RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-41/90 *

I — De feiten en het procesverloop

1. *Rechtskader*

a) *Internationaal recht*

1. De algemene conferentie van de Internationale Arbeidsorganisatie aanvaardde op 9 juli 1948, tijdens haar eenendertigste zitting, verdrag nr. 88 betreffende de organisatie van de dienst voor de werkgelegenheid (Stb. J 547). Artikel 1 van dit verdrag bepaalt, dat elk lid ten aanzien van wie het verdrag van kracht is, een openbare, kosteloze dienst voor de werkgelegenheid in stand moet houden of ervoor moet zorgen dat een dergelijke dienst in stand wordt gehouden. Volgens artikel 2 moet die dienst bestaan uit een nationaal systeem van arbeidsbureaus onder toezicht van een nationale autoriteit. Artikel 6 bepaalt, dat de dienst zodanig moet worden ingericht, dat een doeltreffende aanwerving en plaatsing van de arbeiders verzekerd is.

2. Artikel 10 bepaalt, dat door de dienst voor de werkgelegenheid en, zo daartoe aanleiding is, door andere autoriteiten, in samenwerking met de werkgevers- en arbeidersorganisaties en met andere belanghebbende organismen, alle mogelijke maatregelen moeten worden genomen om het volle gebruik van de dienst voor de werkgelegenheid door de werkgevers en arbeiders, op basis van vrijwilligheid, aan te moedigen. Ingevolge artikel 11 ten slotte moeten de bevoegde autoriteiten alle nodige maatregelen nemen om een doeltreffende samenwerking te verzekeren tussen de openbare dienst voor de werkgelegenheid en de bijzondere bureaus voor arbeidsbemiddeling welke geen winst beogen te maken.

3. Verdrag nr. 96, door de algemene conferentie van de Internationale Arbeidsorganisatie aangenomen op 1 juli 1949, tijdens haar tweeëndertigste zitting, heeft betrekking op de bureaus voor arbeidsbemiddeling, welke voor hun bemiddeling betaling vragen (Trb. 1951, 33). Artikel 1 van dit verdrag onderscheidt twee soorten van dergelijke bureaus: die welke worden gedreven met winstoogmerk en die welke geen winst beogen te maken. De bureaus met winstoogmerk worden omschreven als elke persoon, maatschappij, instituut, agentschap of andere organisatie, welke als tussenpersoon optreedt met het doel arbeidsgelegenheid te verschaffen aan een arbeider of aan een werkgever een arbeider te verschaffen, met het oogmerk, direct dan wel indirect enig geldelijk of ander materieel voordeel te verkrijgen van de werkgever of de arbeider.

4. Elk lid dat het verdrag bekrachtigt, heeft ingevolge artikel 2 de keuze, hetzij de bepalingen van deel II van het verdrag te aanvaarden, die voorzien in de geleidelijke afschaffing van de bureaus voor arbeidsbemiddeling welke voor hun bemiddeling betaling vragen en worden gedreven met winstoogmerk, alsmede een regeling voor de andere bureaus bevatten, hetzij de bepalingen van deel III, die een regeling geven voor de bureaus voor arbeidsbemiddeling welke voor hun bemiddeling betaling vragen, daaronder begrepen bureaus gedreven

* Procestaal: Duits.

met winstoogmerk. De verplichting tot geleidelijke afschaffing van laatstgenoemde bureaus, volgens de modaliteiten van deel II van het verdrag, is echter niet absoluut. Artikel 5, lid 1, bepaalt namelijk, dat de bevoegde autoriteit in buitengewone gevallen uitzonderingen op die verplichting kan toestaan ten aanzien van bij nationale wettelijke maatregelen nauwkeurig aangegeven categorieën van personen, wier plaatsing niet naar behoren kan worden geregeld binnen het kader van de openbare dienst voor de werkgelegenheid, zulks echter slechts na overleg, door passende methoden, met de betrokken werkgevers- en arbeidersorganisaties. Artikel 5, lid 2, vermeldt de voorwaarden waaronder van de verplichting tot afschaffing mag worden afgeweken. Het betrokken bureau moet onderworpen zijn aan het toezicht van de bevoegde autoriteit, moet een speciale vergunning bezitten, mag slechts beloning en kosten in rekening brengen volgens een door de bevoegde autoriteit goedgekeurd tarief en mag slechts arbeiders in het buitenland plaatsen of werven, indien hiertoe toestemming is verleend door de bevoegde autoriteit, en onder de voorwaarden die zijn vastgesteld bij de van kracht zijnde wettelijke maatregelen.

5. Artikel 8 bepaalt, dat passende strafsancties, waaronder zonodig intrekking van in het verdrag voorziene vergunningen, moeten worden vastgesteld voor elke overtreding van de bepalingen van deel II van het verdrag of van enige wettelijke maatregel ter uitvoering daarvan.

6. Verdrag nr. 96 is door alle Lid-Staten van de Gemeenschap geratificeerd, met uitzondering van Denemarken en het Verenigd Koninkrijk.

b) *Nationaal recht*

7. In Duitsland zijn de werkzaamheden van de dienst voor de werkgelegenheid geregeld in het Arbeitsförderungsgesetz (hierna: „AFG"). § 1 omschrijft het doel van de wet: de krachtens het AFG getroffen maatregelen moeten er in het kader van de economische en sociale politiek van de Bondsregering op gericht zijn, een hoog werkgelegenheidsniveau te bereiken en te handhaven, de werkgelegenheidsstructuur voortdurend te verbeteren en aldus de economische groei te bevorderen. Volgens § 3 ligt de verwezenlijking van deze, in § 2 nader omschreven algemene doelstelling in handen van de Bundesanstalt für Arbeit (hierna: „Bundesanstalt"). Tot de haar opgedragen taken behoren arbeidsbemiddeling en uitbetaling van werkloosheidsuitkeringen.

