966,* Bureau international du travail, Genève, 1966, s. 835). I dens artikel 1 sondres der mellem erhvervsdrivende betalingsarbejdsformidlingskontorer og kontorer, der ikke er erhvervsdrivende. De erhvervsdrivende kontorer defineres som enhver person, selskab, institution, agentur eller anden organisation, som virker som mellemmand ved tilvejebringelse af beskæftigelse til en arbejdstager eller af en arbejdstager til en arbejdsgiver for herved at opnå en direkte eller indirekte materiel fortjeneste fra den ene eller den anden.

4. Konventionens artikel 2 giver de medlemmer, som ratificerer den, valget mellem at acceptere enten bestemmelserne i anden del, som bestemmer, at erhvervsdrivende betalingsarbejdsformidlingskontorer gradvis skal afskaffes, og som indeholder regler for andre arbejdsformidlingskontorer, eller bestemmelserne i tredje del, som indeholder regler for betalingsarbejdsformidlingskontorer, herunder de erhvervsdrivende arbejdsformidlingskontorer. Den gradvise afskaffelse af de sidstnævnte kontorer efter de nærmere bestemmelser i konventionens an-

* Processprog: tysk.

den del er dog ikke absolut. Artikel 5, stk. 1, bestemmer nemlig, at den kompetente myndighed undtagelsesvis kan dispensere fra afskaffelsen med hensyn til grupper af personer, som præcist er defineret i den nationale lovgivning, og hvis formidling ikke varetages hensigtsmæssigt gennem den offentlige arbejdsformidlingstjeneste, men kun efter høring ved passende midler af de berørte arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer. I stk. 2 opregnes de betingelser, på hvilke der gives dispensation. Det pågældende kontor stilles under myndighedernes kontrol, skal have en særlig bevilling, kan kun opkræve afgifter og omkostninger efter en tarif godkendt af myndighederne og kan kun enten formidle eller skaffe arbejdstagere i udlandet, såfremt det er autoriseret dertil af myndighederne og på de betingelser, som er fastsat i den gældende lovgivning.

5. Artikel 8 bestemmer, at der skal fastsættes passende strafsanktioner, herunder i givet fald inddragelse af den i konventionen omhandlede bevilling eller tilladelse, for enhver overtrædelse af konventionens anden del eller af bestemmelserne i lovgivningen til gennemførelse heraf.

6. Konvention nr. 96 er blevet ratificeret af alle Fællesskabets medlemsstater med undtagelse af Danmark og Det Forenede Kongerige.

b) *National ret*

7. Bestemmelserne om arbejsformidling findes i Tyskland i Arbeitsförderungsgesetz (lov om fremme af beskæftigelsen, herefter benævnt »AFG«). I artikel 1 præciseres formålet med AFG; de foranstaltninger, der træffes i henhold til AFG, har som led i forbundsregeringens økonomiske og sociale politik til formål at opnå og opretholde et højt beskæftigelsesniveau, stadig at forbedre beskæftigelsens struktur og således fremme økonomisk vækst. Ifølge artikel 3 er opnåelsen af dette generelle formål, som præciseres i artikel 2, overdraget til Bundesanstalt für Arbeit (Forbundskontoret for Beskæftigelse, herefter benævnt »BA«). Arbejdsformidling og forvaltning af arbejdsløshedsydelser er en del af de opgaver, som er overdraget dette kontor.

8. Begrebet arbejdsformidling er defineret i AFG § 13; arbejdsformidling i denne lovs forstand er en virksomhed, som har til formål at bringe beskæftigelsessøgende i kontakt med arbejdsgivere med henblik på at etablere ansættelsesforhold. For at udføre sin arbejdsformidlingsopgave har BA i henhold til artikel 4 en eneret. Artikel 18 bestemmer herom, at fremskaffelse af arbejdskraft og arbejdsformidling med henblik på beskæftigelse i udlandet samt tilvejebringelse af arbejdskraft i udlandet og arbejdsformidling med henblik på beskæftigelse i Tyskland er virksomhed, der er forbeholdt BA. Andre institutioner eller personer kan dog udføre sådan grænseoverskridende virksomhed efter at have opnået en forudgående tilladelse fra BA. Dette træffer herved afgørelse under hensyntagen til tyske arbejdstageres og den tyske økonomis interesser samt forholdene på arbejdsmarkedet. BA kan knytte betingelser og forpligtelser til sin afgørelse. Ifølge § 18, stk. 2, kan fællesskabsrettens bestemmelser dog ikke herved tilsidesættes.

9. § 23 indeholder en anden mulighed for dispensation fra eneretten til arbejdsformidling. BA kan i undtagelsestilfælde og efter høring af de berørte arbejdstager- og ar-

bejdsgiverorganisationer overdrage andre institutioner eller personer arbejdsformidling med hensyn til visse fag. Denne virksomhed er dog undergivet BA's kontrol.

10. BA skal ifølge §§ 20 og 21 udøve sin eneret til arbejdsformidling upartisk og gratis. AFG's sjette kapitel vedrører de økonomiske midler, som gør det muligt for BA at udføre sin virksomhed på denne måde. Ifølge § 167 kan BA således opkræve bidrag fra arbejdsgivere og arbejdstagere.

