INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-41/90 *

I. Hechos y procedimiento

1. *Marco jurídico*

a) *Derecho internacional*

1. Durante su trigésima primera reunión, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó, el 9 de julio de 1948, el Convenio 88 relativo a la organización del servicio del empleo (*Convenios y Recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, 1919-1966,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1966, p. 756). El artículo 1 de este Convenio obliga a todo Miembro para el que esté en vigor el mismo a mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito del empleo. Según el artículo 2, este servicio deberá consistir en un sistema nacional de oficinas del empleo, sujeto al control de una autoridad nacional. El artículo 6 dispone que el servicio deberá estar organizado de suerte que garantice la eficacia de la contratación y de la colocación de los trabajadores.

2. El artículo 10 dispone que el servicio del empleo y, si fuere necesario, otras autoridades públicas deberán tomar todas las medidas posibles, en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y con otros organismos interesados, para estimular la utilización máxima voluntaria del servicio del empleo por los empleadores y los trabajadores. Por último, el artículo 11 impone a las autoridades competentes el deber de tomar todas las medidas necesarias para lograr una cooperación eficaz entre el servicio público del empleo y las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos.

3. El Convenio 96, adoptado el 1 de julio de 1949 por la Conferencia General durante su trigésima segunda reunión se refiere a las agencias retribuidas de colocación (*Convenios y Recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, 1919-1966,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1966, p. 835). Su artículo 1 distingue entre las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y las agencias sin fines lucrativos. Define las agencias con fines lucrativos como toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto.

4. El artículo 2 del Convenio ofrece a los Miembros que lo ratifiquen la posibilidad de aceptar ya sea las disposiciones de la parte II, que prevén la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación, ya sea las de la parte III, que prevén la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos. Sin embargo, la supresión progresiva de estas últimas, según las moda-

* Lengua de procedimiento: alemán.

lidades de la parte II del Convenio, no es absoluta. En efecto, el apartado 1 del artículo 5 precisa que la autoridad competente, en casos especiales, podrá conceder excepciones a las disposiciones de supresión con respecto a categorías de personas, definidas de manera precisa por la legislación nacional, cuya colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el servicio público del empleo, pero solamente previa consulta, por vías apropiadas, a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores. Su apartado 2 enumera los requisitos a los que están sujetas las excepciones. Toda agencia de este tipo estará sujeta a la vigilancia de la autoridad competente, deberá poseer una licencia anual (especial), sólo podrá percibir las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y no podrá colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza.

5. El artículo 8 dispone que se deberán establecer sanciones penales apropiadas, que comprenderán, si ello fuere necesario, incluso la cancelación de la licencia o de la autorización prevista en el Convenio, por cualquier infracción de las disposiciones de la parte II del Convenio o de la legislación que le dé efecto.

6. El Convenio 96 fue ratificado por todos los Estados miembros de la Comunidad, a excepción de Dinamarca y del Reino Unido.

b) *Derecho nacional*

7. El servicio de empleo está regulado en Alemania por la Arbeitsförderungsgesetz (Ley de Fomento del Empleo; en lo sucesivo, «AFG»). El artículo 1 precisa el objetivo de la AFG; las medidas adoptadas con arreglo a la misma se dirigen, dentro del marco de la política económica y social del Gobierno federal, a realizar y mantener un alto nivel de empleo, a mejorar constantemente la estructura de los empleos y a promover de este modo el crecimiento de la economía. El artículo 3 confía la realización de este objetivo general, precisado por el artículo 2, al Bundesanstalt für Arbeit (Instituto Federal de Empleo; en lo sucesivo, «BA»). La colocación y la gestión de los subsidios de desempleo forman parte de las tareas que le han sido confiadas.