8. Het begrip arbeidsbemiddeling wordt in § 13 AFG gedefinieerd. Arbeidsbemiddeling in de zin van het AFG is een activiteit die erop is gericht, werkzoekenden en werkgevers met elkaar in contact te brengen ten einde arbeidsverhoudingen tot stand te brengen. Ingevolge § 4 is uitsluitend de Bundesanstalt bevoegd tot het verrichten van dergelijke bemiddelingsactiviteiten. § 18 bepaalt in dit verband, dat de aanwerving en arbeidsbemiddeling voor een arbeidsplaats in het buitenland, alsmede de aanwerving in het buitenland en de arbeidsbemiddeling voor een arbeidsplaats in Duitsland, aan de Bundesanstalt voorbehouden activiteiten zijn. Andere instellingen en personen mogen dergelijke grensoverschrijdende activiteiten evenwel verrichten na voorafgaande toestemming van de Bundesanstalt, die dienaangaande beslist met inachtneming van de belangen van de Duitse werknemers en de Duitse economie en gelet op de situatie op de arbeidsmarkt. Aan die toestemming kunnen bepaalde voorwaarden en verplichtingen worden verbonden. Volgens § 18, lid 2, blijft echter het gemeenschapsrecht onverlet.

9. Ook § 23 voorziet in een uitzondering op het bemiddelings-monopolie. De Bundesanstalt kan namelijk in uitzonderingsgevallen, na raadpleging van de betrokken werk-

gevers- en werknemersorganisaties, de arbeidsbemiddeling voor bepaalde beroepen aan andere instellingen of personen opdragen. Zij blijft dan wel toezicht op de bemiddelingsactiviteiten uitoefenen.

10. Volgens de §§ 20 en 21 oefent de Bundesanstalt haar bemiddelingsmonopolie onpartijdig uit en vraagt zij voor haar diensten geen betaling. De zesde titel van het AFG heeft betrekking op de wijze waarop zij aan de daartoe benodigde financiële middelen komt. Zo kan zij krachtens § 167 van werkgevers en werknemers bijdragen heffen.

11. De achtste titel van het AFG bevat sancties en boetebepalingen. Volgens § 227 kan een vrijheidsstraf of een geldboete worden opgelegd aan een ieder die zonder de in § 18 bedoelde voorafgaande toestemming of zonder de in § 23 bedoelde opdracht van de Bundesanstalt bemiddelingsactiviteiten verricht die gericht zijn op tewerkstelling van een Duitse werknemer in het buitenland of van een buitenlandse werknemer in Duitsland. Ingevolge § 228 kan elke in strijd met het AFG verrichte bemiddelingsactiviteit worden bestraft met een geldboete.

12. Ondanks het arbeidsbemiddelingsmonopolie van de Bundesanstalt kwam in Duitsland een aparte vorm van arbeidsbemiddeling voor hoger en leidinggevend personeel van ondernemingen (hierna: „hoger en leidinggevend personeel") tot ontwikkeling. Deze bemiddelingsactiviteiten worden uitgeoefend door adviseurs voor werving en selectie (hierna: „personeelsconsulenten") die de ondernemingen bij hun personeelsbeleid bijstaan. De reactie van de Bundesanstalt op deze ontwikkeling was tweeërlei. In de eerste plaats publiceerde zij in september 1957 een circulaire waarin werd bepaald, in welk opzicht de activiteiten van personeelsconsulenten zich onderscheiden van arbeidsbemiddeling in eigenlijke zin (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit*, 1957, blz. 457). Hierin verklaarde zij zich bereid, in het kader van een overeenkomst met diverse beroepsorganisaties bepaalde activiteiten van personeelsconsulenten te dulden. Op 6 november 1970 kwam voor de circulaire een nieuwere versie in de plaats (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit*, 1970, blz. 889).

13. In de tweede plaats besloot de Bundesanstalt een bureau voor hoger en leidinggevend personeel (Büro für Führungskräfte der Wirtschaft) te openen, dat in het bijzonder is belast met de bemiddeling van hooggekwalificeerd personeel voor leidinggevende functies in grotere ondernemingen. Dit bureau is echter niet in staat, aan de op de Duitse markt bestaande vraag naar dat soort bemiddeling te voldoen.

14. Ten slotte zij erop gewezen, dat de Duitse rechter zich meermaals heeft uitgesproken over de reikwijdte van het bemiddelingsmonopolie van de Bundesanstalt. Zo besliste het Bundesverfassungsgericht bij arrest van 4 april 1967 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, BVerfGE 21, blz. 245), dat dit monopolie, gelet op het algemeen belang, verenigbaar is met het recht op vrije beroepskeuze. Het monopolie lijkt onontbeerlijk om de in het verleden geconstateerde misbruiken te voorkomen en de tekortkomingen van de commerciële arbeidsbemiddeling te ondervangen. Het strekt zich volgens het Bundesverfassungsgericht ook uit tot bemiddeling op de markt voor hoger en leidinggevend personeel, ook al onderscheidt deze markt zich van de arbeidsmarkt in het algemeen. Het is moeilijk, de reikwijdte van het monopolie naar gelang van de aard van het betrokken beroep te variëren en bovendien zouden de activiteiten van de Bundesanstalt hierdoor aan doeltreffendheid inboeten. Ook het Bundesgerichtshof is van mening, dat het monopolie tevens voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel geldt (arrest van 23 oktober 1974 — IV ZR 7/73, *Betriebsberater 2-20*, januari 1975, blz. 96). De activiteiten van personeelsconsulenten zijn

hiervan slechts uitgesloten wanneer het zwaartepunt ervan op het gebied van de advisering ligt en voor de bemiddelingsactiviteiten geen apart honorarium wordt verlangd. De vergoeding die wordt gevraagd voor bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel, die niet aan deze voorwaarden voldoet, is niet rechtens opeisbaar (arrest van 12 april 1978 — IV ZR 157/75, *Betriebsberater* 28, oktober 1978, blz. 1415). Ingevolge § 134 BGB zijn namelijk in strijd met een wettelijk verbod gesloten overeenkomsten nietig.

