ΕΚΘΕΣΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠ' ΑΚΡΟΑΤΗΡΙΟΥ ΣΥΖΗΤΗΣΗ
στην υπόθεση C-41/90 *

I — Περιστατικά και διαδικασία

1. *Νομικό πλαίσιο*

α) *Διεθνές δίκαιο*

1. Η γενική διάσκεψη της Διεθνούς Οργανώσεως Εργασίας ενέκρινε στις 9 Ιουλίου 1948, κατά την 31η σύνοδό της, τη σύμβαση υπ' αριθ. 88 για την οργάνωση υπηρεσίας απασχολήσεως εργατικού δυναμικού (*Conventions et recommandations adoptées par la conférence internationale du travail, 1919-1966,* Bureau international du travail, Γενεύη 1966, σ. 756). Το πρώτο άρθρο της συμβάσεως αυτής επιβάλλει σε όλα τα μέλη για τα οποία ισχύει η σύμβαση να οργανώνουν ή να μεριμνούν για την οργάνωση μιας δημόσιας υπηρεσίας απασχολήσεως εργατικού δυναμικού η οποία να παρέχει δωρεάν υπηρεσίες. Η υπηρεσία αυτή πρέπει, κατά το άρθρο 2, να συνίσταται σε ένα εθνικό σύστημα γραφείων ευρέσεως εργασίας που να λειτουργούν υπό τον έλεγχο ενός κεντρικού οργάνου. Το άρθρο 6 ορίζει ότι η οργάνωση της υπηρεσίας πρέπει να εξασφαλίζει σε ικανοποιητικό βαθμό τις προσλήψεις και τοποθετήσεις των εργαζομένων.

2. Το άρθρο 10 προβλέπει ότι η υπηρεσία απασχολήσεως εργατικού δυναμικού και οι άλλες ενδεχομένως δημόσιες αρχές πρέπει να λαμβάνουν, σε συνεργασία με τις οργανώσεις εργοδοτών και εργαζομένων και με τις άλλες ενδιαφερόμενες οργανώσεις, όλα τα αναγκαία μέτρα ώστε οι εργοδότες και οι εργαζόμενοι να ενθαρρύνονται να κάνουν εκουσίως πλήρη χρήση των υπηρεσιών του οργανισμού απασχολήσεως εργατικού δυναμικού. Τέλος, το άρθρο 11 επιβάλλει στις αρμόδιες αρχές την υποχρέωση να λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα για την αποτελεσματική συνεργασία του δημόσιου οργανισμού απασχολήσεως εργατικού δυναμικού και των ιδιωτικών γραφείων ευρέσεως εργασίας που λειτουργούν χωρίς κερδοσκοπικό σκοπό.

3. Η σύμβαση υπ' αριθ. 96, την οποία ενέκρινε την 1η Ιουλίου 1949 η γενική διάσκεψη κατά την 32η σύνοδό της, αφορά τα μεσιτικά γραφεία ευρέσεως εργασίας, που προσφέρουν τις υπηρεσίες τους έναντι αμοιβής (*Conventions et recommandations adoptées par les conférences internationales du travail, 1919-1966,* Bureau international du travail, Γενεύη 1966, σ. 835). Το άρθρο 1 της συμβάσεως αυτής διακρίνει μεταξύ γραφείων ευρέσεως εργασίας που επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό και αυτών που δεν επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό. Ως γραφεία που επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό ορίζονται όλα τα πρόσωπα, οι εταιρίες, οι οργανισμοί, τα μεσιτικά γραφεία ή οι άλλες οργανώσεις που διαμεσολαβούν για την εξεύρεση είτε εργασίας σε εργαζομένους είτε εργατικού δυναμικού στους εργοδότες, με σκοπό να αποκομίσουν άμεσα ή έμμεσα υλικό όφελος από τον έναν ή τον άλλο.

4. Το άρθρο 2 της συμβάσεως παρέχει στα μέλη που την κυρώνουν τη δυνατότητα να επιλέξουν είτε τις διατάξεις του δευτέρου τμήματος, οι οποίες προβλέπουν αφενός τη βαθμιαία κατάργηση των γραφείων ευρέσεως εργασίας που παρέχουν τις υπηρεσίες τους έναντι καταβολής αμοιβής και έχουν κερδοσκοπικό σκοπό και αφετέρου τη ρύθμιση των άλλων γραφείων ευρέσεως εργασίας, είτε τις διατάξεις του τρίτου μέρους, οι οποίες προβλέπουν τη ρύθμιση των γραφείων ευρέσεως εργασίας έναντι καταβολής αμοιβής,

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

περιλαμβανομένων και των γραφείων ευρέσεως εργασίας που επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό. Η βαθμιαία κατάργηση πάντως των τελευταίων αυτών γραφείων κατά τις διατάξεις του δευτέρου μέρους της συμβάσεως δεν είναι απόλυτη. Το άρθρο 5, παράγραφος 1, διευκρινίζει π.χ. ότι οι αρμόδιες αρχές θα επιτρέπουν κατ' εξαίρεση παρεκκλίσεις από τις διατάξεις περί καταργήσεως για ορισμένες κατηγορίες προσώπων, τα οποία θα ορίζονται ακριβώς από την εθνική νομοθεσία και για τα οποία η ανεύρεση εργασίας δεν θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί εντός του πλαισίου της δημόσιας υπηρεσίας απασχολήσεως, αλλά μόνο κατόπιν της προσήκουσας διαβουλεύσεως με τις ενδιαφερόμενες οργανώσεις των εργοδοτών και των εργαζομένων. Η δεύτερη παράγραφος του άρθρου αυτού απαριθμεί τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες επιτρέπονται οι παρεκκλίσεις. Το γραφείο θα πρέπει να υπόκειται στον έλεγχο της αρμόδιας αρχής, να διαθέτει ειδική άδεια και να εισπράττει την αμοιβή και τα έξοδά του βάσει των τιμών που θα έχει εγκρίνει η αρμόδια αρχή, ενώ δεν θα μπορεί να προσφέρει εργασία σε εργαζομένους από την αλλοδαπή ή στην αλλοδαπή, παρά μόνο εφόσον του έχει δοθεί άδεια από την αρμόδια αρχή και υπό τις προϋποθέσεις που θέτει η ισχύουσα νομοθεσία.

5. Το άρθρο 8 ορίζει ότι για κάθε παράβαση είτε του δεύτερου μέρους της συμβάσεως είτε των εκτελεστικών νομοθετικών διατάξεων πρέπει να προβλέπονται οι προσήκουσες ποινικές κυρώσεις, μεταξύ των οποίων και η ανάκληση, εφόσον είναι αναγκαίο, των αδειών που προβλέπει η σύμβαση.

6. Η σύμβαση υπ' αριθ. 96 έχει κυρωθεί από όλα τα κράτη μέλη της Κοινότητας, εκτός από τη Δανία και το Ηνωμένο Βασίλειο.

β) *Εθνικό δίκαιο*

7. Η αγορά εργασίας διέπεται στη Γερμανία από τον Arbeitsförderungsgesetz (νόμο για την προστασία της εργασίας, στο εξής: AFG). Το άρθρο 1 ορίζει τον σκοπό του νόμου: σκοπός των μέτρων που λαμβάνονται κατά τον AFG εντός του πλαισίου της κοινωνικής και οικονομικής πολιτικής της Ομοσπονδιακής Κυβερνήσεως είναι η επίτευξη και διατήρηση υψηλού βαθμού απασχολήσεως, η συνεχής διαρθρωτική βελτίωση της απασχολήσεως και η κατ' αυτόν τον τρόπο ανάπτυξη της οικονομίας. Η επίτευξη του γενικού αυτού σκοπού, ο οποίος συγκεκριμενοποιείται περισσότερο στο άρθρο 2, ανατίθεται, κατά το άρθρο 3 του νόμου, στο Bundesanstalt für Arbeit (Ομοσπονδιακή Υπηρεσία Απασχολήσεως, στο εξής: ΒΑ). Μεταξύ των καθηκόντων που έχουν ανατεθεί στην υπηρεσία αυτή καταλέγονται η διαμεσολάβηση για την εύρεση εργασίας και η χορήγηση των επιδομάτων ανεργίας.