11. AFG's kapitel 8 indeholder bestemmelser om sanktioner og bøder. § 227 bestemmer, at den, der uden den i § 18 nævnte forudgående tilladelse eller uden at have fået overdraget dette af BA i henhold til § 23, udøver arbejdsformidlingsvirksomhed med hensyn til en tysk arbejdstager i udlandet eller en udenlandsk arbejdstager i Tyskland, straffes med fængsel eller bøde. § 228 bestemmer, at enhver form for arbejdsformidlingsvirksomhed, der er i strid med AFG's bestemmelser, kan straffes med bøde.

12. Trods BA's eneret til arbejdsformidling har der i Tyskland udviklet sig en særlig virksomhed med formidling af virksomhedsledere. Denne virksomhed udøves af ansættelseskonsulenter, som bistår virksomheder inden for personalepolitik. BA har reageret på denne udvikling på to måder. Den har for det første i september 1957 offentliggjort en rundskrivelse om principperne for afgrænsningen mellem ansættelseskonsulenters virksomhed og egentlig arbejdsformidling (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit,* 1957, s. 457). I denne rundskrivelse har BA udtalt, at man som led i en aftale med en række faglige organisationer vil tolerere visse former for virksomhed fra ansættelseskonsulenter. Denne rundskrivelse er den 6. november 1970 blevet erstattet af en ny (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit,* 1970, s. 889).

13. BA har for det andet besluttet at åbne et kontor for virksomhedsledere (Büro für Führungskräfte der Wirtschaft), som skal varetage formidling af højt kvalificerede personer til ledende stillinger i store virksomheder.

14. Det skal endelig anføres, at omfanget af BA's monopol på arbejdsformidling har været genstand for en række retsafgørelser i Tyskland. Bundesverfassungsgericht har således ved dom af 4. april 1967 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* BVerfGE 21, s. 245) statueret, at dette monopol i betragtning af almene hensyn ikke var uforeneligt med retten til frit erhvervsvalg. Monopolet må anses for nødvendigt for at undgå de tidligere konstaterede misbrug og for at afhjælpe manglerne ved den private, erhvervsmæssige arbejdsformidling. Det omfatter ifølge Bundesverfassungsgericht også sektoren for formidling af virksomhedsledere, selv om denne sektor er forskellig fra arbejdsformidling i almindelighed. Det er vanskeligt at differentiere monopolets omfang alt efter de forskellige fag, hvilket også ville skade effektiviteten af BA's virksomhed. Bundesgerichtshof antager, at monopolet gælder for virksomhedsledere (dom af 23.10.1974 — IV ZR 7/73, *Betriebsberater* 2-20, januar 1975, s. 96). Ansættelsesrådgivningsvirksomhed er kun undtaget herfra, såfremt den hovedsaglig består i at afgive udtalelser, og hvis bistanden ved søgningen ikke giver anledning til særlige honorarer.

De honorarer, der kræves for formidling af ledere, og som ikke opfylder disse betingelser, kan ikke inddrives ad rettens vej (dom af 12.4.1978 — IV ZR 157/75, *Betriebsberater* 28. oktober 1978, s. 1415). Bürgerliches Gesetzbuch § 134 bestemmer, at retshandler, som er i strid med et lovbestemt forbud, er ugyldige.

2. *De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen*

15. Parterne i hovedsagen er ansættelseskonsulenterne Höfner og Elser, som er tyske statsborgere bosat i Tyskland, og selskabet Macrotron, som har hjemsted i München. De to parter havde indgået en aftale om opsporing og udvælgelse af ansøgere til en stilling som direktør for Macrotron's salgstjeneste. Som resultat af deres virksomhed præsenterede Höfner og Elser selskabet for en efter deres opfattelse egnet ansøger, R. Dechert, som var tysk statsborger. Macrotron besluttede imidlertid ikke at ansætte Dechert og nægtede at betale honorarerne til ansættelseskonsulenterne. Disse indstævnede dernæst Macrotron for Landgericht München I med påstand om, at sagsøgte dømtes til at betale dem de aftalte honorarer. Landgericht frifandt sagsøgte ved dom af 27. oktober 1987. Sagsøgerne ankede denne dom til Oberlandesgericht München.

3. *Præjudicielle spørgsmål*

16. Den afdeling ved Oberlandesgericht, som sagen verserer for, fandt i sin kendelse af 31. januar 1990, at den aftale, der var indgået af parterne, var en aftale om værksleje, og at denne aftale var ugyldig i henhold til Bürgerliches Gesetzbuch § 134 sammenholdt med AFG § 13. Den forelæggende ret har i denne forbindelse henvist til Bundesgerichtshof's praksis, hvorefter forpligtelsen til at betale honorarer bortfalder, når disse er aftalt som vederlag for arbejdsformidling, som ikke er tilladt i henhold til AFG. Den finder, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en sådan formidling. Den finder ligeledes, at kravet ikke kunne støttes på Bürgerliches Gesetzbuch § 812, som handler om uberettiget berigelse, fordi sagsøgerne ikke havde fremlagt de nødvendige beviser herfor.