2. *De feiten en het procesverloop*

15. Het hoofdgeding gaat tussen de personeelsconsulenten Höfner en Elser (verzoekers in het hoofdgeding; hierna: „verzoekers"), in Duitsland woonachtige Duitse onderdanen, en de vennootschap Macrotron (verweerster in het hoofdgeding; hierna: „verweerster"), gevestigd te München. Partijen hadden een overeenkomst gesloten met betrekking tot de werving en selectie van gegadigden voor de functie van hoofd van verweersters verkoopafdeling. Als resultaat van hun werkzaamheden stelden verzoekers een huns inziens geschikte kandidaat voor, de Duitse onderdaan R. Dechert. Verweerster besloot echter deze kandidaat niet aan te stellen en weigerde het door verzoekers gevraagde honorarium te betalen. Dezen vorderden daarop voor het Landgericht München I betaling van het overeengekomen honorarium door verweerster. Toen het Landgericht hun vordering bij vonnis van 27 oktober 1987 afwees, stelden zij hiertegen beroep in bij het Oberlandesgericht München.

3. *De prejudiciële vragen*

16. De met de behandeling van de zaak belaste Senat van het Oberlandesgericht overweegt in zijn beschikking van 31 januari 1990, dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten is, die ingevolge § 134 BGB juncto § 13 AFG nietig is. De Senat verwijst in dit verband naar de rechtspraak van het Bundesgerichtshof, volgens welke geen verplichting tot betaling van een honorarium bestaat, wanneer dit is overeengekomen als vergoeding voor ingevolge het AFG ongeoorloofde bemiddelingsactiviteiten. In casu zou er sprake zijn van dergelijke bemiddelingsactiviteiten. Verzoekers zouden hun vordering evenmin op § 812 BGB (ongegronde verrijking) kunnen baseren, omdat zij de daartoe benodigde bewijzen niet hebben geleverd.

17. Volgens de Senat moet de vordering derhalve worden afgewezen, voor zover zij op het nationale recht is gegrond. Inaanmerkingneming van het gemeenschapsrecht evenwel zou wellicht tot een andere conclusie leiden. Daarom heeft het Oberlandesgericht München bij beschikking van 31 januari 1990 de behandeling van de zaak geschorst en het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel door adviesbureaus voor werving en selectie een dienst in de zin van artikel 60, eerste alinea, EEG-Verdrag en valt de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel onder de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van de artikelen 66 en 55 EEG-Verdrag?

2) Vormt het in de §§ 4 en 13 AFG neergelegde algehele verbod op de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel door Duitse adviesbureaus voor werving en selectie een door het algemeen belang gerechtvaardigde regeling inzake beroepen of een uit hoofde van de openbare orde en de openbare vei-

ligheid (artikelen 66 en 56, lid 1, EEG-Verdrag) gerechtvaardigd monopolie?

3) Kan een Duits adviesbureau voor werving en selectie zich bij het bemiddelen tussen Duitse onderdanen en Duitse ondernemingen beroepen op de artikelen 7 en 59 EEG-Verdrag?

4) Is de Bundesanstalt für Arbeit gezien artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag bij de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel gebonden aan de bepalingen van het EEG-Verdrag, in het bijzonder artikel 59 daarvan, en vormt een monopolisering van de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel misbruik van een machtspositie op de markt in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag?"

4. *Procedure voor het Hof*

18. De verwijzingsbeschikking is op 14 februari 1990 ter griffie van het Hof ingeschreven.

19. Overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs-Statuut EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekers in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door J. Müller, advocaat te München, en V. Emmerich, hoogleraar aan de juridische faculteit van de universiteit van Bayreuth; verweerster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door H. Tippner, advocaat te München; de Duitse regering, vertegenwoordigd door E. Röder, Regierungsdirektor bij het Bondsministerie van Economische zaken, als gemachtigde, en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur E. Lasnet en B. Jansen, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden.

20. Bij beschikking van 10 oktober 1990 heeft het Hof de zaak krachtens artikel 95, paragrafen 1 en 2, van het Reglement voor de procesvoering naar de Zesde kamer verwezen. Op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, heeft het voorts besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Samenvatting van de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

1. *Het begrip diensten*

21. *Verzoekers* merken op, dat het begrip diensten in de zin van artikel 60 EEG-Verdrag ruim moet worden uitgelegd. Het omvat elke zelfstandig uitgeoefende en tegen vergoeding verrichte activiteit, ongeacht het ermee beoogde doel. Dat de dienstverrichting tegen vergoeding moet geschieden, betekent enkel, dat ervoor moet worden betaald. De betaling behoeft niet noodzakelijkerwijze te worden verricht door degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, doch kan ook van een derde afkomstig zijn. De aard, het bedrag en het tijdstip van de betaling zijn niet van belang. Het kan zelfs gaan om betaling in de vorm van belastingen of heffingen.