8. El concepto de colocación se define en el artículo 13 de la AFG; la colocación, a efectos de esta Ley, es una actividad que se dirige a poner en contacto a los demandantes de empleo con los empresarios para establecer relaciones laborales. A tenor del artículo 4, el BA disfruta del monopolio para realizar esta tarea. A este respecto, el artículo 18 precisa que la selección y colocación en un empleo en el extranjero, así como la selección en el extranjero y la colocación en un empleo en Alemania, son actividades reservadas al BA. No obstante, otras instituciones o personas pueden realizar tales actividades transnacionales, después de haber obtenido una autorización del BA. Este decide al respecto teniendo en cuenta los legítimos intereses de los trabajadores y la economía alemana, así como la situación del mercado de trabajo. Su decisión puede ir unida a determinados requisitos y obligaciones. Sin embargo, según el apartado 2 del artículo 18, aquél no puede ir en contra de las disposiciones de Derecho comunitario.

9. El artículo 23 prevé otra posible excepción al monopolio de colocación. En casos excepcionales y después de consultar a las asociaciones de trabajadores y empresarios

interesadas, el BA podrá encargar a otras instituciones o personas de la colocación con respecto a determinadas profesiones. Sin embargo, sus actividades permanecen bajo control del BA.

10. Según los artículos 20 y 21, el BA ejerce su monopolio de colocación imparcial y gratuitamente. El Título sexto de la AFG se refiere a los medios económicos que permiten emprender al BA sus actividades de esta manera. Así, el artículo 167 permite al BA percibir aportaciones de los empresarios y trabajadores.

11. El Título octavo de la AFG contiene disposiciones en materia de sanciones y multas. Su artículo 227 precisa que quien sin la autorización previa prevista en el artículo 18 o sin haber sido encargado por el BA con arreglo al artículo 23 emprenda actividades de colocación relativas a trabajadores alemanes en el extranjero o a trabajadores extranjeros en Alemania será sancionado con una multa o una pena de privación de libertad. El artículo 228 posibilita la imposición de una multa por toda actividad de colocación contraria a las disposiciones de la AGF.

12. A pesar de la existencia de un monopolio de colocación por parte del BA, se ha desarrollado en Alemania una actividad de colocación específica en relación con los ejecutivos y los directivos de empresas. Esta actividad es ejercida por asesores de selección de personal, que asesoran a las empresas en materia de política de personal. El BA ha reaccionado ante este fenómeno de dos maneras. En primer lugar, en septiembre de 1957, publicó una Circular sobre los principios para la delimitación de las actividades de los asesores de selección de personal y las de colocación propiamente dicha (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit,* 1957, p. 457). En esta Circular, el BA declara que, en el marco de un acuerdo con varias asociaciones profesionales, tolerará determinadas actividades de los asesores de selección de personal. Esta Circular fue sustituida por un nuevo texto el 6 de noviembre de 1970 (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit,* 1970, p. 889).

13. En segundo lugar, el BA decidió abrir una oficina para directivos (Büro für Führungskräfte der Wirtschaft), encargada de la colocación de personas altamente calificadas para puestos directivos en las grandes empresas.

14. Por último procede señalar que el alcance del monopolio de la colocación del BA fue objeto de varias resoluciones judiciales en Alemania. De este modo, el Bundesverfassungsgericht, mediante sentencia de 4 de abril de 1967 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* BVerfGE 21, p. 245), decidió que, teniendo en cuenta el interés general, este monopolio no era incompatible con el derecho a la libre elección de una profesión. Debe considerarse que el monopolio es indispensable para evitar los abusos comprobados en el pasado y para remediar los fallos de la colocación privada con fines lucrativos. Según el Bundesverfassungsgericht, el monopolio se extiende también a la colocación de ejecutivos y directivos, aunque este sector se distinga de la colocación en general. Sería difícil establecer una diferenciación del ámbito del monopolio en función de las diferentes profesiones y afectaría a la eficacia de las actividades de la BA. Por su parte, el Bundesgerichtshof considera que el monopolio se aplica a los ejecutivos y directivos (sentencia de 23 de octubre de 1974 — IV ZR 7/73, *Betriebsberater* 2-20, enero de 1975, p. 96). Las actividades del asesor de selección de personal sólo se escapan al mismo cuando consisten principalmente en asesorar y si la ayuda a la selección no es motivo de honorarios especiales. No pueden ser sancionados jurídica-

mente lo honorarios solicitados por actividades de colocación de ejecutivos que no cumplen estos requisitos (sentencia de 12 de abril de 1978 — IV ZR 157/75, *Betriebsberater* 28, octubre de 1978, p. 1415). En efecto, el artículo 134 del Código civil alemán establece que los contratos que infringen una prohibición legal son nulos.