17. Efter afdelingens opfattelse må sagsøgte derfor frifindes, for så vidt kravet støttes på national ret. Det samme gælder dog ikke nødvendigvis ud fra fællesskabsretten. På denne baggrund har Oberlandesgericht München ved kendelse af 31. januar 1990 udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til EØF-Traktatens artikel 177:

»1) Er formidling af virksomhedsledere gennem ansættelseskonsulentfirmaer en tjenesteydelse som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 60, stk. 1, og er denne formidling af ledere forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 66, jf. artikel 55?

2) Er det fuldstændige forbud i §§ 4 og 13 i Arbeitsförderungsgesetz (den tyske lov om fremme af beskæftigelse) mod formidling af virksomhedsledere gennem tyske ansættelseskonsulentfirmaer en erhvervsreguleringsbestemmelse, der er berettiget af hensynet til almenvellet, eller et monopol, der er berettiget af hensynet til den offentlige orden og sikker-

hed (EØF-Traktatens artikel 66, jf. artikel 56, stk. 1)?

3) Kan et tysk ansættelseskonsulentfirma ved formidling af tyske statsborgere til tyske virksomheder påberåbe sig EØF-Traktatens artikel 7 og 59?

4) Er Bundesanstalt für Arbeit ved formidling af virksomhedsledere, når henses til EØF-Traktatens artikel 90, stk. 2, bundet af EØF-Traktatens bestemmelser, navnlig EØF-Traktatens artikel 59, og er en monopolisering af formidling af virksomhedsledere misbrug af en dominerende stilling på markedet i EØF-Traktatens artikel 86's forstand?«

4. *Retsforhandlingerne for Domstolen*

18. Forelæggelseskendelsen blev registreret på Domstolens Justitskontor den 14. februar 1990.

19. I medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der afgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen ved advokat, dr. Joachim Müller, München, og ved dr. Volker Emmerich, professor i jura ved Universitetet i Bayreuth, af sagsøgte i hovedsagen ved advokat Holm Tipper, München, af den tyske regering ved Regierungsdirektor, dr. Ernst Röder, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtiget, samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Étienne Lasnet og ved dr. Bernhard Jansen, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede.

20. Ved beslutning af 10. oktober 1990 har Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 95, stk. 1 og 2, henvist sagen til Sjette Afdeling. På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har den desuden besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

II — Sammenfatning af de skriftlige indlæg, der er indgivet for Domstolen

1. *Begrebet tjenesteydelse*

21. *Höfner og Elser* har anført, at begrebet tjenesteydelse som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 60 må fortolkes bredt. Det omfatter alle former for virksomhed, der udføres uafhængigt og mod vederlag, uden at det med denne virksomhed forfulgte formål har nogen betydning. At tjenesteydelsen skal udføres mod vederlag betyder blot, at den skal betales. Betalingen skal ikke nødvendigvis foretages af modtageren af tjenesteydelsen, men kan også hidrøre fra en tredjemand. Betalingens art, beløb og tidspunkt er uden betydning. Der kan endog være tale om en offentlig finansiering gennem skatter eller afgifter.

22. Ifølge sagsøgerne i hovedsagen fremgår det af Domstolens dom af 18. januar 1979 (forenede sager 110/78 og 111/78, Van Wesemael, Sml. s. 35), at arbejdsformidling er en tjenesteydelse som omhandlet i EØF-

Traktatens artikel 60. Dette gælder navnlig for formidling af virksomhedsledere. Denne tjenesteydelse adskiller sig fra almindelig formidling af arbejdstagere ved en række karakteristika. I modsætning til arbejdsformidling i almindelighed er formidling af ledere ikke afhængig af den beskæftigelsessøgendes initiativ. Det er virksomheden, som selv henvender sig til en ansættelseskonsulent for at opnå dennes bistand ved opsporing og udvælgelse af ledere. Konsulenten beskæftiger sig sjældent med det endelige valg af ansøger, men tilbyder snarere alle de faciliteter, der er nødvendige herfor. Det er derfor, stadig ifølge Höfner og Elser, udelukket, at ansættelseskonsulentvirksomhed medfører de samme risici for uberettiget udnyttelse af arbejdstagerne som de private bureauer for almindelig arbejdsformidling.

23. Efter sagsøgerne i hovedsagens opfattelse bekræftes denne forskel i øvrigt i praksis på markedet for arbejdsformidling i Tyskland og i de øvrige medlemsstater. Den omstændighed, at BA har åbnet et særligt kontor for formidling af ledere, er et indicium for, at der er tale om en særlig sektor. I denne sektor opererer der i Tyskland ifølge tal fremlagt af Höfner og Elser 700-800 virksomheder for ansættelsesrådgivning, som beskæftiger ca. 2 000 konsulenter, og som har en omsætning på 750 mio. — 1,2 mia. DM. På grund af dens særlige karakteristika anses disse konsulenters virksomhed i øvrigt endog ikke for egentlig formidling af personale.