22. Uit het arrest van het Hof van 18 januari 1979 (gevoegde zaken 110/78 en 111/78, Van Wesemael, Jurispr. 1979, blz. 35) blijkt, dat arbeidsbemiddeling een dienstverrichting in de zin van artikel 60

EEG-Verdrag is. Dit geldt in het bijzonder voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel. Deze vorm van arbeidsbemiddeling onderscheidt zich door enkele bijzonderheden van arbeidsbemiddeling in algemene zin. Zo gaat bij de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel het initiatief niet van de werkzoekende uit. De onderneming roept voor de werving en selectie van hoger en leidinggevend personeel uit eigen beweging de hulp van een personeelsconsulent in. De consulent bemoeit zich slechts zelden met de vraag, welke kandidaat uiteindelijk moet worden aangesteld, doch hij staat de onderneming bij in de aan de aanstelling voorafgaande fase. Het gevaar van uitbuiting van de werknemers, waarvan in geval van bemiddeling door particuliere algemene bemiddelingsbureaus sprake kan zijn, is bij bemiddeling door personeelsconsulenten dan ook uitgesloten.

23. Dat het hier een andere vorm van bemiddeling betreft, wordt overigens bevestigd door de praktijk op de arbeidsmarkt in Duitsland en in de andere Lid-Staten. Het feit dat de Bundesanstalt een apart kantoor voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel heeft geopend, wijst op het bestaan van een zelfstandige markt. Volgens door verzoekers genoemde cijfers zijn op deze markt 700 à 800 adviesbureaus voor werving en selectie werkzaam, hebben die bureaus tezamen ongeveer 2 000 consulenten in dienst en zijn zij goed voor een omzet van 750 miljoen à 1,2 miljard DM. Overigens worden de door dergelijke bureaus verrichte activiteiten wegens hun bijzondere kenmerken niet eens als arbeidsbemiddeling in eigenlijke zin beschouwd.

24. De omstandigheid, dat ook deze activiteiten in beginsel onder het wettelijk monopolie van de Bundesanstalt vallen, onttrekt ze nog niet aan de gemeenschapsregels inzake het vrij verrichten van diensten. Deze regels gelden ook voor dienstverrichtingen met een publiekrechtelijk karakter (zie bij voorbeeld het arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409). De toepasselijkheid ervan kan evenmin worden uitgesloten op grond dat de Bundesanstalt haar diensten gratis aanbiedt, omdat er voor die diensten hoe dan ook wordt betaald in de vorm van de krachtens § 167 AFG van werkgevers en werknemers geheven bijdragen. Anders zouden de Lid-Staten bepaalde dienstverrichtingen van de werkingssfeer van de artikelen 59 en volgende EEG-Verdrag kunnen uitzonderen door ze te laten verrichten in het kader van een via verplichte bijdragen gefinancierd monopolie.

25. De *Duitse regering* wijst erop, dat het Hof in zijn arrest van 18 januari 1979 (gevoegde zaken 110/78 en 111/78, Van Wesemael, Jurispr. 1979, blz. 35) reeds heeft vastgesteld, dat de arbeidsbemiddeling van artiesten een dienstverrichting in de zin van artikel 60 EEG-Verdrag is. Voor welke categorie van personen de arbeidsbemiddeling plaatsvindt, doet in dit verband niet ter zake.

26. Ook de *Commissie* verwijst naar genoemd arrest van het Hof. De omstandigheid dat voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel niet alleen een beroep kan worden gedaan op adviesbureaus voor werving en selectie, maar ook op een openbaar lichaam als de Bundesanstalt, die haar diensten gratis verricht, is in dit verband irrelevant. Het bestaan van dergelijke bureaus toont aan, dat er dikwijls voor de bemiddeling wordt betaald. Daarbij speelt het geen rol, dat het bestaan van deze bureaus is toe te schrijven aan het feit, dat de Bundesanstalt een deel van haar monopolie heeft prijsgegeven.

2. *De uitoefening van het openbaar gezag*

27. Volgens *verzoekers* blijkt uit het arrest van het Hof van 21 juni 1974 (zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631), dat het

begrip „uitoefening van het openbaar gezag" een gemeenschapsrechtelijk begrip is, dat eng moet worden uitgelegd. Het speelt pas een rol wanneer de betrokken activiteit een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormt. Aan deze voorwaarde is niet reeds voldaan, wanneer de betrokken activiteit tot de publiekrechtelijke taken moet worden gerekend en wordt uitgeoefend door een openbaar lichaam als de Bundesanstalt. Voorts is het niet mogelijk, de selectie van hoger en leidinggevend personeel als uitoefening van het openbaar gezag te beschouwen.

28. Volgens *verweerster* is een van de belangrijkste doelstellingen van de welvaartsstaat, volledige werkgelegenheid te verzekeren. Dit vergt een actief overheidsbeleid, waaraan in Duitsland onder meer door het AFG gestalte wordt gegeven. Bij het monopolie van de Bundesanstalt voor de bemiddeling van alle categorieën van werknemers gaat het dus om een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de vervulling van overheidstaken, zodat de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel onder artikel 55 EEG-Verdrag valt.

29. De *Duitse regering* deelt de mening van verweerster. Of er sprake is van uitoefening van het openbaar gezag, moet aan de hand van het nationale recht worden bepaald. Van een dergelijke uitoefening is niet alleen sprake wanneer de overheid met dwangmiddelen in de vrijheden van haar burgers ingrijpt, maar ook wanneer een met overheidsgezag beklede instantie de burgers met enigerlei vorm van bestuurshandelen confronteert. Een dergelijke overdracht van overheidsgezag heeft in het kader van het AFG plaatsgevonden ten gunste van de Bundesanstalt. Dit houdt verband met het grote belang van de aan deze instantie opgedragen taak: in het belang van de werknemers en van de economie in het algemeen moet zij fricties op de arbeidsmarkt zoveel mogelijk zien te vermijden en de daartoe benodigde sociale voorzieningen treffen. Het betreft hier een taak die de Bondsrepubliek krachtens voornoemde verdragen nrs. 88 en 96 op zich heeft genomen en die de Bundesanstalt ingevolge § 3 AFG moet uitvoeren „in het kader van de economische en sociale politiek van de Bondsregering". Om haar taak te kunnen vervullen, dient de Bundesanstalt over een algemeen bemiddelingsmonopolie te beschikken, zodat zij de gehele arbeidsmarkt kan overzien. Een opsplitsing van de arbeidsbemiddeling naar gelang van de kwalificaties van betrokkenen, zou een dergelijk algemeen overzicht bemoeilijken. Bovendien is de behoefte aan bescherming bij de arbeidsbemiddeling bij alle beroepsgroepen even groot.