2. *Hechos y procedimiento del litigio principal*

15. El litigio principal enfrenta a los asesores de selección de personal Sres. Höfner y Elser, ciudadanos alemanes residentes en Alemania, con la sociedad Macrotron, con domicilio social en Munich. Las dos partes habían celebrado un contrato para la búsqueda y selección de candidatos a un puesto de director del servicio de ventas de Macrotron. Una vez finalizada su tarea, los Sres. Höfner y Elser presentaron a dicha empresa un candidato, a su parecer idóneo, el Sr. R. Dechert, ciudadano alemán. Sin embargo, Macrotron decidió no contratarlo y se negó a pagar sus honorarios a los asesores de selección de personal. A continuación, éstos demandaron a Macrotron ante el Landgericht München I, solicitando que la demandada les pagara los honorarios convenidos. El Landgericht desestimó la demanda mediante sentencia de 27 de octubre de 1987. Los demandantes apelaron contra esta sentencia ante el Oberlandesgericht München.

3. *Cuestiones prejudiciales*

16. La Sala del Oberlandesgericht que conoció del asunto consideró, mediante resolución de 31 de enero de 1990, que el contrato celebrado entre las partes era un contrato de arrendamiento de servicios y que era nulo en virtud del artículo 134 del Código civil alemán (Bundesgesetzbuch) en relación con el artículo 13 de la AFG. El órgano jurisdiccional remitente se refiere, en este contexto, a la jurisprudencia del Bundesgerichtshof, según la cual la obligación de pagar honorarios desaparece si éstos han sido convenidos para remunerar una colocación no autorizada a tenor de la AFG. Considera que en este caso se trata de una colocación de este tipo. Asimismo considera que la demanda no puede basarse en el artículo 812 del Código civil, disposición sobre el enriquecimiento sin causa, puesto que los demandantes no han aportado las pruebas necesarias para ello.

17. En opinión de la Sala, debe desestimarse la demanda en la medida en que se basa en el Derecho nacional. Sin embargo, no ocurre necesariamente lo mismo con respecto al Derecho comunitario. En este contexto, el Oberlandesgericht München, mediante la citada resolución de 31 de enero de 1990, suspendió el procedimiento y sometió al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) La actividad realizada por asesores en materia de selección de personal, consistente en proporcionar personal directivo a las empresas, ¿constituye una prestación de servicios en el sentido del apartado 1 del artículo 60 del Tratado CEE y está relacionada con el ejercicio del poder público, en el sentido de los artículos 66 y 55 del Tratado CEE?

2) La prohibición absoluta prevista en los artículos 4 y 13 de la AFG (Ley de fomento del empleo), de colocar personal directivo en empresas, a través de empresas alemanas de selección de personal, ¿es una normativa profesional justificada por el interés general o un mo-

nopolio justificado por razones de orden público y seguridad (artículos 66 y 56, apartado 1, del Tratado CEE)?

3) ¿Puede invocar los artículos 7 y 59 del Tratado CEE un asesor alemán en materia de selección de personal para la colocación de alemanes en empresas alemanas?

4) Considerando lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE, ¿está vinculado el Bundesanstalt für Arbeit (Instituto Federal de Empleo), en lo que respecta a la actividad de colocación de personal directivo de empresa, por las disposiciones del Tratado CEE y, en especial, por el artículo 59 de éste? y ¿constituye el monopolio de colocación de personal directivo de empresa una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, en el sentido del artículo 86 del Tratado CEE?»

4. *Procedimiento ante el Tribunal de Justicia*

18. La resolución de remisión se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 14 de febrero de 1990.

19. Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las CE, presentaron observaciones escritas la parte demandante en el asunto principal, representada por el Dr. Joachim Müller, Abogado de Munich, y por el Pr. Dr. Volker Emmerich, profesor de Derecho de la Universidad de Bayreuth; la parte demandada en el asunto principal, representada por el Sr. Holm Tipper, Abogado de Munich; el Gobierno alemán, representado por el Dr. Ernst Röder, Regierungsdirektor del Ministerio Federal de Economía, en calidad de Agente, así como la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Etienne Lasnet, Consejero Jurídico, y por el Dr. Bernhard Jansen, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes.