8. Η έννοια της διαμεσολαβήσεως για την εύρεση εργασίας ορίζεται στο άρθρο 13 του AFG. Διαμεσολάβηση για την εύρεση εργασίας κατά την έννοια του νόμου αυτού είναι η διευκόλυνση των επαφών μεταξύ αναζητούντων εργασία και εργοδοτών, με σκοπό τη σύναψη εργασιακών σχέσεων. Για τη διεκπεραίωση του έργου της ως προς τη διαμεσολάβηση για την ανεύρεση εργασίας το ΒΑ διαθέτει, κατά το άρθρο 4, μονοπώλιο. Το άρθρο 18 ορίζει σχετικά ότι μόνο το ΒΑ έχει την εξουσία να διαμεσολαβεί για την ανεύρεση ή την προσφορά θέσεων εργασίας στην ημεδαπή ή την αλλοδαπή. Οι διασυνοριακές αυτές δραστηριότητες μπορούν πάντως να ασκούνται από άλλους οργανισμούς ή πρόσωπα, εφόσον προηγουμένως τους έχει δοθεί άδεια από το ΒΑ. Το ΒΑ αποφασίζει λαμβάνοντας υπόψη τα συμφέροντα των Γερμανών εργαζομένων και την κατάσταση της γερμανικής οικονομίας καθώς και την κατάσταση στην αγορά εργασίας. Η άδεια αυτή μπορεί να συνοδεύεται από όρους και υποχρεώσεις. Κατά το άρθρο 18, παράγραφος 2, πάντως, δεν μπορούν να θίγονται οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου.

9. Το άρθρο 23 προβλέπει άλλη μία εξαίρεση από τη μονοπωλιακή διαμεσολάβηση για την εύρεση εργασίας ή εργατικού δυναμικού. Σε ορισμένες εξαιρετικές περιπτώσεις το ΒΑ

μπορεί, αφού διαβουλευτεί με τις ενδιαφερόμενες ενώσεις εργοδοτών και εργαζομένων, να αναθέσει σε άλλους οργανισμούς ή πρόσωπα την ανεύρεση προσωπικού για ορισμένα επαγγέλματα. Οι δραστηριότητες όμως των προσώπων αυτών εξακολουθούν να υπόκεινται στον έλεγχο του ΒΑ.

10. Κατά τα άρθρα 20 και 21, το ΒΑ ασκεί τα μονοπωλιακά του δικαιώματα αμερόληπτα και χωρίς αντάλλαγμα. Το έκτο κεφάλαιο του AFG αφορά τα χρηματοδοτικά μέσα που παρέχουν στο ΒΑ τη δυνατότητα να επιτελεί κατ' αυτόν τον τρόπο το έργο του. Έτσι, το ΒΑ μπορεί να εισπράττει, σύμφωνα με το άρθρο 167, εισφορές από τους εργοδότες και τους εργαζομένους.

11. Το όγδοο κεφάλαιο του AFG περιέχει διατάξεις περί ποινών και προστίμων. Κατά το άρθρο 227 του AFG, τιμωρείται με ποινή φυλακίσεως ή χρηματική τιμή όποιος χωρίς προηγούμενη άδεια κατά το άρθρο 18 ή χωρίς εξουσιοδότηση του ΒΑ κατά το άρθρο 23 διαμεσολαβεί για να ανεύρει Γερμανός εργαζόμενος εργασία στην αλλοδαπή ή αλλοδαπός εργαζόμενος στην ημεδαπή. Το άρθρο 228 προβλέπει τη δυνατότητα επιβολής προστίμου για οποιαδήποτε δραστηριότητα διαμεσολαβήσεως που αντιβαίνει προς τον AFG.

12. Παρά το μονοπώλιο του ΒΑ σε σχέση με την ανεύρεση εργασίας, στη Γερμανία έχει αναπτυχθεί ειδικά ο κλάδος ευρέσεως εργασίας για στελέχη και διευθυντικά στελέχη επιχειρήσεων. Η δραστηριότητα αυτή ασκείται από συμβούλους προσλήψεων, οι οποίοι βοηθούν τις επιχειρήσεις ως προς τις προσλήψεις. Το ΒΑ αντέδρασε στην εξέλιξη αυτή με δύο τρόπους. Πρώτον, δημοσίευσε για πρώτη φορά τον Σεπτέμβριο 1957 εγκύκλιο που αφορά τις αρχές για την οριοθέτηση μεταξύ της δραστηριότητας των συμβούλων προσλήψεων και της κατά κυριολεξία διαμεσολαβήσεως ως προς την εύρεση εργασίας (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit, 1957,* σ. 457). Με την εγκύκλιο αυτή το ΒΑ δηλώνει ότι θα ανεχθεί ορισμένες δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων εντός του πλαισίου μιας συμφωνίας με διάφορες επαγγελματικές οργανώσεις. Η εγκύκλιος αυτή αντικαταστάθηκε στις 6 Νοεμβρίου 1970 με ένα νέο κείμενο (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit, 1970,* σ. 889).

13. Δεύτερον, το ΒΑ αποφάσισε να ιδρύσει γραφείο για στελέχη επιχειρήσεων (Büro für Führungskräfte der Wirtschaft), σκοπός του οποίου είναι η ανεύρεση προσωπικού με υψηλά προσόντα για την πλήρωση διευθυντικών θέσεων των μεγάλων επιχειρήσεων.

14. Πρέπει να σημειωθεί τέλος ότι η έκταση του μονοπωλίου του ΒΑ έχει αποτελέσει επανειλημμένα αντικείμενο δικαστικών αποφάσεων στη Γερμανία. Το Bundesverfassungsgericht π.χ. έκρινε, με απόφαση της 4ης Απριλίου 1967 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* τόμος 21, σ. 245), ότι το μονοπώλιο αυτό δεν είναι ασυμβίβαστο, ενόψει του γενικού συμφέροντος, με το δικαίωμα ελεύθερης επιλογής του επαγγέλματος. Κατά την απόφαση αυτή, το μονοπώλιο αυτό είναι αναγκαίο για την πρόληψη των καταχρήσεων που σημειώθηκαν στο παρελθόν και για τη θεραπεία των αδυναμιών του συστήματος ευρέσεως εργασίας μέσω των μεσιτικών γραφείων που επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό. Το μονοπώλιο αυτό καλύπτει, κατά το Bundesverfassungsgericht, και τις θέσεις διευθυντικών στελεχών επιχειρήσεων, έστω και αν ο τομέας αυτός διαφέρει από τον γενικό τομέα της ευρέσεως εργασίας. Η ενδεχόμενη διαφοροποίηση της εκτάσεως του μονοπωλίου ανάλογα με το επάγγελμα θα ήταν δύσκολη και θα μείωνε την αποτελεσματικότητα των δραστηριοτήτων του ΒΑ. Κατά το Bundesgerichtshof, το μονοπώλιο ισχύει και για τα στελέχη και διευθυντικά στελέχη (απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 1974, υπόθ. IV ZR 7/73, *Betriebsberater* 2-20, Ιανουάριος 1975, σ. 96). Οι δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων εξαιρούνται μόνο εφόσον συνίστανται κυρίως στην παροχή συμβουλών και εφόσον δεν ζητείται καμία ιδιαίτερη αμοιβή για τη διαμεσολάβηση για την

ανεύρεση προσωπικού. Για τη διαμεσολάβηση για την ανεύρεση στελεχών, για την οποία δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές, δεν μπορεί να επιδιωχθεί δικαστικώς η καταβολή ούτε αμοιβής ούτε αποζημιώσεως (απόφαση της 12ης Απριλίου 1978, υπόθ. IV ZR 157/75, *Betriebsberater* 28, Οκτώβριος 1978, σ. 1415). Κατά το άρθρο 134 του γερμανικού Αστικού Κώδικα, οι συμβάσεις που αντιβαίνουν προς απαγόρευση προβλεπόμενη από το νόμο είναι άκυρες.