30. Daarentegen meent de *Commissie*, dat de uitoefening van het openbaar gezag een gemeenschapsrechtelijk begrip is, waarvan de inhoud niet afhankelijk kan zijn van de vraag, of de betrokken activiteit in enkele Lid-Staten is voorbehouden aan openbare lichamen. Beslissend is, of de activiteit een vorm van uitoefening van overheidsgezag is. Dit is zeker niet het geval bij de arbeidsbemiddeling, die onder toezicht van de overheid is gesteld ten einde de werknemers tegen misbruik te beschermen. De omstandigheid dat ook particulieren zich mogen bezighouden met bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel, bevestigt, dat het hierbij niet om de uitoefening van overheidsgezag gaat.

3. *De rechtvaardiging van het verbod*

31. Volgens *verzoekers* verbiedt artikel 59 EEG-Verdrag niet alleen discriminerende regelingen, maar ook regelingen die, zonder buitenlandse dienstverrichters te discrimine-

ren, het vrij verrichten van diensten beperken. In casu gaat het om een regeling die zonder onderscheid voor buitenlandse en Duitse onderdanen geldt en die het vrije dienstenverkeer in meerdere opzichten beperkt. Het monopolie van de Bundesanstalt belet de personeelsconsulenten uit andere Lid-Staten, hun diensten in Duitsland te verrichten, en verplicht de Duitse ondernemingen, de Bundesanstalt in te schakelen.

32. Dergelijke beperkingen kunnen volgens 's Hofs rechtspraak weliswaar hun rechtvaardiging vinden in overwegingen die verband houden met het algemeen belang, zoals de bescherming van de werknemers en de instandhouding van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt (arresten van 18 januari 1979, Van Wesemael, reeds aangehaald; en 17 december 1981, zaak 279/80, Webb, Jurispr. 1981, blz. 3305), maar dan moet de betrokken regeling wel in redelijke verhouding staan tot het rechtmatig nagestreefde doel. Aan dit evenredigheidsvereiste is niet voldaan, wanneer de Lid-Staat waar de dienst wordt verricht, geen rekening houdt met de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de Lid-Staat waar hij gevestigd is. In casu houdt het in Duitsland geldende verbod op geen enkele wijze rekening met de in het buitenland bestaande regelingen op het gebied van arbeidsbemiddeling. Het verbod geldt onbeperkt, hoewel het AFG in de mogelijkheid voorziet, ervan af te wijken.

33. Met name wat de activiteiten op het gebied van de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel betreft, is het evenredigheidsbeginsel miskend: die activiteiten worden namelijk in geen enkele andere Lid-Staat geacht van algemeen belang te zijn en zelfs de Bundesanstalt heeft in haar circulaires van 1957 en 1970 erkend, dat zij zich onderscheiden van arbeidsbemiddeling in algemene zin. Desondanks tracht de Bundesanstalt deze markt te monopoliseren, zonder op bevredigende wijze aan de vraag te kunnen voldoen.

34. *Macrotron* bestrijdt, dat de Bundesanstalt niet in staat zou zijn aan deze vraag te voldoen. Zij wijst erop, dat de Bundesanstalt in 1988 op de Duitse markt voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel een marktaandeel van 16 % had wat de verzoeken om bemiddeling van werkgeverszijde betreft, en een aandeel van ongeveer 30 % met betrekking tot de bemiddelingsverzoeken van werkzoekenden. Deze percentages zijn door geen enkel particulier bemiddelingsbureau gehaald.

35. Bovendien voldoet de Duitse monopolieregeling aan alle voorwaarden waaraan volgens 's Hofs rechtspraak moet zijn voldaan, wil een beperking van het vrij verrichten van diensten gerechtvaardigd zijn (zie genoemde arresten van 18 januari 1979 en 17 december 1981, alsmede het arrest van 3 december 1974, zaak 33/74, Van Binsbergen, Jurispr. 1974, blz. 1299). Het bemiddelingsmonopolie van de Bundesanstalt is het uitvloeisel van een in het algemeen belang gemaakte politieke keuze. Voorts is het onontbeerlijk voor het bereiken van goede verhoudingen op de door een groot aantal werklozen gekenmerkte Duitse arbeidsmarkt, alsook voor het garanderen van de sociale zekerheid van de werknemers. Het verbod op elke bemiddelingsactiviteit buiten het monopolie om geldt bovendien zowel voor eigen onderdanen als voor onderdanen van andere Lid-Staten. Ten slotte heeft het monopolie geen buitensporig karakter. Het is zeker mogelijk, het monopolie te doorbreken en verzoekers hadden een dergelijke mogelijkheid in overweging kunnen nemen.

36. Volgens de *Duitse regering* spelen de artikelen 66 en 56 EEG-Verdrag in casu geen rol. Het bemiddelingsmonopolie van de

Bundesanstalt is namelijk geen „bijzondere regeling voor vreemdelingen".