24. Ifølge sagsøgerne bevirker den omstændighed, at BA's lovbestemte monopol i princippet omfatter denne virksomhed, ikke, at den er undtaget fra anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser. Disse bestemmelser vedrører også tjenesteydelser, som udføres i offentligt regi (jf. f.eks. dom af 30.4.1974, Sacchi, sag 155/73, Sml. s. 409). Disse bestemmelser kan heller ikke blive uanvendelige, fordi BA tilbyder sine tjenesteydelser gratis, fordi der faktisk betales et vederlag gennem bidrag fra arbejdsgivere og arbejdstagere i henhold til AFG artikel 167. Sagsøgerne mener, at medlemsstaterne ellers kunne opnå, at nogle tjenesteydelser faldt uden for EØF-Traktatens artikel 59 ff., ved at lade et monopol finansieret af obligatoriske bidrag udføre dem.

25. *Den tyske regering* har anført, at Domstolen allerede i dommen af 18. januar 1979 (forenede sager 110/78 og 111/78, Van Wesemael, Sml. s. 35), har fastslået, at formidling af kunstnere er en tjenesteydelse som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 60. Den kategori af personer, der er genstand for formidlingen, har herved ingen betydning.

26. *Kommissionen* har ligeledes henvist til Domstolens praksis. Den omstændighed, at der ikke alene findes ansættelseskonsulentvirksomheder, som tilbyder tjenesteydelser i form af formidling af ledere, men også et offentligt organ som BA, som udfører dem gratis, ændrer intet i denne vurdering. Disse virksomheders eksistens viser, at der faktisk forekommer transaktioner, som udføres mod vederlag. Ifølge Kommissionen har det i denne sammenhæng ingen betydning, at denne eksistens skyldes BA's holdning, idet BA tolererer dette indgreb i dens monopol.

2. *Udøvelse af offentlig myndighed*

27. Ifølge *Höfner og Elser* fremgår det af Domstolens dom af 21. juni 1974 (sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631), at begrebet udøvelse

af offentlig myndighed er et fællesskabsbegreb, som skal fortolkes indskrænkende. Det kan kun anvendes, såfremt den pågældende virksomhed er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Denne betingelse er ikke opfyldt, blot fordi den pågældende virksomhed er en del af de offentlige opgaver og udøves af et offentligt organ som BA. Höfner og Elser mener i øvrigt, at det er utænkeligt, at udvælgelse af virksomhedsledere skulle kunne betegnes som udøvelse af offentlig myndighed.

28. *Macrotron* har anført, at et af velfærdsstatens væsentlige formål er fuld beskæftigelse. Dette kræver en aktiv politik fra statens side, som i Tyskland bl.a. gennemføres ved AFG. BA's eneret til arbejdsformidling for enhver personalegruppe er således direkte og særligt forbundet med varetagelsen af opgaver, som påhviler de offentlige myndigheder. Formidling af ledere er derfor omfattet af EØF-Traktatens artikel 55.

29. *Den tyske regering* deler sagsøgte i hovedsagens opfattelse. Den mener, at det må fastslås på grundlag af national ret, om der er tale om udøvelse af offentlig myndighed. Dette begreb omfatter efter dets opfattelse ikke blot anvendelse af tvangsmidler på området for borgernes frihedsrettigheder, men også alle former for administrativ indgriben, hvor borgeren har at gøre med et organ, som har en del af statens myndighed. BA har således fået overført myndighed i henhold til AFG på grund af dens opgaves betydning. Den skal nemlig overvåge lønmodtagernes interesser og almene økonomiske interesser ved i videst muligt omfang at begrænse ulemperne ved følgevirkningerne af genindførelsen af ligevægt på arbejdsmarkedet og ved at tilvejebringe en passende social dækning. Der er her tale om en opgave, som forbundsstaten påtager sig et særligt ansvar for i henhold til de nævnte konventioner nr. 88 og 96, og som BA ifølge AFG § 3 skal udføre »som led i den tyske forbundsregerings økonomiske og sociale politik«. Med henblik på denne opgave må BA have et monopol på generel arbejdsformidling, som gør det muligt for den at have et samlet overblik over arbejdsmarkedet. Dette overblik ville blive bragt i fare, hvis man sondrede mellem formidlingsopgaverne alt efter, hvilken gruppe de pågældende personer tilhører. Den tyske regering har i øvrigt anført, at behovene for beskyttelse i forbindelse med arbejdsformidling ikke er forskellige for de forskellige fag.

30. *Kommissionen* mener derimod, at udøvelsen af offentlig myndighed er et fællesskabsbegreb, og at dets indhold ikke kan afhænge af, at den pågældende virksomhed i nogle medlemsstater er forbeholdt offentlige organer. Det afgørende er, om den pågældende virksomhed repræsenterer statens udøvelse af offentlig magt. Dette er givet ikke tilfældet med hensyn til arbejdsformidling, som er henlagt i offentligt regi for at beskytte arbejdstagerne mod misbrug. Den omstændighed, at formidling af private ledere tolereres, bekræfter, at der ikke er tale om udøvelse af offentlig myndighed.