2. *Πραγματικά περιστατικά και διαδικασία της κύριας δίκης*

15. Αντίδικοι στην κύρια δίκη είναι οι σύμβουλοι προσλήψεων Höfner και Elser, Γερμανοί υπήκοοι και κάτοικοι Γερμανίας, και η εταιρία Macrotron, που εδρεύει στο Μόναχο. Οι διάδικοι είχαν συνάψει σύμβαση της οποίας το αντικείμενο ήταν η εξεύρεση και η επιλογή υποψηφίων για τη θέση του διευθυντή του τμήματος πωλήσεων της εταιρίας Macrotron. Κατόπιν διαφόρων ενεργειών οι Höfner και Elser παρουσίασαν στην εταιρία Macrotron έναν κατά την κρίση τους κατάλληλο υποψήφιο, ονομαζόμενο R. Dechert, ο οποίος είχε τη γερμανική ιθαγένεια. Η εταιρία Macrotron όμως αποφάσισε να μην προσλάβει τον Dechert και αρνήθηκε να καταβάλει στους συμβούλους προσλήψεων την αμοιβή τους. Κατόπιν αυτού οι σύμβουλοι προσλήψεων ενήγαγαν τη Macrotron ενώπιον του Landgericht München I και αξίωσαν την καταβολή της συμφωνημένης αμοιβής. Το Landgericht απέρριψε την αγωγή με απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 1987. Κατά της αποφάσεως αυτής οι ενάγοντες άσκησαν έφεση ενώπιον του Oberlandesgericht München (Εφετείου του Μονάχου).

3. *Προδικαστικά ερωτήματα*

16. Το τμήμα του Oberlandesgericht που εκδικάζει την υπόθεση δέχεται, με τη Διάταξη της 31ης Ιανουαρίου 1990, ότι η μεταξύ των διαδίκων σύμβαση αποτελεί σύμβαση παροχής υπηρεσιών, η οποία είναι άκυρη κατά το άρθρο 134 του γερμανικού Αστικού Κώδικα (Bundesgesetzbuch), σε συνδυασμό με το άρθρο 13 του AFG. Το δικάζον τμήμα παραπέμπει σχετικά στη νομολογία του Bundesgerichtshof κατά την οποία δεν υφίσταται υποχρέωση για πληρωμή αμοιβής, εφόσον η αμοιβή αυτή έχει συμφωνηθεί ως αντιπαροχή για μη επιτρεπόμενη κατά τον AFG διαμεσολάβηση για την εύρεση εργασίας ή προσωπικού. Η προκειμένη περίπτωση αποτελεί τέτοια ανεπίτρεπτη διαμεσολάβηση. Η αγωγή δεν μπορεί να στηριχτεί ούτε στο άρθρο 812 του γερμανικού Αστικού Κώδικα, το οποίο αφορά τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, καθόσον οι ενάγοντες δεν προσκόμισαν τα αναγκαία αποδεικτικά στοιχεία.

17. Κατά την άποψη του δικάζοντος τμήματος, η αγωγή πρέπει συνεπώς να απορριφθεί, καθόσον στηρίζεται στο εθνικό δίκαιο. Δεν θα συνέβαινε όμως κατ' ανάγκη το ίδιο, εφόσον στηριζόταν στο κοινοτικό δίκαιο. Για τον λόγο αυτό το Oberlandesgericht München ανέστειλε τη διαδικασία, με Διάταξη της 31ης Ιανουρίου 1990, και ζήτησε από το Δικαστήριο, κατ' εφαρμογή του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΟΚ, να εκδώσει προδικαστική απόφαση επί των εξής ερωτημάτων:

« 1) Αποτελεί η διαμεσολάβηση των επιχειρήσεων συμβούλων προσλήψεων που αποσκοπεί στην ανεύρεση στελεχών επιχειρήσεων παροχή υπηρεσίας κατά την έννοια του άρθρου 60, εδάφιο 1, της Συνθήκης ΕΟΚ και αποτελεί η διαμεσολάβηση για την ανεύρεση στελεχών άσκηση δημόσιας εξουσίας κατά την έννοια των άρθρων 66 και 55 της Συνθήκης ΕΟΚ;

2) Συνιστά η κατά τα άρθρα 4 και 13 του AFG πλήρης απαγόρευση της διαμεσολαβήσεως για την ανεύρεση στελεχών επιχειρήσεων μέσω γερμανικών επιχειρήσεων ανευρέσεως προσωπικού επαγγελματική ρύθμιση δικαιολογούμενη από λόγους γενικού συμφέροντος ή μονο-

πώλιο δικαιολογού μενο από λόγους δημόσιας τάξης και ασφάλειας (άρθρα 66 και 56, παράγραφος 1, της Συνθήκης ΕΟΚ);

3) Μπορεί μια γερμανική επιχείρηση ανευρέσεως προσωπικού να επικαλεστεί τα άρθρα 7 και 59 της Συνθήκης ΕΟΚ, όταν διαμεσολαβεί για την πρόσληψη Γερμανών από γερμανικές επιχειρήσεις;

4) Ενόψει του άρθρου 90, παράγραφος 2, της Συνθήκης ΕΟΚ, δεσμεύεται το Bundesanstalt für Arbeit, κατά την ανεύρεση προσωπικού για την κάλυψη θέσεων στελεχών επιχειρήσεων, από τις διατάξεις της Συνθήκης ΕΟΚ, και συγκεκριμένα από το άρθρο 59 της Συνθήκης, και αποτελεί η μονοπώληση της ανευρέσεως στελεχών επιχειρήσεων καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης στην αγορά κατά την έννοια του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ; »

4. *Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου*

18. Η Διάταξη περί παραπομπής πρωτοκολλήθηκε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 14 Φεβρουαρίου 1990.

19. Έγγραφες παρατηρήσεις κατ' εφαρμογή του άρθρου 20 του Πρωτοκόλλου περί του Οργανισμού του Δικαστηρίου της ΕΟΚ κατέθεσαν οι εφεσείοντες της κύριας δίκης, εκπροσωπούμενοι από τον Joachim Müller, δικηγόρο Μονάχου, και τον Volker Emmerich, καθηγητή της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Bayreuth, η εφεσίβλητη της κύριας δίκης, εκπροσωπούμενη από τον Holm Tipper, δικηγόρο Μονάχου, η Γερμανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον Ernst Röder, Regierungsdirektor του Ομοσπονδιακού Υπουργείου Οικονομίας, καθώς και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τον Étienne Lasnet, νομικό σύμβουλό της, και τον Bernhard Jansen, μέλος της νομικής υπηρεσίας της.

20. Με Διάταξη της 10ης Οκτωβρίου 1990, την οποία εξέδωσε κατ' εφαρμογή του άρθρου 95, παράγραφοι 1 και 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, το Δικαστήριο ανέθεσε την εκδίκαση της υποθέσεως στο έκτο τμήμα. Κατόπιν εκθέσεως του εισηγητή δικαστή και αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα, το Δικαστήριο αποφάσισε επίσης να προχωρήσει στην προφορική διαδικασία χωρίς προηγούμενη διεξαγωγή αποδείξεων.

II — Περίληψη των γραπτών παρατηρήσεων που κατατέθηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου

1. *Επί της έννοιας της υπηρεσίας*

21. Κατά την άποψη των *Höfner και Elser* η έννοια της « υπηρεσίας » στο άρθρο 60 της Συνθήκης ΕΟΚ πρέπει να ερμηνεύεται ευρέως. Η έννοια αυτή καλύπτει όλες τις πράξεις στις οποίες προβαίνουν έναντι αντιπαροχής οι αυτοτελώς απασχολούμενοι, ανεξάρτητα από τον επιδιωκόμενο σκοπό. Το γεγονός ότι η υπηρεσία παρέχεται έναντι αμοιβής σημαίνει απλώς ότι πρέπει να καταβληθεί ορισμένο ποσό. Η καταβολή αυτή δεν χρειάζεται κατ' ανάγκη να πραγματοποιηθεί από τον αποδέκτη της υπηρεσίας, αλλά μπορεί να πραγματοποιηθεί και από τρίτους. Η φύση, το ύψος και το χρονικό σημείο της καταβολής δεν έχουν σημασία. Μπορεί μάλιστα να πρόκειται για χρηματοδότηση εκ μέρους του Δημοσίου, μέσω φόρων ή εισφορών.