20. Mediante decisión de 10 de octubre de 1990, el Tribunal de Justicia, conforme a los apartados 1 y 2 del artículo 95 del Reglamento de Procedimiento, acordó atribuir el asunto a la Sala Sexta. Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba.

II. Resumen de las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

1. *Sobre el concepto de servicio*

21. *Höfner y Elser* señalan que el concepto de servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE debe recibir una interpretación amplia. Comprende toda clase de actividades realizadas de manera independiente mediante una remuneración, sin que importe el fin perseguido por estas actividades. El hecho de que el servicio deba prestarse a cambio de una remuneración significa simplemente que debe pagarse. El pago no debe efectuarlo necesariamente el beneficiario del servicio, sino que puede proceder también de un tercero. Carecen de importancia la naturaleza, el importe y el momento de pago. Puede tratarse incluso de una financiación pública por medio de impuestos o contribuciones especiales.

22. Según los demandantes del asunto principal, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 1979, Van Wesemael (asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Rec. p. 35), se deduce que la colocación es un

servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE. Ello es válido en particular para la colocación de ejecutivos y directivos de empresas. Este servicio se distingue de la colocación general de trabajadores por algunas características. A diferencia de la colocación general, la de ejecutivos y directivos no depende de la iniciativa del demandante de empleo. La empresa toma contacto por propia iniciativa con una empresa asesora en materia de selección de personal para obtener su ayuda en la selección de aquéllos. La empresa asesora rara vez se ocupa de la elección definitiva del candidato, sino que ofrece más bien todas las facilidades necesarias al respecto. Por tanto, según Höfner y Elser, está excluido que las actividades de la empresa asesora de selección de personal impliquen los mismos riesgos de explotación abusiva de los trabajadores que los que presentan las oficinas privadas de colocación general.

23. En opinión de los demandantes del asunto principal, esta diferencia está confirmada, por lo demás, por la práctica del mercado de empleo en Alemania y en los demás Estados miembros. El hecho de que el BA haya abierto una oficina especializada en la colocación de ejecutivos es un indicio de que se trata de un sector específico. Según las cifras facilitadas por Höfner y Elser, en este sector operan en Alemania de 700 a 800 empresas asesoras, que dan empleo aproximadamente a 2 000 asesores y alcanzan un volumen de negocios de 750 millones a 1 200 millones de DM. Debido a sus particularidades, las actividades de estas empresas, por otra parte, ni siquiera se consideran como colocación de personal propiamente dicha.

24. Según Höfner y Elser, la circunstancia de que el monopolio legal del BA se extienda en principio a estas actividades no le permite escapar a las normas comunitarias en materia de libre prestación de servicios. Estas normas se refieren también a los servicios prestados con una cobertura pública (véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409). Estas normas tampoco pueden soslayarse por el hecho de que el BA ofrezca sus servicios gratuitamente, porque sin duda existe una remuneración a través de las cotizaciones de los empresarios y los trabajadores, con arreglo al artículo 167 de la AFG. Höfner y Elser consideran que, en otro caso, los Estados miembros podrían excluir determinados servicios de la aplicación de los artículos 59 y siguientes del Tratado CEE, haciéndolos prestar por un monopolio financiado por cotizaciones obligatorias.

25. El *Gobierno alemán* señala que el Tribunal de Justicia ya confirmó en su sentencia de 18 de enero de 1979, Van Wesemael (asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Rec. p. 35), que la colocación de los artistas es un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE. Poco importa a este respecto la categoría de personas afectadas por la operación de colocación.

26. La *Comisión* se refiere asimismo a esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El hecho de que no sólo existan empresas asesoras de selección de personal que ofrecen los servicios de colocación de ejecutivos, sino también un organismo público, como el BA, que los facilita gratuitamente, en nada cambia esta apreciación. La existencia de estas empresas demuestra que existen muchas transacciones que se efectúan mediante una remuneración. Según la Comisión, tiene poca importancia en este contexto que esta existencia se explique por la actitud del BA, que tolera este menoscabo de su monopolio.