3. *Forbuddets berettigelse*

31. *Höfner og Elser* har anført, at EØF-Traktatens artikel 59 ikke blot er til hinder for bestemmelser, der er udtryk for forskelsbehandling, men også for bestemmelser, som uden at diskriminere udlændinge, som

udfører tjenesteydelser, hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser. I det foreliggende tilfælde er der tale om bestemmelser, som gælder uden forskel for udenlandske og tyske statsborgere, og som hindrer denne frihed på flere måder. BA's monopol forhindrer ansættelseskonsulenter fra andre medlemsstater i at udføre tjenesteydelser i form af arbejdsformidling i Tyskland og forpligter de tyske virksomheder til at henvende sig til BA.

32. Efter sagsøgernes opfattelse kan restriktioner af denne art imidlertid ifølge Domstolens praksis være berettiget af almene hensyn, herunder beskyttelse af arbejdstagere og sikring af gode forhold på arbejdsmarkedet (dom af 18.1.1979, forende sager 110/78 og 111/78, Van Wesemael, Sml. s. 35, og dom af 17.12.1981, sag 279/80, Webb, Sml. s. 3305). Dette gælder dog kun, såfremt bestemmelserne står i rimeligt forhold til det forfulgte lovlige formål. Ifølge Höfner og Elser er denne proportionalitetsbetingelse ikke opfyldt, hvis den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen skal udføres, ikke tager hensyn til de regler, som tjenesteyderen er omfattet af i den medlemsstat, hvor han er etableret. I det foreliggende tilfælde tages der med det tyske forbud på ingen måde hensyn til de udenlandske bestemmelser om arbejdsformidling. Forbuddet er absolut, om end AFG giver mulighed for at tillade denne virksomhed.

33. Sagsøgerne har gjort gældende, at denne tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet navnlig gælder for virksomhed som ansættelseskonsulent, som ikke i nogen medlemsstat anses for at være et alment hensyn. De har anført, at BA i sine cirkulærer af 1957 og 1970 selv anerkender, at denne virksomhed er forskellig fra arbejdsformidling i almindelighed. Trods denne anerkendelse forsøger BA at monopolisere denne sektor uden i tilstrækkelig grad at kunne dække efterspørgslen.

34. *Macrotron* har bestridt, at BA ikke kan dække denne efterspørgsel. Den har anført, at BA i 1988 har opnået en andel af det tyske marked for formidling af ledere på 16% for adgang til beskæftigelse og på ca. 30% for ansøgerne. Disse tal er ikke opnået af noget privat formidlingsselskab.

35. Macrotron mener i øvrigt, at de tyske bestemmelser om indførelse af monopolet opfylder alle de betingelser, som Domstolen har formuleret i sin praksis, for at en fravigelse af den frie udveksling af tjenesteydelser kan være berettiget (jf. dom af 18.1.1979 og dom af 17.12.1981 samt dom af 3.12.1974, sag 33/74, Van Binsbergen, Sml. s. 1299). BA's monopol er et politisk valg, som er foretaget af almene hensyn. Monopolet er fortsat nødvendigt for at opnå gunstige betingelser på arbejdsmarkedet i Tyskland, som er karakteriseret ved et stort antal arbejdsløse, og for at garantere arbejdstagernes sociale sikring. Efter Macrotron's opfattelse gælder forbuddet mod enhver formidlingsvirksomhed uden for monopolets rammer i øvrigt lige så vel for egne statsborgere som for andre medlemsstaters statsborgere. Der kan i øvrigt ikke være tale om et strengt monopol, idet der består mulighed for at dispensere, en mulighed, som sagsøgerne i hovedsagen har kunnet tage i betragtning.

36. *Den tyske regering* har anført, at EØF-Traktatens artikler 66 og 56 ikke er relevante i dette tilfælde. Monopolet på arbejds-

formidling er nemlig ikke »særlige regler for fremmede statsborgere«.

37. Den tyske regering har henledt opmærksomheden på den historiske udvikling, som berettigede indførelsen af dette monopol. Tidligere gav de private arbejdsformidlingsbureauer for at opnå højere fortjeneste, formidling af højt kvalificerede specialister fortrin og misbrugte deres stilling ved at udnytte arbejdsløses vanskelige situation eller ved at tilskynde arbejdstagerne til at bryde deres kontrakt for at kunne indkassere kommissionen som mellemmand. BA's upartiske og gratis formidling har sat en stopper for denne praksis. Denne tjeneste skal stå til rådighed for alle lønmodtagere, uanset deres kvalifikationer og deres konkurrenceevne. For at beskytte de mindst begunstigede blandt dem må det ifølge den tyske regering undgås, at arbejdsmarkedet opdeles i på den ene side en privat sektor, der beskæftiger sig med formidling af specialiserede og kvalificerede arbejdstagere, og på den anden side en offentlig sektor, som påtager sig formidling af arbejdstagere med ringe produktive evner. Dette gælder navnlig for det tyske arbejdsmarked, som i øjeblikket er præget af en betydelig arbejdsløshed og mangel på arbejdskraft i visse fag.