22. Κατά τους εφεσείοντες, από την απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Ιανουαρίου 1979, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 110/78 και 111/78, Van Wesemael (Sig. 1979, σ. 35), προκύπτει ότι η διαμεσολάβηση για την εύρεση

εργασίας ή προσωπικού αποτελεί παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια του άρθρου 60 της Συνθήκης ΕΟΚ. Αυτό ισχύει κατά μείζονα λόγο για την ανεύρεση στελεχών επιχειρήσεων. Υπάρχουν ορισμένα χαρακτηριστικά που διακρίνουν την υπηρεσία αυτή από τη γενική διαμεσολάβηση για την ανεύρεση εργασίας ή προσωπικού. Σε αντίθεση με τη γενική αυτή διαμεσολάβηση, η πρωτοβουλία για την ανεύρεση των στελεχών επιχειρήσεων δεν προέρχεται από όσους ζητούν εργασία. Η επιχείρηση έρχεται με δική της πρωτοβουλία σε επαφή με τον σύμβουλο προσλήψεων, από τον οποίο ζητεί να τη βοηθήσει στην εξεύρεση και την επιλογή στελεχών της. Ο σύμβουλος αυτός σπάνια μεριμνά για την τελική επιλογή, αλλά απλώς προσφέρει όλη την αναγκαία βοήθεια μέχρι την επιλογή αυτή. Επομένως, είναι αδύνατο να ενέχουν οι δραστηριότητες του συμβούλου προσλήψεων τους ίδιους κινδύνους εκμεταλλεύσεως των εργαζομένων τους οποίους ενέχουν οι δραστηριότητες των γενικών μεσιτικών γραφείων ευρέσεως εργασίας.

23. Κατά την άποψη των εφεσειόντων, η διαφορά αυτή επιβεβαιώνεται στην πράξη στην αγορά εργασίας τόσο της Γερμανίας όσο και των άλλων κρατών μελών. Η ίδρυση ειδικού γραφείου από το ΒΑ για την ανεύρεση στελεχικού δυναμικού αποτελεί ένδειξη για το ότι πρόκειται για ειδικό τομέα της αγοράς. Σύμφωνα με τα στοιχεία που δόθηκαν από τους εφεσείοντες, στον τομέα αυτό της αγοράς λειτουργούν 700 έως 800 επιχειρήσεις, οι οποίες απασχολούν 2 000 περίπου συμβούλους προσλήψεων και πραγματοποιούν κύκλο εργασιών κυμαινόμενο από 750 εκατομμύρια μέχρι 1,2 δισεκατομμύριο μάρκα (DM). Εξάλλου, λόγω των ιδιαιτεροτήτων τους, οι δραστηριότητες αυτές των συμβούλων προσλήψεων δεν χαρακτηρίζονται καν ως κατά κυριολεξία διαμεσολάβηση για την ανεύρεση προσωπικού ή εργασίας.

24. Κατά τους εφεσείοντες, το γεγονός ότι το κατά νόμο μονοπώλιο του ΒΑ καλύπτει καταρχήν και τις δραστηριότητες αυτές δεν σημαίνει ότι επ' αυτών δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου για την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Οι διατάξεις αυτές αφορούν και τις υπηρεσίες που παρέχονται από πρόσωπα δημοσίου δικαίου (βλ. π.χ. απόφαση της 30ής Απριλίου 1974, στην υπόθεση 155/73, Sacchi, Slg. 1974, σ. 409). Η εφαρμογή των διατάξεων αυτών δεν αναιρείται ούτε από το γεγονός ότι το ΒΑ παρέχει τις υπηρεσίες του χωρίς αντάλλαγμα, αφού το αντάλλαγμα αποτελούν οι εργοδοτικές και εργατικές εισφορές που καταβάλλονται κατά το άρθρο 167 του AFG. Τα κράτη μέλη θα μπορούσαν ειδάλλως να εξαιρούν ορισμένες υπηρεσίες από το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 59 επ. της Συνθήκης ΕΟΚ προβλέποντας την παροχή των υπηρεσιών αυτών από μονοπώλιο που θα χρηματοδοτούνταν μέσω υποχρεωτικών εισφορών.

25. Η *Γερμανική Κυβέρνηση* τονίζει ότι το Δικαστήριο έχει ήδη κρίνει, με την απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 1979, στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 110/78 και 111/78, Van Wesemael (Slg. 1979, σ. 35), ότι η ανεύρεση εργασίας σε καλλιτέχνες αποτελεί υπηρεσία κατά την έννοια του άρθρου 60 της Συνθήκης ΕΟΚ και ότι δεν έχει καμία σημασία η ιδιότητα των προσώπων για τα οποία εξευρίσκεται η εργασία.

26. Η *Επιτροπή* αναφέρεται επίσης στην απόφαση αυτή του Δικαστηρίου. Το γεγονός ότι οι υπηρεσίες προς ανεύρεση στελεχών επιχειρήσεων δεν παρέχονται μόνο από επιχειρήσεις συμβούλων προσλήψεων, αλλά και από ένα δημόσιο οργανισμό όπως το ΒΑ, το οποίο τις παρέχει ατελώς, δεν επηρεάζει καθόλου το συμπέρασμα αυτό. Η ύπαρξη των επιχειρήσεων αυτών αποδεικνύει ότι πολλές συναλλαγές πραγματοποιούνται έναντι καταβολής αμοιβής. Κατά την Επιτροπή, δεν έχει καμία σημασία ότι η ύπαρξη αυτή των επιχειρήσεων εξηγείται από τη στάση του ΒΑ, το οποίο ανέχεται τον περιορισμό του μονοπωλίου του.

2. *Επί της ασκήσεως δημόσιας εξουσίας*

27. Κατά την άποψη των *Höfner και Elser,* από την απόφαση του Δικαστηρίου της 21ης Ιουνίου 1974, στην υπόθεση 2/74, Reyners

(Slg. 1974, σ. 631), προκύπτει ότι η έννοια της ασκήσεως δημόσιας εξουσίας αποτελεί έννοια του κοινοτικού δικαίου, η οποία πρέπει να ερμηνεύεται στενά. Πρέπει δε να πρόκειται για άμεση και ειδική συμμετοχή στην άσκηση της δημόσιας εξουσίας. Η προϋπόθεση αυτή δεν συντρέχει, όταν η συγκεκριμένη δραστηριότητα αποτελεί μέρος των καθηκόντων των δημοσίων αρχών και ασκείται από δημόσιο οργανισμό, όπως το ΒΑ. Εξάλλου, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί η επιλογή στελεχών επιχειρήσεων ως άσκηση δημόσιας εξουσίας.

28. Η *Macrotron* παρατηρεί ότι ένας από τους βασικούς στόχους του κράτους πρόνοιας είναι η επίτευξη πλήρους απασχολήσεως. Προϋπόθεση για την επίτευξη του στόχου αυτού είναι η άσκηση δραστήριας κρατικής πολιτικής, ένα από τα μέσα της εφαρμογής της οποίας είναι στη Γερμανία ο AFG. Το μονοπώλιο επομένως του ΒΑ για την εύρεση εργασίας σε όλες τις κατηγορίες εργαζομένων αποτελεί άμεση και ειδική συμμετοχή στην άσκηση δημόσιας εξουσίας. Κατά συνέπεια, η διαμεσολάβηση για την ανεύρεση στελεχικού δυναμικού εμπίπτει στο άρθρο 55 της Συνθήκης ΕΟΚ.