2. *Sobre el ejercicio de la autoridad pública*

27. Según *Höfner y Elser,* de la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631), se deduce que

el concepto de ejercicio de la autoridad pública es un concepto comunitario al que procede dar una interpretación restrictiva. Sólo se produce si la actividad de que se trata constituye una participación directa y específica en el ejercicio de la autoridad pública. Este requisito no se cumple por la sola circunstancia de que la actividad de referencia forme parte de las tareas públicas y de que se ejerza por un organismo público, como el BA. Höfner y Elser consideran, por otra parte, que no procede calificar de ejercicio de la autoridad pública la selección de ejecutivos de empresas.

28. *Macrotron* apunta que uno de los objetivos esenciales del Estado social es el pleno empleo. Ello requiere una política activa por parte del Estado, que en Alemania es ejecutada por la AFG, entre otras. De este modo, el monopolio de colocación que tiene el BA para cualquier categoría de personal corresponde directa y específicamente a la asunción de las tareas que competen a los poderes públicos. Así pues, la colocación de ejecutivos está incluida en el artículo 55 del Tratado CEE.

29. El *Gobierno alemán* comparte la opinión de la demandada en el asunto principal. Considera que debe determinarse en función del Derecho nacional si existe ejercicio de la autoridad pública. Según él, este concepto comprende no sólo la aplicación de los medios coercitivos en las diversas esferas de las libertades del ciudadano, sino también en todas las formas de actuación administrativa en las que el ciudadano se encuentra frente a un organismo provisto de una parcela de la autoridad del Estado. Esta transferencia de autoridad favoreció al BA, en el marco de la AFG, por la importancia de su misión. En efecto, este organismo debe velar por los intereses de los asalariados y de la economía en general, limitando al máximo los choques provocados por los fenómenos de reequilibrado del mercado de trabajo y facilitando una cobertura social adecuada. Se trata, en este caso, de una tarea en la que el Estado federal asume una especial responsabilidad en virtud de los citados Convenios 88 y 96 y que, a tenor del artículo 3 de la AFG, el BA debe ejecutar «en el marco de la política económica y social del Gobierno federal alemán» *(traducción no oficial)*. Para cumplir su misión, el BA debe disponer de un monopolio de colocación en general, que le permita tener una visión global del mercado de trabajo. Esta visión quedaría comprometida si se diferenciaran las tareas de colocación en función de la calificación de las personas interesadas. Por lo demás, el Gobierno alemán señala que las necesidades de protección en materia de colocación no varían según las diferentes profesiones.

30. Por el contrario, la *Comisión* considera que el ejercicio de la autoridad pública es un concepto comunitario cuyo contenido no puede depender de que las actividades de que se trate estén reservadas a organismos públicos en determinados Estados miembros. Es decisivo saber si la actividad de referencia representa el ejercicio de la potestad pública por parte del Estado. Este no es ciertamente el caso de las actividades de colocación sujetas a la autoridad pública para proteger a los trabajadores contra abusos. El hecho de que se tolere la colocación de ejecutivos privados confirma que no se trata del ejercicio de la potestad pública.

3. *Sobre la justificación de la prohibición*

31. *Höfner y Elser* afirman que el artículo 59 del Tratado CEE no sólo se opone a las normativas discriminatorias sino también a las que, sin discriminar a los prestadores extranjeros de servicios, dificultan la libre

prestación de servicios. En el presente caso se trata de una normativa aplicable indistintamente a los ciudadanos extranjeros y alemanes, que obstaculiza esta libertad de varias maneras. El monopolio del BA impide que los asesores de selección de personal de los demás Estados miembros presten servicios de colocación en Alemania y obliga a las empresas alemanas a pasar por el BA.