38. *Kommissionen* har med hensyn til den forelæggende rets andet spørgsmål anført, at det pågældende forbud ikke er absolut. Dette forbud er kun absolut for virksomhed, der ikke er omfattet af cirkulæret af 1970. Selv hvis de overholder cirkulæret, kan ansættelseskonsulenterne ikke gøre deres kontraktlige rettigheder gældende, fordi § 134 i Bürgerliches Gesetzbuch er til hinder herfor. Kommissionen mener, at denne civile sanktion er en restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser.

39. Efter Kommissionens opfattelse er der tre muligheder for at berettige den således definerede restriktion. Den første vedrører effektiv bekæmpelse af arbejdsløsheden. Ansættelseskonsulenters virksomhed er tilsyneladende ikke til skade for dette formål. Der er tale om en forholdsvis begrænset og specifik sektor, hvis betydning på det generelle marked er ringe. Den omstændighed, at BA, som i første række er ansvarlig for bekæmpelsen af arbejdsløsheden, tolererer privat virksomhed i denne sektor, bekræfter denne opfattelse. Restriktionen af denne virksomhed er under disse omstændigheder uforholdsmæssig.

40. Ifølge Kommissionen gælder det samme for den anden mulighed, som vedrører forhindring af misbrug. De ledere, som er genstand for ansættelseskonsulenters virksomhed, befinder sig ikke i det afhængighedsforhold, som den klassiske arbejdsløse befinder sig i. Rundskrivelsens eksistens er i denne sammenhæng ligeledes et indicium for, at restriktionen er uforholdsmæssig.

41. Efter Kommissionens opfattelse kunne en tredje berettigelse eventuelt følge af de internationale forpligtelser i henhold til den internationale arbejdsorganisations konventioner. Kommissionen har anført, at artikel 5 i konvention nr. 96 imidlertid udtrykkeligt giver mulighed for at dispensere fra forbuddet mod private erhvervsdrivende arbejdsformidlingsbureauer med hensyn til formidling af visse grupper personer. BA har sandsynligvis ladet sig lede af denne bestemmelse ved offentliggørelsen af rundskrivelserne. Disse rundskrivelser gør imidlertid ikke ansættelseskonsulenters forhold lovlige. Kommissionen mener følgelig, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat den forpligtelse, som påhviler den i henhold til EØF-Traktatens artikel 59, ved ikke at give en særlig dispensation for ansættelseskonsu-

lenter i henhold til artikel 5 i konvention nr. 96.

42. Kommissionen mener i øvrigt, at den forelæggende ret bør overveje at stille et nyt præjudicielt spørgsmål i medfør af artikel 177, hvis det under behandlingen af hovedsagen viser sig, at der består andre muligheder, der kan begrunde restriktionen af den frie udveksling af tjenesteydelser.

4. *Muligheden for at påberåbe sig EØF-Traktatens artikel 7 og 59*

43. *Höfner og Elser* har først anført, at ifølge fast retspraksis tilkommer det som led i kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale retter i henhold til EØF-Traktatens artikel 177 den forelæggende ret at tage stilling til, om de præjudicielle spørgsmål er relevante. Disse spørgsmål drejer sig her om problemet omvendt forskelsbehandling.

44. Höfner og Elser mener i den forbindelse, at det for det første må fastslås, at ansættelseskonsulenters virksomhed i almindelighed omfatter tilstrækkeligt mange grænseoverskridende elementer til, at de falder ind under fællesskabsrettens anvendelsesområde. Der kan være tale om flere faktiske situationer; enten at en udenlandsk konsulent søger i Tyskland eller vice versa, eller at den udenlandske ordregiver henvender sig til en tysk leder eller vice versa. Efter sagsøgerne i hovedsagens opfattelse har det foreliggende tilfælde også en sådan fællesskabstilknytning. Den aftale, som er indgået med Macrotron, gav nemlig mulighed for at søge tyske eller udenlandske ansøgere, som var bosat i andre medlemsstater.

45. Höfner og Elser har dernæst fremhævet, at EØF-Traktatens artikel 7 er en grundlæggende bestemmelse, som ifølge sin ordlyd forbyder al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, og som derfor finder anvendelse på alle fællesskabsstatsborgere uafhængigt af de faktiske situationer, som disse befinder sig i. Disse lige muligheder er til hinder for, at man stiller sine egne statsborgere ringere end udlændinge. Höfner og Elser har anført, at dette også er i overensstemmelse med Domstolens praksis (jf. f.eks. dom af 7.2.1979, sag 115/78, Knoors, Sml. s. 399). I de tilfælde, hvor Domstolen har kendt for ret, at artikel 7 ikke udelukkede strengere bestemmelser end dem, der var gældende i udlandet, drejede det sig om nationale bestemmelser, som var forenelige med fællesskabsretten (dom af 3.7.1979, sag 185/78-204/78, Van Dam, Sml. s. 2345, og dom af 14.7.1981, sag 155/80, Oebel, Sml. s. 1993). I det foreliggende tilfælde er der derimod tale om en bestemmelse, der er uforenelig med fællesskabsretten og uberettiget.