29. Η *Γερμανική Κυβέρνηση* συμφωνεί με την άποψη της εφεσίβλητης. Το αν συντρέχει άσκηση δημόσιας εξουσίας εκτιμάται βάσει του εθνικού δικαίου. Η έννοια της δημόσιας εξουσίας καλύπτει όχι μόνο την εφαρμογή κρατικών μέτρων καταναγκασμού που θίγουν την ελευθερία του πολίτη, αλλά και όλα τα διοικητικά μέτρα που λαμβάνουν έναντι των πολιτών οι οργανισμοί στους οποίους έχει απονεμηθεί δημόσια εξουσία. Έτσι, στο πλαίσιο του AFG, έχει μεταβιβαστεί κρατική εξουσία στο ΒΑ λόγω της σπουδαιότητας της αποστολής του. Το ΒΑ πρέπει πράγματι, προς το συμφέρον των εργαζομένων και της οικονομίας γενικότερα, να εξασφαλίζει, κατά το δυνατόν χωρίς τριβές, την εξισορρόπηση της αγοράς εργασίας και την ασφαλιστική κάλυψη. Για την εκπλήρωση του έργου αυτού η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας έχει αναλάβει, βάσει των συμβάσεων 88 και 96, ειδική υποχρέωση, την οποία το ΒΑ πρέπει να εκπληρώνει, κατά το άρθρο 3 του AFG, « στο πλαίσιο της κοινωνικής και οικονομικής πολιτικής της Ομοσπονδιακής Κυβερνήσεως ». Για την εκπλήρωση του έργου του, το ΒΑ πρέπει να διαθέτει ένα γενικό μονοπώλιο για τη διαμεσολάβηση εργασίας, το οποίο να του δίνει τη δυνατότητα να έχει σφαιρική εικόνα της καταστάσεως σε ολόκληρη την αγορά εργασίας. Δεν θα μπορούσε να έχει την εικόνα αυτή, αν γίνονταν διακρίσεις της διαμεσολαβήσεως αυτής ανάλογα με τα προσόντα των ενδιαφερομένων. Η Γερμανική Κυβέρνηση παρατηρεί εξάλλου ότι η ανάγκη προστασίας κατά την ανεύρεση εργασίας δεν μεταβάλλεται ανάλογα με το επάγγελμα.

30. Η *Επιτροπή* υποστηρίζει αντίθετα ότι η άσκηση δημόσιας εξουσίας αποτελεί έννοια του κοινοτικού δικαίου, το περιεχόμενο της οποίας δεν μπορεί να εξαρτάται από το αν οι σχετικές δραστηριότητες ασκούνται σε ορισμένα κράτη μέλη από δημόσιους μόνο οργανισμούς. Το κριτήριο είναι αν η δραστηριότητα αυτή αποτελεί άσκηση δημόσιας εξουσίας από το κράτος. Αυτό βέβαια δεν συμβαίνει στην περίπτωση του συστήματος ευρέσεως εργασίας που λειτουργεί υπό την αιγίδα του κράτους με σκοπό την προστασία των εργαζομένων από ενδεχόμενη εκμετάλλευση. Το γεγονός ότι γίνεται ανεκτή η εύρεση εργασίας σε στελέχη επιχειρήσεων από ιδιώτες αποδεικνύει ότι δεν πρόκειται για άσκηση δημόσιας εξουσίας.

3. *Επί του δικαιολογητικού λόγου της απαγορεύσεως*

31. Κατά την άποψη των *Höfner και Elser,* το άρθρο 59 της Συνθήκης ΕΟΚ δεν απαγορεύει μόνο τις ρυθμίσεις που δημιουργούν διακρίσεις, αλλά και τις ρυθμίσεις που περιορίζουν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών χωρίς να οδη-

γούν σε διακρίσεις εις βάρος των αλλοδαπών που παρέχουν υπηρεσίες. Στην παρούσα υπόθεση πρόκειται για ρύθμιση που ισχύει αδιακρίτως τόσο για τους αλλοδαπούς όσο και για τους Γερμανούς υπηκόους, αλλά περιορίζει την ελευθερία αυτή από πολλές απόψεις. Το μονοπώλιο του ΒΑ εμποδίζει τους συμβούλους προσλήψεων από τα άλλα κράτη μέλη να παρέχουν τις υπηρεσίες τους στη Γερμανία και υποχρεώνει τις γερμανικές επιχειρήσεις να ζητούν τη σύμπραξη του ΒΑ.

32. Κατά την άποψη των εφεσειόντων, το είδος αυτό των περιορισμών δικαιολογείται πάντως, βάσει της νομολογίας του Δικαστηρίου, από λόγους που ανάγονται στο γενικό συμφέρον, όπως είναι η προστασία των εργαζομένων και η διατήρηση αγαθών σχέσεων στην αγορά εργασίας (απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 1979, στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 110/78 και 111/78, Van Wesemael, Slg. 1979, σ. 35, και απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1981, στην υπόθεση 279/80, Webb, Συλλογή 1981, σ. 3305). Ο δικαιολογητικός αυτός λόγος ισχύει μόνο όταν η ρύθμιση τελεί σε σχέση αναλογίας προς τον επιδιωκόμενο νόμιμο σκοπό. Η προϋπόθεση αυτή της αναλογικότητας δεν συντρέχει, όταν το κράτος μέλος εντός του οποίου εκπληρώνεται η παροχή δεν λαμβάνει υπόψη τη νομοθεσία στην οποία υπόκειται ο παρέχων τις υπηρεσίες εντός του κράτους στο οποίο είναι εγκατεστημένος. Στην προκειμένη περίπτωση η γερμανική απαγόρευση δεν λαμβάνει καθόλου υπόψη τις αλλοδαπές ρυθμίσεις για τη διαμεσολάβηση κατά την εύρεση εργασίας ή προσωπικού. Η απαγόρευση αυτή ισχύει απεριόριστα, μονολότι ο AFG προβλέπει τη δυνατότητα παροχής άδειας ασκήσεως της δραστηριότητας αυτής.

33. Κατά τους εφεσείοντες, η παράβαση αυτή της αρχής της αναλογικότητας είναι βαρύτερη ιδιαίτερα στην περίπτωση των συμβούλων προσλήψεων, στην περίπτωση των οποίων σε κανένα άλλο κράτος δεν θεωρείται ότι υφίσταται γενικό συμφέρον. Ακόμη και το ΒΑ αναγνωρίζει, με τις εγκυκλίους του του 1957 και του 1970, ότι η δραστηριότητα αυτή διαφέρει από την εν γένει διαμεσολάβηση για την εύρεση προσωπικού ή εργασίας. Εν τούτοις το ΒΑ καταβάλλει προσπάθειες μονοπωλήσεως της αγοράς αυτής, χωρίς όμως να είναι σε θέση να ανταποκριθεί ικανοποιητικά στη ζήτηση.

34. Η εταιρία *Macrotron* αμφισβητεί ότι το ΒΑ δεν είναι σε θέση να ανταποκριθεί στη ζήτηση αυτή. Το 1988 το ΒΑ κάλυψε, στην αγορά στελεχικού δυναμικού της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, ποσοστό 16 % των θέσεων και 30 % περίπου των αναζητούντων εργασία. Τα ποσοστά αυτά υπερβαίνουν τα αντίστοιχα ποσοστά όλων των ιδιωτικών μεσιτικών γραφείων ευρέσεως εργασίας.

35. Η Macrotron θεωρεί επίσης ότι η γερμανική ρύθμιση περί μονοπωλίου συγκεντρώνει όλες τις προϋποθέσεις που έχει θέσει το Δικαστήριο με τη νομολογία του για να δικαιολογείται ο περιορισμός της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (βλ. αποφάσεις της 18ης Ιανουαρίου 1979 και της 17ης Δεκεμβρίου 1981, καθώς και την απόφαση της 3ης Δεκεμβρίου 1974, 33/74, Van Binsbergen, Slg. 1974, σ. 1299). Το μονοπώλιο του ΒΑ αποτελεί πολιτική επιλογή προς το γενικό συμφέρον. Το μονοπώλιο αυτό είναι επιπλέον αναγκαίο για τη δημιουργία ευνοϊκών συνθηκών στην αγορά εργασίας της Γερμανίας, η οποία χαρακτηρίζεται από ένα μεγάλο αριθμό ανέργων, και για την εξασφάλιση της κοινωνικής ασφαλίσεως των εργαζομένων. Η απαγόρευση ασκήσεως διαμεσολαβητικών δραστηριοτήτων εκτός του μονοπωλίου ισχύει άλλωστε τόσο για τους ημεδαπούς όσο και για τους υπηκόους των άλλων κρατών μελών. Εξάλλου, δεν πρόκειται για υπερβολικό μονοπώλιο, προβλέπεται δε η δυνατότητα εξαιρέσεων και οι εφεσείοντες θα μπορούσαν να κάνουν χρήση της δυνατότητας αυτής.

36. Κατά την άποψη της *Γερμανικής Κυβερνήσεως*, τα άρθρα 66 και 56 της Συνθήκης ΕΟΚ δεν έχουν καμία σημασία εν προκειμένω, καθόσον το μονοπώλιο για την εύρεση εργα-

σίας δεν αποτελεί καμία « ειδική ρύθμιση για τους αλλοδαπούς ».