37. De Duitse regering wijst op de historische context waarbinnen het ontstaan van het monopolie moet worden geplaatst. Met het oog op een gunstige kosten/baten-verhouding hielden de particuliere bemiddelingsbureaus zich in het verleden vooral bezig met de bemiddeling van hooggekwalificeerde specialisten en maakten zij misbruik van hun positie door de nood van werklozen uit te buiten of werknemers aan te moedigen hun contract te verbreken, zodat zij de bemiddelingsprovisie konden opstrijken. De onpartijdige en kosteloze bemiddeling door de Bundesanstalt heeft aan deze praktijken een einde gemaakt. Elke werknemer, ongeacht zijn kwalificaties en zijn kansen op de arbeidsmarkt, kan van deze bemiddelingsdiensten gebruik maken. Ten einde de zwakkeren onder hen te beschermen, moet worden vermeden dat de arbeidsmarkt aldus wordt opgesplitst, dat de bemiddeling van gespecialiseerde en gekwalificeerde arbeidskrachten wordt overgelaten aan particuliere bemiddelingsbureaus, terwijl de openbare dienst voor de werkgelegenheid zorg draagt voor de bemiddeling van personen wier produktiviteit is afgenomen. Dit geldt vooral voor de Duitse arbeidsmarkt, die thans wordt gekenmerkt door een hoge werkloosheid en een tekort aan arbeidskrachten in sommige beroepsgroepen.

38. Met betrekking tot de tweede vraag van de verwijzende rechter merkt de *Commissie* op, dat het betrokken verbod niet absoluut is. Alleen voor de activiteiten die niet onder de circulaire van 1970 vallen, geldt een algeheel verbod. Zelfs wanneer de personeelsconsulenten zich aan die circulaire houden, kunnen zij hun contractuele rechten niet geldend maken, omdat § 134 BGB zich hiertegen verzet. Deze civielrechtelijke sanctie vormt een beperking van het vrij verrichten van diensten.

39. Volgens de Commissie zijn er drie gronden die deze beperking zouden kunnen rechtvaardigen. In de eerste plaats is er het streven naar een effectieve bestrijding van de werkloosheid. De activiteiten van personeelsconsulenten lijken deze doelstelling niet te schaden. Het betreft hier een betrekkelijk kleine, specifieke markt, met een geringe invloed op de algemene markt. Dit blijkt ook uit het feit dat de Bundesanstalt, die in eerste instantie verantwoordelijk is voor de bestrijding van de werkloosheid, in deze sector ook particuliere bemiddelingsactiviteiten duldt. De aan deze activiteiten gestelde beperkingen zijn derhalve onevenredig.

40. Hetzelfde geldt voor de tweede grond: het voorkomen van misbruik. Hoger en leidinggevend personeel, waarop de activiteiten van personeelsconsulenten gericht zijn, verkeert immers niet in dezelfde afhankelijke positie als de klassieke werkloze. Ook in zoverre vormt meergenoemde circulaire een aanwijzing, dat de beperking onevenredig is.

41. Een derde rechtvaardigingsgrond zou eventueel kunnen worden ontleend aan de uit de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie voortvloeiende internationale verplichtingen. Artikel 5 van verdrag nr. 96 bepaalt echter uitdrukkelijk, dat ten aanzien van bepaalde categorieën van personen uitzonderingen kunnen worden toegestaan op de verplichting tot afschaffing van particuliere arbeidsbemiddelingsbureaus met winstoogmerk. Kennelijk heeft de Bundesanstalt zich bij de bekendmaking van de circulaires door deze bepaling laten leiden. Hiermee is de positie van personeelsconsulenten echter nog niet gelegaliseerd. Derhalve is de Bondsrepubliek Duitsland, door niet overeenkomstig artikel 5 van verdrag nr. 96 een uitzondering te maken voor personeelsconsulenten, haar verplichtingen

krachtens artikel 59 EEG-Verdrag niet nagekomen.

42. Mocht in de loop van de procedure in het hoofdgeding blijken, dat er nog andere gronden zijn die de beperking van het vrij verrichten van diensten zouden kunnen rechtvaardigen, dan zou de verwijzende rechter overigens moeten overwegen het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag om een nieuwe prejudiciële beslissing te verzoeken.

4. *De mogelijkheid zich op de artikelen 7 en 59 EEG-Verdrag te beroepen*

43. *Verzoekers* voeren om te beginnen aan, dat het volgens vaste rechtspraak in het kader van de uit artikel 177 EEG-Verdrag voortvloeiende bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en de nationale rechter aan de verwijzende rechter staat om de relevantie van de prejucidiële vragen te beoordelen. Deze vragen hebben in casu betrekking op het probleem van de omgekeerde discriminatie.

44. Verzoekers merken vooraf op, dat de werkzaamheden van personeelsconsulenten voldoende grensoverschrijdende elementen in zich dragen om ze onder de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht te brengen. Er zijn verschillende feitelijke situaties denkbaar: de buitenlandse personeelsconsulent zoekt arbeidskrachten in Duitsland of omgekeerd, dan wel de buitenlandse opdrachtgever zoekt contact met hoger en leidinggevend personeel in Duitsland of omgekeerd. Ook het onderhavige geval heeft een communautair aspect: de met verweerster gesloten overeenkomst bood verzoekers ook de mogelijkheid, op zoek te gaan naar in andere Lid-Staten woonachtige — al dan niet Duitse — kandidaten.