46. Sagsøgerne har med hensyn til EØF-Traktatens artikel 59 anført, at denne bestemmelse indeholder et generelt forbud, som også kan påberåbes af den indenlandske statsborger, som udfører en tjenesteydelse, der omfatter grænseoverskridende elementer. Dette bekræftes efter deres opfattelse af EØF-Traktatens artikel 60, stk. 3, hvorefter udlændinge skal behandles på samme måde som egne statsborgere. Såfremt disse bestemmelser blev fortolket således, at forskelsbehandling af egne statsborgere var tilladt, ville artikel 59 ændre konkurrencebetingelserne til skade for disse. Efter sagsøgerne i hovedsagens opfattelse har Domstolen desuden anerkendt, at en indenlandsk statsborger kan påberåbe sig artikel 59 mod sin egen medlemsstat (den nævnte dom af 7.2.1979 og dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971).

47. Höfner og Elser har anført, at hvis denne mulighed ikke blev givet til indenlandske statsborgere, ville følgerne af den omvendte forskelsbehandling være i strid med formålene med EØF-Traktatens artikel 2, 3 og 8 A. For frit at kunne udøve deres virksomhed må tyske ansættelseskonsulenter etablere sig i andre medlemsstater, uden at dette nødvendigvis er økonomisk berettiget. Höfner og Elser har desuden anført, at den frie udveksling af tjenesteydelser også omfatter det valg ikke at gøre brug af grænseoverskridende tjenesteydelser. Hvis artikel 59 ikke kunne påberåbes i et tilfælde som det foreliggende, ville de tyske virksomheder være nødsaget til at benytte udenlandske ansættelseskonsulenter.

48. *Macrotron* har anført, at afgørende for, om EØF-Traktatens artikel 59 kan anvendes, er, om den pågældende faktiske situation indeholder et grænseoverskridende element. Efter Macrotron's opfattelse mangler dette element i denne sag. Den omstændighed, at sagsøgerne i hovedsagen på teoretisk og abstrakt måde har konstrueret et sådant element, er ikke tilstrækkeligt til at bringe artikel 7 og 59 i anvendelse. Sagsøgerne befinder sig ikke i samme situation som en udenlandsk ansættelseskonsulent, som rammes af BA's monopol.

49. *Den tyske regering* er ligeledes af den opfattelse, at de faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde ikke har forbindelse med noget fremmed land. Det fremgår ikke klart af Oberlandesgericht München's forelæggelseskendelse, hvor den omtvistede tjenesteydelse skulle udføres. I mangel af mere præcise oplysninger må man ifølge den tyske regering gå ud fra det mest normale tilfælde, nemlig at kontrakten kun gjaldt i indlandet.

50. Ifølge *Kommissionen* finder artikel 7 kun anvendelse, såfremt Traktaten ikke indeholder særlige bestemmelser. Den relevante artikel i denne sag er derfor artikel 59. Kommissionen har anført, at der endnu ikke findes retspraksis om anvendelsen af denne bestemmelse på faktiske forhold, der er rent interne i en medlemsstat. Retspraksis om Traktatens øvrige bestemmelser kan lade formode, at artikel 59 ikke finder anvendelse, når der ikke foreligger grænseoverskridende faktiske omstændigheder (dom af 28.3.1979, sag 175/78, Saunders, Sml. s. 1129, dom af 27.10.1982, sag 35/82 og sag 36/82, Morson, Sml. s. 3723, og dom af 8.12.1987, sag 20/87, Gauchard, Sml. s. 4879). Kommissionen har anført, at Domstolen dog har givet det materielle anvendelsesområde for artikel 59 en vid fortolkning i dommen af 31. januar 1984 (forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377). Kommissionen mener derfor, at artikel 59 kan påberåbes i denne sag, idet den omtvistede aftale ikke udtrykkeligt udelukker muligheden for at søge ansøgere i andre medlemsstater. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at træffe endelig afgørelse herom.

5. *EØF-Traktatens artikel 59, 86 og 90*

51. *Höfner og Elser* har anført, at begrebet virksomhed ifølge Domstolens praksis og Kommissionen omfatter enhver enhed, der udøver økonomisk virksomhed. BA må betegnes som en virksomhed, fordi den udøver sådan virksomhed. Dens offentlige karakter kan ikke medføre, at den ikke er omfattet af Traktatens bestemmelser (jf. dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, og dom af 20.3.1985, sag 41/83, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 873). Efter Höfner's og Elser's opfattelse er BA altså en

offentlig virksomhed som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 90, stk. 1, som i henhold til AFG har fået overdraget en eneret. Denne art virksomheder er med forbehold af artikel 90, stk. 2, omfattet af alle Traktatens bestemmelser, herunder dens artikel 59.

52. Höfner og Elser har erkendt, at BA er en virksomhed, som lovgiver ved en offentlig retsakt, her AFG, har overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, uanset hvilken tvivl man kan nære med hensyn til, om denne opgave også omfatter ansættelseskonsulenters virksomhed. Denne omstændighed er dog ikke i sig selv tilstrækkelig til, at betingelserne for anvendelse af artikel 90, stk. 2, er opfyldt. Det kræves yderligere, at opfyldelsen af denne opgave hindres af anvendelsen af Traktatens bestemmelser. Höfner og Elser mener i denne forbindelse, at det ikke er tilstrækkeligt, at udførelsen af opgaven gøres vanskeligere. Undtagelsen i artikel 90, stk. 2, gælder kun, såfremt opgaven udelukkende kan udføres ved at tilsidesætte Traktatens bestemmelser. Anvendelsen af disse bestemmelser skal så at sige gøre opgaven umulig. Denne betingelse er ikke opfyldt her. Ansættelseskonsulenters virksomhed forhindrer på ingen måde BA i at opfylde de opgaver, som udelukkende er overdraget det ved AFG. Tværtimod bidrager denne virksomhed på grund af sin effektivitet til opfyldelsen af disse opgaver.