37. Η Γερμανική Κυβέρνηση παραθέτει το ιστορικό της καθιερώσεως του μονοπωλίου αυτού. Στο παρελθόν τα ιδιωτικά μεσιτικά γραφεία ευρέσεως εργασίας επεδίωκαν κυρίως την εξεύρεση εργασίας σε ειδικευμένο προσωπικό που διέθετε πολλά προσόντα, ώστε η σχέση του κόστους προς το κέρδος να είναι συμφέρουσα, και έκαναν κατάχρηση της ισχύος τους, εκμεταλλευόμενα τη δύσκολη κατάσταση των ανέργων ή παρακινώντας τους εργαζομένους να καταγγείλουν τη σύμβαση εργασίας τους, και εισπράττοντας έτσι προμήθεια για τη μεσιτία τους. Η ανεύρεση εργασίας μέσω του ΒΑ, η οποία πραγματοποιείται αμερόληπτα και δωρεάν, έθεσε τέρμα στην πρακτική αυτή. Οι υπηρεσίες αυτές πρέπει να βρίσκονται στη διάθεση όλων των εργαζομένων, ανεξάρτητα από τα προσόντα τους και τη δυνατότητά τους να αντεπεξέλθουν στον ανταγωνισμό. Προκειμένου να προστατευθούν οι εργαζόμενοι με τα λιγότερα προσόντα, πρέπει να αποφευχθεί, κατά τη Γερμανική Κυβέρνηση, ο διαχωρισμός της αγοράς εργασίας σε έναν κλάδο που θα αφορά την μέσω ιδιωτικών μεσιτικών γραφείων ανεύρεση εργασίας για ειδικευμένο προσωπικό και σε ένα άλλο κλάδο, που θα αφορά τη μέσω του δημόσιου οργανισμού απασχολήσεως εργατικού δυναμικού εξεύρεση εργασίας για όσους έχουν λιγότερες ικανότητες. Τα ανωτέρω ισχύουν κατά μείζονα λόγο για τη γερμανική αγορά εργασίας, η οποία σήμερα χαρακτηρίζεται από υψηλή ανεργία και από έλλειψη εργατικού δυναμικού σε ορισμένα επαγγέλματα.

38. Η *Επιτροπή* τονίζει, σε σχέση με το δεύτερο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου, ότι η επίμαχη απαγόρευση δεν είναι απόλυτη. Απόλυτη απαγόρευση ισχύει μόνο για τις δραστηριότητες που δεν ρυθμίζονται με την εγκύκλιο του 1970. Οι σύμβουλοι προσλήψεων, ακόμη και όταν τηρούν την ανωτέρω εγκύκλιο, δεν μπορούν να αξιώσουν την ικανοποίηση των απαιτήσεών τους από τη σύμβαση, διότι τούτο θα αντέβαινε προς το άρθρο 134 του γερμανικού Αστικού Κώδικα. Αυτή η αστικού δικαίου κύρωση αποτελεί, κατά την Επιτροπή, περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.

39. Για τον περιορισμό αυτό, ο οποίος οριοθετήθηκε παραπάνω, η Επιτροπή θεωρεί ότι υπάρχουν τρεις δικαιολογητικοί λόγοι. Ο πρώτος λόγος συνίσταται στην αποτελεσματική καταπολέμηση της ανεργίας. Είναι προφανές ότι οι δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων δεν εμποδίζουν την επίτευξη του σκοπού αυτού. Πρόκειται για μια σχετικά μικρή αγορά, η οποία ελάχιστα επηρεάζει τη γενική αγορά. Το γεγονός ότι το ΒΑ, το οποίο είναι το καταρχήν αρμόδιο για την καταπολέμηση της ανεργίας, ανέχεται την ιδιωτική πρωτοβουλία στον τομέα αυτό επιβεβαιώνει την ανωτέρω ανάλυση. Για τον λόγο αυτό η επιβολή περιορισμών στην ιδιωτική αυτή πρωτοβουλία είναι δυσανάλογη.

40. Τα ίδια ισχύουν και για τον δεύτερο λόγο, την πρόληψη καταχρήσεων. Το στελεχικό δυναμικό, για το οποίο ενδιαφέρονται οι σύμβουλοι προσλήψεων, δεν τελεί στην ίδια σχέση εξαρτήσεως όπως οι συνηθισμένοι άνεργοι. Η ύπαρξη της εγκυκλίου αποτελεί επίσης ένδειξη του ότι η επιβολή κυρώσεων είναι δυσανάλογη.

41. Κατά την άποψη της Επιτροπής, από τις διεθνείς δεσμεύσεις που απορρέουν από τις συμβάσεις της Διεθνούς Οργανώσεως Εργασίας ενδέχεται να προκύπτει ένας τρίτος δικαιολογητικός λόγος. Το άρθρο 5 της συμβάσεως υπ' αριθ. 96 προβλέπει εντούτοις ρητά ότι για ορισμένες κατηγορίες προσώπων επιτρέπεται να προβλέπονται εξαιρέσεις από την απαγόρευση της υπάρξεως ιδιωτικών μεσιτικών γραφείων ευρέσεως εργασίας που λειτουργούν με σκοπό το κέρδος. Το ΒΑ, κατά την έκδοση των εκγυκλίων, ακολούθησε προφανώς τη διάταξη αυτή. Οι εγκύκλιοι όμως αυτές δεν καθιστούν νόμιμη την ύπαρξη των συμβούλων προσλήψεων. Επομένως, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 59 της Συνθήκης ΕΟΚ, επειδή δεν προέβλεψε καμία ειδική εξαίρεση για τους συμβούλους προσλή-

ψεων σύμφωνα με το άρθρο 5 της συμβάσεως υπ' αριθ. 96.

42. Η Επιτροπή θεωρεί πάντως ότι το αιτούν δικαστήριο πρέπει να υποβάλει νέα ερωτήματα κατ' εφαρμογή του άρθρου 177, εφόσον κατά τη διάρκεια της κύριας δίκης προκύψει ότι υπάρχουν άλλοι δικαιολογητικοί λόγοι για τον περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.

4. *Επί της δυνατότητα επικλήσεως των άρθρων 7 και 59 της Συνθήκης ΕΟΚ*

43. Οι *Höfner και Elser* παρατηρούν καταρχάς ότι, κατά πάγια νομολογία, εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να κρίνει, στο πλαίσιο της κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ του Δικαστηρίου και των εθνικών δικαστηρίων κατά το άρθρο 177 της Συνθήκης ΕΟΚ, κατά πόσον τα προδικαστικά ερωτήματα είναι κρίσιμα για την απόφασή του. Τα ερωτήματα αυτά αφορούν εν προκειμένω το πρόβλημα της αντίστροφης διάκρισης.

44. Οι εφεσείοντες τονίζουν καταρχάς ότι οι δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων ενέχουν γενικά αρκετά διασυνοριακά στοιχεία, ώστε να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου. Αυτό συμβαίνει πολύ συχνά, όπως π.χ. όταν ο αλλοδαπός σύμβουλος προσλήψεων αναζητεί στη Γερμανία προσωπικό ή αντίστροφα ή όταν ο αλλοδαπός εντολέας προσεγγίζει Γερμανούς στελέχη επιχειρήσεων ή αντίστροφα. Η προκειμένη περίπτωση έχει επίσης σχέση με το κοινοτικό δίκαιο. Η σύμβασή τους με την επιχείρηση Macrotron προέβλεπε επίσης τη δυνατότητα αναζητήσεως Γερμανών ή αλλοδαπών υποψηφίων εγκατεστημένων σε άλλα κράτη μέλη.