45. Artikel 7 EEG-Verdrag is een fundamentele bepaling, die luidens haar bewoordingen elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt en derhalve door alle gemeenschapsonderdanen kan worden ingeroepen, ongeacht de feitelijke situatie waarin zij verkeren. Dit discriminatieverbod houdt in, dat eigen onderdanen niet slechter mogen worden behandeld dan buitenlanders. Dit standpunt is in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof (zie bij voorbeeld het arrest van 7 februari 1979, zaak 115/78, Knoors, Jurispr. 1979, blz. 399). In de gevallen waarin het Hof heeft verklaard, dat artikel 7 niet in de weg staat aan nationale regels die strenger zijn dan de in het buitenland geldende regels, waren de betrokken nationale regels in overeenstemming met het gemeenschapsrecht (arresten van 3 juli 1979, gevoegde zaken 185/78 tot en met 204/78, Van Dam, Jurispr. 1979, blz. 2345; en 14 juli 1981, zaak 155/80, Oebel, Jurispr. 1981, blz. 1993). De thans in geding zijnde regel is echter onverenigbaar met het gemeenschapsrecht en ongerechtvaardigd.

46. Artikel 59 EEG-Verdrag behelst een algemeen verbod, dat ook ten goede komt aan eigen onderdanen die diensten met grensoverschrijdende aspecten verrichten. Dit lijkt te worden bevestigd door artikel 60, derde alinea, EEG-Verdrag, volgens hetwelk vreemdelingen op dezelfde voet moeten worden behandeld als eigen onderdanen. Zo men deze bepalingen aldus uitlegde, dat discriminatie van eigen onderdanen zou zijn toegestaan, dan zou artikel 59 de mededingingsvoorwaarden ten nadele van die onderdanen wijzigen. Bovendien heeft het Hof erkend, dat artikel 59 ook door de eigen onderdanen van een Lid-Staat kan worden ingeroepen (arresten van 7 februari 1979, reeds aangehaald, en 12 juli 1984, zaak 107/83, Klopp, Jurispr. 1984, blz. 2971).

47. Zo deze mogelijkheid was uitgesloten, zouden de gevolgen van de omgekeerde discriminatie in strijd zijn met de in de artikelen 2, 3 en 8 A EEG-Verdrag omschreven doelstellingen. Om hun werkzaamheden vrij te kunnen verrichten, zouden Duitse personeelsconsulenten zich in andere Lid-Staten moeten vestigen, zonder dat dit economisch gezien beslist gerechtvaardigd is. Bovendien houdt het vrij verrichten van diensten ook in, dat men moet kunnen besluiten geen gebruik te maken van grensoverschrijdende diensten. Zo in een geval als het onderhavige een beroep op artikel 59 EEG-Verdrag was uitgesloten, zouden de Duitse ondernemingen verplicht zijn buitenlandse personeelsconsulenten in te schakelen.

48. Volgens *verweerster* is voor de toepasselijkheid van artikel 59 EEG-Verdrag bepalend, of de betrokken feitelijke situatie een grensoverschrijdend element bevat. Daarvan is in casu geen sprake. Verzoekers hebben een dergelijk element wel op abstracte en theoretische wijze geconstrueerd, maar daarmee is de toepasselijkheid van de artikelen 7 en 59 nog niet gegeven. Verzoekers' situatie is niet vergelijkbaar met die van een buitenlandse personeelsconsulent die door het monopolie van de Bundesanstalt wordt geraakt.

49. Ook de *Duitse regering* is van mening, dat in casu grensoverschrijdende elementen ontbreken. Uit de verwijzingsbeschikking van het Oberlandesgericht München blijkt niet duidelijk, waar de betrokken diensten moesten worden verricht. Derhalve moet ervan worden uitgegaan, dat de tussen partijen gesloten overeenkomst, zoals gebruikelijk is, alleen voor Duitsland gold.

50. Volgens de *Commissie* is artikel 7 slechts van toepassing voor zover het Verdrag niet in bijzondere bepalingen voorziet. In casu moet derhalve van artikel 59 worden uitgegaan. Er bestaat nog geen rechtspraak over de toepassing van deze bepaling op zuiver interne situaties. Uit de rechtspraak met betrekking tot andere verdragsbepalingen kan echter worden afgeleid, dat artikel 59 niet van toepassing is wanneer grensoverschrijdende elementen ontbreken (arresten van 28 maart 1979, zaak 175/78, Saunders, Jurispr. 1979, blz. 1129; 27 oktober 1982, gevoegde zaken 35/82 en 36/82, Morson, Jurispr. 1982, blz. 3723; en 8 december 1987, zaak 20/87, Gauchard, Jurispr. 1987, blz. 4879). Wel heeft het Hof in zijn arrest van 31 januari 1984 (gevoegde zaken 286/82 en 26/83, Luisi en Carbone, Jurispr. 1984, blz. 377) de materiele werkingssfeer van artikel 59 ruim uitgelegd. Derhalve zou artikel 59 in casu kunnen worden ingeroepen voor zover de omstreden overeenkomst de mogelijkheid om ook in andere Lid-Staten naar kandidaten te zoeken, niet met zoveel woorden uitsluit. Het is echter de taak van de verwijzende rechter om over dit punt een definitieve uitspraak te doen.

5. *De artikelen 59, 86 en 90 EEG-Verdrag*

51. *Verzoekers* merken op, dat volgens de rechtspraak van het Hof en volgens de Commissie onder het begrip onderneming moet worden verstaan elke eenheid die economische activiteiten verricht. De Bundesanstalt dient als een onderneming te worden aangemerkt, omdat zij dergelijke activiteiten verricht. Dat zij een openbare onderneming is, betekent niet, dat de bepalingen van het EEG-Verdrag op haar niet van toepassing zijn (zie arresten van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409; en 20 maart 1985, zaak 41/83,Italië/ Commissie, Jurispr. 1985, blz. 873). De

Bundesanstalt is derhalve een openbare onderneming in de zin van artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag, die ingevolge het AFG over een uitsluitend recht beschikt. Behoudens het bepaalde in artikel 90, lid 2, zijn dergelijke ondernemingen onderworpen aan alle bepalingen van het Verdrag, daaronder begrepen artikel 59.