53. Ifølge Höfner og Elser er alle betingelser for at anvende artikel 86 opfyldt. BA indtager på grund af sit lovbestemte monopol en dominerende stilling i en væsentlig del af Fællesskabet, nemlig det tyske område. Den omstændighed, at BA måske ikke er dominerende på markedet for ansættelseskonsulenter, har ringe betydning. Det er for det første ikke sikkert, at dette marked adskiller sig fra markedet for arbejdsformidling i almindelighed. For det andet gælder artikel 86 også, såfremt den pågældende virksomhed indtager en dominerende stilling på et andet marked end det, hvor den begår misbruget. Höfner og Elser har endelig anført, at BA i hvert fald over for private ansættelseskonsulenter råder over visse tvangsmidler, hvorved disse kan udelukkes fra markedet for ansættelseskonsulenter.

54. Höfner og Elser har anført, at BA har misbrugt sin dominerende stilling ved at have udvidet sit lovbestemte monopol til den virksomhed, som private virksomheder kan udføre lige så godt eller mere effektivt. Denne udvidelse kan efter deres opfattelse ikke begrundes af almene hensyn. Höfner og Elser har tilføjet, at BA i strid med artikel 86, stk. 2, litra d), tvinger de tyske virksomheder til at gøre brug af dets tjenesteydelser. Dette misbrug påvirker samhandelen mellem medlemsstater, fordi det forhindrer de tyske og udenlandske konsulenter i at udføre deres tjenesteydelser såvel i Tyskland som i udlandet.

55. Höfner og Elser har konkluderet, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, som påhviler den i henhold til artikel 90, stk. 1, ved at tillade et sådant misbrug. Ved at træffe foranstaltninger, som berøver de fælles konkurrenceregler deres tilsigtede virkning, har de ligeledes tilsidesat artikel 3, 5 og 86 (dom af 16.11.1977, sag 13/77, GB-Inno mod Atab, Sml. s. 2115).

56. *Macrotron* har anført, at de pågældende bestemmelser angår en højere offentlig interesse som omhandlet i Domstolens praksis, og at de følgelig ikke omfattes af konkurrencereglerne.

57. *Den tyske regering* mener ligeledes, at tjenesteydelser i form af arbejdsformidling ikke henhører under et område, som er omfattet af konkurrencereglerne. BA udfører en opgave, der udelukkende er statslig, i almenhedens interesse og uden at forfølge et økonomisk formål. Domstolen har i øvrigt fastslået, at et monopol, som en stat giver en privatretlig virksomhed, kan være foreneligt med artiklerne 86 og 90 (jf. den nævnte dom af 30.4.1974).

58. *Kommissionen* har anført, at det endnu ikke fremgår af Domstolens praksis, om undtagelsen i artikel 90, stk. 2, også gælder for artikel 59. Kommissionen har forklaret denne mangel med, at artikel 59 er rettet til medlemsstaterne, mens konkurrencereglerne tager sigte på virksomhederne. Med hensyn til det foreliggende tilfælde er det efter Kommissionens opfattelse tilstrækkeligt at konstatere, at de opgaver, der er overdraget BA — bekæmpelse af arbejdsløshed og sikring af afbalancerede forhold på arbejdsmarkedet — på ingen måde påvirkes af private ansættelseskonsulenters tilstedeværelse. Det bedste bevis på denne konstatering kan findes i den nævnte rundskrivelse fra 1970.

59. Kommissionen har ligeledes undersøgt det lovbestemte monopol på baggrund af artikel 86 og 90. Lovbestemmelserne om dette monopol og BA's praksis bevirker i forening, at produktionen begrænses som omhandlet i artikel 86, stk. 2, litra b). BA giver i praksis afkald på at gøre sit monopol gældende, således at det ikke i tilstrækkelig grad opfylder efterspørgslen efter ansættelseskonsulenters virksomhed (jf. dom af 5.10.1988, sag 238/78, Volvo, Sml. s. 6211). Det lovbestemte monopol er imidlertid fortsat gældende. Det har til følge, at de private konsulenter ikke lovligt kan udøve deres virksomhed på grund af den tyske Bürgerliches Gesetzbuch § 134, og at udbuddet er begrænset over for en reel efterspørgsel. Kommissionen mener, at dette misbrug er egnet til potentielt at påvirke samhandelen mellem medlemsstater, fordi formidling af ledere ofte omfatter ledere fra andre medlemsstater. Kommissionen har tilkendegivet, at den vil indlede de i Traktaten fastsatte procedurer med henblik på at undersøge denne praksis.

P. J. G. Kapteyn
Refererende dommer