45. Στη συνέχεια οι εφεσείοντες ισχυρίζονται ότι το άρθρο 7 της Συνθήκης ΕΟΚ αποτελεί θεμελιώδη διάταξη, η οποία απαγορεύει, κατά το γράμμα της, οποιαδήποτε διάκριση οφείλεται στην ιθαγένεια και επομένως ισχύει για όλους τους πολίτες της Κοινότητας, ανεξάρτητα από την κατάσταση στην οποία βρίσκονται. Αυτή η υποχρέωση παροχής ίσων ευκαιριών συνεπάγεται την απαγόρευση της δυσμενούς διακρίσεως των ημεδαπών έναντι των αλλοδαπών. Η αντίληψη αυτή συνάδει προς τη νομολογία του Δικαστηρίου (βλ. π.χ. την απόφαση της 7ης Φεβρουαρίου 1979, 115/78, Knoors, Slg. 1979, σ. 399). Στις περιπτώσεις στις οποίες το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 7 δεν απαγορεύει την ύπαρξη αυστηρότερων διατάξεων στην ημεδαπή απ' ό,τι στην αλλοδαπή, επρόκειτο για διατάξεις του εθνικού δικαίου που συμβιβάζονταν με το κοινοτικό δίκαιο (απόφαση της 3ης Ιουλίου 1979, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 185 έως 204/78, Van Dam, Slg. 1979, σ. 2345· και απόφαση της 14ης Ιουλίου 1981, 155/80, Oebel, Συλλογή 1981, σ. 1993). Στην παρούσα περίπτωση όμως πρόκειται για αδικαιολόγητη και ασυμβίβαστη προς το κοινοτικό δίκαιο διάταξη.

46. Οι εφεσείοντες παρατηρούν ότι το άρθρο 59 της Συνθήκης ΕΟΚ περιέχει μια γενική απαγόρευση, η οποία ισχύει και για τους ημεδαπούς που παρέχουν υπηρεσίες οι οποίες ενέχουν στοιχεία αναγόμενα σε δύο ή περισσότερες χώρες. Τούτο επιβεβαιώνεται από το άρθρο 60, παράγραφος 3, της Συνθήκης ΕΟΚ, το οποίο εγγυάται στους αλλοδαπούς ίδια μεταχείριση με τους ημεδαπούς. Αν οι διατάξεις αυτές ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι επιτρέπουν διακρίσεις εις βάρος των ημεδαπών, τότε το άρθρο 59 θα αλλοίωνε τους όρους ανταγωνισμού εις βάρος των ημεδαπών. Το Δικαστήριο εξάλλου έχει αναγνωρίσει ότι οι πολίτες της Κοινότητας μπορούν να επικαλούνται το άρθρο 59 έναντι των κρατών των οποίων έχουν την ιθαγένεια (απόφαση της 7ης Φεβρουαρίου 1979, προαναφερθείσα· και απόφαση της 12ης Ιουλίου 1984, 107/83, Klopp, Συλλογή 1984, σ. 2971).

47. Αν οι ημεδαποί δεν είχαν τη δυνατότητα αυτή, οι συνέπειες της αντίστροφης διάκρισης θα αντέβαιναν προς τους σκοπούς των άρθρων 2, 3 και 8 Α της Συνθήκης ΕΟΚ. Για να μπορούν να ασκούν ελεύθερα τις δραστηριότητές τους, οι Γερμανοί σύμβουλοι προσλήψεων θα έπρεπε να εγκαθίστανται σε άλλα κράτη μέλη, χωρίς αυτό να δικαιολογείται κατ' ανάγκη από οικονομική άποψη. Επιπλέον, η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ενέχει και την απόφαση παροχής των υπηρεσιών εντός ενός μόνο κράτους μέλους. Αν στις περιπτώσεις όπως η προκειμένη δεν ήταν δυνατή η επίκληση του άρθρου 59, οι γερμανικές επιχειρήσεις θα έπρεπε να προσφεύγουν στις υπηρεσίες αλλοδαπών συμβούλων προσλήψεων.

48. Κατά την άποψη της εταιρίας *Macrotron*, η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 59 της Συνθήκης ΕΟΚ εξαρτάται από το αν η πραγματική κατάσταση εν προκειμένω ενέχει διασυνοριακά στοιχεία, πράγμα όμως που, κατά τη Macrotron, δεν συμβαίνει εν προκειμένω. Οι εφεσείοντες εφεύραν ένα τέτοιο θεωρητικό και αφηρημένο στοιχείο, πράγμα όμως που δεν αρκεί για την εφαρμογή των άρθρων 7 και 59. Οι εφεσείοντες δεν βρίσκονται στην ίδια κατάσταση με τους αλλοδαπούς συμβούλους επιχειρήσεων που θίγονται από το μονοπώλιο του ΒΑ.

49. Η *Γερμανική Κυβέρνηση* θεωρεί επίσης ότι τα πραγματικά στοιχεία δεν ενέχουν εν προκειμένω κανένα στοιχείο αλλοδαπότητας. Από τη Διάταξη περί παραπομπής του Oberlandesgericht München δεν προκύπτει σαφώς ο τόπος στον οποίο έπρεπε να εκπληρωθεί η επίμαχη παροχή. Εφόσον δεν υπάρχουν λεπτομερέστερα στοιχεία, πρέπει να ληφθεί ως βάση το συνήθως συμβαίνον, δηλαδή ότι η σύμβαση αφορούσε μόνο την ημεδαπή.

50. Κατά την άποψη της *Επιτροπής*, τίθεται θέμα εφαρμογής του άρθρου 7 μόνο εφόσον η Συνθήκη δεν περιέχει ειδικές διατάξεις. Για τον λόγο αυτό στην προκειμένη περίπτωση πρέπει να ληφθεί ως σημείο εκκινήσεως το άρθρο 59. Μέχρι σήμερα δεν υπάρχει νομολογία σε σχέση με την εφαρμογή της διατάξεως αυτής επί πραγματικών καταστάσεων που δημιουργούνται αποκλειστικά και μόνο εντός ενός κράτους μέλους. Από τη νομολογία όμως που αφορά τις άλλες διατάξεις της Συνθήκης προκύπτει ότι το άρθρο 59 δεν εφαρμόζεται, όταν τα πραγματικά περιστατικά δεν ενέχουν στοιχεία αλλοδαπότητας (απόφαση της 28ης Μαρτίου 1979, 175/78, Saunders, Slg. 1979, σ. 1129, απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 1982, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 35 και 36/82, Morson, Συλλογή 1982, σ. 3723, και απόφαση της 8ης Δεκεμβρίου 1987, 20/87, Gauchard, Συλλογή 1987, σ. 4879). Το Δικαστήριο πάντως, με την απόφαση της 31ης Ιανουαρίου 1984, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 286/82 και 26/83, Luisi και Carbone (Συλλογή 1984, σ. 377), ερμήνευσε ευρέως το καθ' ύλη πεδίο εφαρμογής του άρθρου 59. Η Επιτροπή θεωρεί συνεπώς ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση μπορεί να εφαρμοστεί το άρθρο 59, εφόσον η επίμαχη σύμβαση δεν αποκλείει ρητά τη δυνατότητα αναζητήσεως προσωπικού σε άλλα κράτη μέλη. Την οριστική απάντηση όμως στο ερώτημα αυτό μπορεί να δώσει μόνο το εθνικό δικαστήριο.

5. Επί των άρθρων 59, 86 και 90 της Συνθήκης ΕΟΚ

51. Οι *Höfner και Elser* υποστηρίζουν ότι η έννοια της επιχειρήσεως καλύπτει, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου και κατά την άποψη της Επιτροπής, οποιαδήποτε ενότητα ασκεί οικονομικές δραστηριότητες. Το ΒΑ πρέπει να χαρακτηριστεί ως επιχείρηση, επειδή ασκεί οικονομικές δραστηριότητες. Το γεγονός ότι είναι δημόσιος οργανισμός δεν σημαίνει ότι δεν εμπίπτει στις διατάξεις της Συνθήκης (βλ. απόφαση της 30ής Απριλίου 1974, 155/73, Sacchi, Slg. 1974, σ. 409· και απόφαση της 20ής Μαρτίου 1985, 41/83, Ιταλία κατά Επιτροπής, Συλλογή 1985, σ. 873). Συνεπώς το ΒΑ αποτελεί δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια

του άρθρου 90, παράγραφος 1, της Συνθήκης ΕΟΚ, στην οποία ο AFG έχει απονείμει ένα μονοπωλιακό δικαίωμα. Το είδος αυτό επιχειρήσεων υπόκειται, υπό την επιφύλαξη του άρθρου 90, παράγραφος 2, σε όλες τις διατάξεις της Συνθήκης, περιλαμβανομένου και του άρθρου 59.