52. De Bundesanstalt is een onderneming die ingevolge een van overheidswege vastgestelde wettelijke handeling — in casu het AFG — is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, wat men ook moge denken van het feit, dat ook de activiteiten van personeelsconsulenten tot de haar opgedragen taak worden gerekend. Hiermee is echter nog niet voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2. Daarvoor is bovendien vereist, dat de toepassing van de verdragsregels de vervulling van die taak verhindert. Dat de vervulling van de betrokken taak wordt bemoeilijkt, is in dit verband niet voldoende. Voor de uitzondering van artikel 90, lid 2, is enkel plaats, wanneer de taak niet kan worden verricht zonder de verdragsregels te schenden. De toepassing van die regels moet de vervulling van de taak als het ware onmogelijk maken. Aan deze voorwaarde is in casu niet voldaan. De activiteiten van personeelsconsulenten verhinderen de Bundesanstalt geenszins, de haar door het AFG uitdrukkelijk toevertrouwde taken te vervullen. Door hun doeltreffendheid dragen zij juist aan de vervulling van die taken bij.

53. In casu is aan alle voorwaarden voor toepassing van artikel 86 voldaan. Op grond van haar wettelijk monopolie neemt de Bundesanstalt een machtspositie in op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, te weten het Duitse grondgebied. Dat zij wellicht op de markt voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel geen machtspositie inneemt, speelt geen rol. In de eerste plaats is het onzeker, of er hier wel sprake is van een zelfstandige markt. Bovendien is artikel 86 eveneens van toepassing, wanneer de betrokken onderneming een machtspositie inneemt op een andere markt dan die waarop zij zich aan misbruik schuldig maakt. En ten slotte beschikt de Bundesanstalt over dwangmiddelen waarmee zij particuliere personeelsconsulenten van de markt voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel kan verdrijven.

54. De Bundesanstalt maakt misbruik van haar machtspositie door haar wettelijk monopolie uit te breiden tot activiteiten die even goed of beter door particuliere ondernemingen zouden kunnen worden verricht. Deze uitbreiding van het monopolie lijkt door geen enkel algemeen belang gerechtvaardigd te zijn. Bovendien handelt de Bundesanstalt in strijd met artikel 86, tweede alinea, sub d, door Duitse ondernemingen te dwingen, van haar diensten gebruik te maken. Hierdoor wordt de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloed, omdat het Duitse en buitenlandse consulenten onmogelijk wordt gemaakt, hun diensten zowel in Duitsland als in het buitenland te verrichten.

55. Verzoekers stellen tot slot dat de Bondsrepubliek Duitsland, door een dergelijk misbruik toe te laten, de krachtens artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen. Door maatregelen te nemen die de communautaire mededingingsregels hun nuttige werking ontnemen, heeft zij bovendien inbreuk gemaakt op de artikelen 3, 5 en 86 van het Verdrag (arrest van 16 november 1977, zaak 13/77, GB-Inno, Jurispr. 1977, blz. 2115).

56. Volgens *verweerster* strekt de betrokken regeling tot bescherming van een zwaarwegend maatschappelijk belang en is zij derhalve aan de mededingingsregels onttrokken.

57. Ook de *Duitse regering* is van mening, dat de arbeidsbemiddeling aan de vrije mededingingsregels is onttrokken. Om niet-economische overwegingen van algemeen belang verricht de Bundesanstalt een taak die bij uitsluiting is voorbehouden aan de overheid. Overigens heeft het Hof bevestigd, dat een van staatswege aan een particuliere onderneming verleend monopolie met de artikelen 86 en 90 verenigbaar kan zijn (zie het reeds aangehaalde arrest van 30 april 1974).

58. Volgens de *Commissie* heeft het Hof zich nog niet uitgesproken over de vraag, of de uitzondering van artikel 90, lid 2, ook voor artikel 59 geldt. Dit is toe te schrijven aan het feit, dat artikel 59 tot de Lid-Staten is gericht, terwijl de mededingingsregels voor de ondernemingen zijn geschreven. In casu volstaat de vaststelling, dat de aan de Bundesanstalt opgedragen taken — bestrijding van de werkloosheid en instandhouding van evenwichtige verhoudingen op de arbeidsmarkt — door de activiteiten van particuliere personeelsconsulenten op geen enkele wijze worden ondermijnd. Het beste bewijs hiervoor is te vinden in meergenoemde circulaire van 1970.

59. De Bundesanstalt kan worden verweten, zich schuldig te maken aan een beperking van het aanbod in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b. Het misbruik bestaat hierin, dat de Bundesanstalt enerzijds particuliere arbeidsbemiddelaars de toegang tot de markt ontzegt, terwijl zij anderzijds niet in staat is aan de bestaande vraag naar dat soort bemiddeling naar behoren te voldoen (zie het arrest van 5 oktober 1988, zaak 238/78, Volvo, Jurispr. 1988, blz. 6211). Dit leidt ertoe, dat de particuliere personeelsconsulenten ingevolge § 134 BGB hun activiteiten niet rechtmatig kunnen uitoefenen en dat het aanbod achterblijft bij de werkelijke vraag. Dit misbruik kan de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, aangezien in het kader van de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel dikwijls ook in andere Lid-Staten naar geschikte kandidaten wordt gezocht. De Commissie kondigt aan, de in het Verdrag voorziene procedures te zullen inleiden ten einde deze praktijken te onderzoeken.

P. J. G. Kapteyn
rechter-rapporteur