52. Οι εφεσείοντες ομολογούν ότι το ΒΑ αποτελεί επιχείρηση στην οποία ο νομοθέτης έχει αναθέσει με πράξη δημόσιας εξουσίας, εν προκειμένω τον AFG, την παροχή υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος, ανεξάρτητα από τις αμφιβολίες που θα μπορούσαν να προκύψουν για το αν η αποστολή του ΒΑ καλύπτει και τις δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων. Το γεγονός αυτό και μόνο όμως δεν αρκεί για να πληρούνται οι προϋποθέσεις της εφαρμογής του άρθρου 90, παράγραφος 2. Πρέπει επιπλέον η εκπλήρωση της αποστολής αυτής να εμποδίζεται από την εφαρμογή των διατάξεων της Συνθήκης. Από την άποψη αυτή δεν αρκεί η δυσχέρανση της αποστολής αυτής. Ζήτημα εφαρμογής της εξαιρέσεως του άρθρου 90, παράγραφος 2, τίθεται μόνο εφόσον η εκπλήρωση της αποστολής αυτής δεν είναι δυνατή παρά μόνο κατά παράβαση των διατάξεων της Συνθήκης. Η εφαρμογή των διατάξεων αυτών πρέπει να καθιστά κατά κάποιον τρόπο αδύνατη την εκπλήρωση της αποστολής αυτής. Εν προκειμένω δεν συντρέχει η προϋπόθεση αυτή. Οι δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων δεν εμποδίζουν καθόλου το ΒΑ κατά την εκπλήρωση του έργου που του έχει ανατεθεί ρητά με τον AFG. Οι δραστηριότητες αυτές αντίθετα συμβάλλουν, λόγω της αποτελεσματικότητάς τους, στην εκπλήρωση του έργου αυτού.

53. Κατά τους εφεσείοντες, συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 86. Το ΒΑ κατέχει, λόγω του μονοπωλίου που του απονέμει ο νόμος, δεσπόζουσα θέση σε ένα σημαντικό τμήμα της Κοινότητας, δηλαδή τη γερμανική επικράτεια. Το γεγονός ότι το ΒΑ δεν κατέχει ενδεχομένως δεσπόζουσα θέση στην αγορά στην οποία δρουν οι σύμβουλοι προσλήψεων δεν έχει από την άποψη αυτή καμία σημασία. Πρώτον, δεν είναι βέβαιο αν η αγορά αυτή διαφέρει από την αγορά της εν γένει διαμεσολαβήσεως για την ανεύρεση εργασίας ή προσωπικού. Δεύτερον, το άρθρο 86 εφαρμόζεται και στην περίπτωση στην οποία η οικεία επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση σε άλλη αγορά και όχι στην αγορά στην οποία διαπράττεται η καταχρηστική εκμετάλλευση. Τέλος, το ΒΑ διαθέτει έναντι των ιδιωτών συμβούλων προσλήψεων ορισμένα μέσα εξαναγκασμού τα οποία του δίνουν τη δυνατότητα να τους αποκλείει από την αγορά των συμβούλων προσλήψεων.

54. Οι εφεσείοντες υποστηρίζουν ότι το ΒΑ εκμεταλλεύεται καταχρηστικά τη δεσπόζουσα θέση του επεκτείνοντας το κατά νόμο μονοπώλιο του σε δραστηριότητες που μπορούν να ασκούνται εξίσου επιτυχώς ή επιτυχέστερα από ιδιωτικές επιχειρήσεις. Η επέκταση αυτή δεν δικαιολογείται προφανώς από κανένα δημόσιο συμφέρον. Τέλος, το ΒΑ υποχρεώνει, κατά παράβαση του άρθρου 86, παράγραφος 2, στοιχείο δ, τις γερμανικές επιχειρήσεις να κάνουν χρήση των υπηρεσιών του. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση επηρεάζει αρνητικά το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, διότι εμποδίζει τους Γερμανούς και αλλοδαπούς συμβούλους προσλήψεων να παρέχουν τις υπηρεσίες τους τόσο στην ημεδαπή όσο και στην αλλοδαπή.

55. Οι εφεσείοντες συνάγουν το συμπέρασμα ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας έχει παραβεί τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 90, παράγραφος 1, επειδή επιτρέπει την καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση. Επιπλέον, θεσπίζοντας μέτρα που αναιρούν την πρακτική αποτελεσματικότητα των κοινοτικών κανόνων περί ανταγωνισμού, έχει παραβεί επίσης τα άρθρα 3, 5 και 86 (απόφαση της 16ης Νοεμβρίου 1977, 13/77, GB-Inno/Atab, Slg. 1977, σ. 2115).

56. Κατά την άποψη της *Macrotron*, η επίμαχη εν προκειμένω ρύθμιση αφορά ένα κοινωνικό αγαθό υπέρτατης αξίας, το οποίο επομένως δεν υπόκειται στους κανόνες περί ανταγανισμού.

57. Η *Γερμανική Κυβέρνηση* υποστηρίζει επίσης ότι η διαμεσολάβηση για την ανεύρεση εργασίας ή προσωπικού δεν εμπίπτει στους κανόνες του ανταγωνισμού. Το ΒΑ εκπληρώνει μια καθαρά κρατική αποστολή προς το γενικό συμφέρον χωρίς να επιδιώκει οικονομικό όφελος. Εξάλλου το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η απονομή μονοπωλίου από το κράτος σε επιχείρηση ιδιωτικού δικαίου μπορεί να συμβιβάζεται με τα άρθρα 86 και 90 της Συνθήκης (βλ. απόφαση της 30ής Απριλίου 1974, όπ.π.).

58. Κατά την άποψη της *Επιτροπής* δεν υπάρχει νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με το ζήτημα αν η εξαίρεση του άρθρου 90, παράγραφος 2, ισχύει και για το άρθρο 59. Κατά την Επιτροπή, αυτό εξηγείται από το ότι το άρθρο 59 απευθύνεται στα κράτη, ενώ οι κανόνες του ανταγωνισμού αφορούν τις επιχειρήσεις. Στην προκειμένη περίπτωση αρκεί η διαπίστωση ότι το έργο που έχει ανατεθεί στο ΒΑ — η καταπολέμηση της ανεργίας και η διασφάλιση ισόρροπων σχέσεων στην αγορά εργασίας — δεν τίθεται καθόλου σε κίνδυνο από τις δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων. Την καλύτερη απόδειξη παρέχει από την άποψη αυτή η εγκύκλιος του 1970.

59. Η Επιτροπή εξετάζει επίσης το προβλεπόμενο από τον νόμο μονοπώλιο από την άποψη των άρθρων 86 και 90. Οι νομοθετικές διατάξεις για το μονοπώλιο αυτό, σε συνδυασμό με την πρακτική του ΒΑ, έχουν ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της παραγωγής κατά την έννοια του άρθρου 86, παράγραφος 2, στοιχείο β. Η κατάχρηση συνίσταται στο γεγονός ότι το ΒΑ αρνείται να επιτρέψει τις δραστηριότητες των συμβούλων προσλήψεων, ταυτόχρονα όμως δεν είναι σε θέση να ικανοποιήσει την υπάρχουσα ζήτηση για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών (βλ. απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1988, 238/78, Volvo, Συλλογή 1988, σ. 6211). Έτσι, οι ιδιώτες σύμβουλοι προσλήψεων δεν μπορούν να ασκούν νόμιμα τις δραστηριότητές τους, λόγω του άρθρου 134 του γερμανικού Αστικού Κώδικα, και περιορίζεται η προσφορά έναντι μιας πραγματικά υφισταμένης ζητήσεως. Η κατάχρηση αυτή είναι ικανή να επηρεάσει δυνητικά το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, αφού η ανεύρεση στελεχικού δυναμικού αφορά συχνά το στελεχικό δυναμικό από άλλα κράτη μέλη. Η Επιτροπή δηλώνει ότι θα κινήσει τις διαδικασίες που προβλέπει η Συνθήκη, με σκοπό να υποβάλει σε έλεγχο τις παραπάνω πρακτικές.

P. J. G. Kapteyn
εισηγητής δικαστής