32. En opinión de los demandantes en el asunto principal, este tipo de restricciones puede, no obstante, estar justificado según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por consideraciones de interés general, como la protección de los trabajadores y la salvaguardia de las buenas relaciones en el mercado de trabajo (sentencias de 18 de enero de 1979, Van Wesemael, asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Rec. p. 35; y de 17 de diciembre de 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3305). Esta justificación sólo es válida en la medida en que la normativa es proporcional al objetivo legítimo perseguido. Según Höfner y Elser, este requisito de proporcionalidad no se cumple si el Estado miembro en el que debe efectuarse la prestación no tiene en cuenta normas a las que el prestador de servicios está sujeto en el Estado miembro en el que está establecido. Ahora bien, en el presente caso, la prohibición alemana no tiene en cuenta en absoluto las normativas extranjeras en materia de colocación. La prohibición es tajante, aunque la AFG prevé la posibilidad de autorizar esta actividad.

33. Los demandantes en el asunto principal alegan que esta infracción del principio de proporcionalidad afecta en particular a las actividades de asesoramiento en la selección, que en ningún Estado miembro se consideran de interés general. Señalan que hasta el mismo BA reconoce en sus Circulares de 1957 y 1970 que dichas actividades se distinguen de las de colocación en general. A pesar de este reconocimiento, el BA pretende monopolizar este sector sin estar en situación de satisfacer adecuadamente la demanda.

34. *Macrotron* niega que el BA no esté en situación de satisfacer esta demanda. Señala que en 1988 el BA alcanzó una cuota del mercado alemán de colocación de ejecutivos del 16 % de acceso al empleo y de aproximadamente el 30 % de los candidatos. Ninguna sociedad privada de colocación obtiene estas cifras.

35. Macrotron considera, además, que la normativa alemana que establece el monopolio cumple todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para justificar una excepción a la libre prestación de servicios (véanse las citadas sentencias de 18 de enero de 1979 y de 17 de diciembre de 1981, así como la sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299). El monopolio del BA constituye una opción política en interés general. Sigue siendo indispensable para conseguir unas condiciones favorables en el mercado de trabajo de Alemania, mercado que se caracteriza por un gran número de desempleados, y para garantizar la seguridad de los trabajadores en lo social. En opinión de Macrotron, la prohibición de toda actividad de colocación fuera del monopolio, además, se aplica tanto respecto a los nacionales como respecto a los ciudadanos de los demás Estados miembros. Por lo demás, no se trata de un monopolio excesivo. Caben excepciones y los demandantes en el asunto principal habrían podido tener en cuenta esta posibilidad.

36. El *Gobierno alemán* hace observar que los artículos 56 y 66 del Tratado CEE no son pertinentes en este caso. En efecto, el

monopolio en materia de colocación no es un «régimen especial para los extranjeros».

37. El Gobierno alemán llama la atención sobre la evolución histórica que ha justificado el establecimiento de este monopolio. En el pasado, las oficinas privadas de colocación daban preferencia, para obtener una relación coste/beneficio más favorable, a la colocación de especialistas altamente calificados y abusaban de su posición explotando la difícil situación de los desempleados o incitando a los trabajadores a incumplir su contrato para poder cobrar la comisión de intermediario. La colocación imparcial y gratuita por el BA puso fin a estas prácticas. Este servicio debe estar a disposición de todo asalariado, con independencia de su calificación o competitividad. Según el Gobierno alemán, para proteger a los más desfavorecidos, es conveniente evitar la división del mercado del empleo en un sector privado que se ocupe de la colocación de los trabajadores especializados y calificados, por un lado, y un sector público encargado de la colocación de las personas con escasa capacidad productiva, por otro. Esto es válido, en especial, para el mercado alemán de empleo, que se caracteriza en la actualidad por un desempleo considerable y la falta de mano de obra en determinadas profesiones.

38. La *Comisión* señala a propósito de la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente que la prohibición de que se trata no es absoluta. Esta prohibición sólo es absoluta para las actividades que no son objeto de la Circular de 1970. Aunque la respeten, los asesores de selección de personal no pueden alegar sus derechos contractuales, porque se opone a ello el artículo 134 del Código civil alemán. La Comisión considera que esta sanción civil constituye una restricción a la libre prestación de servicios.

39. La Comisión ve tres posibilidades de justificar la restricción así definida. La primera se refiere a la lucha eficaz contra el desempleo. No parece que las actividades de las empresas asesoras de selección de personal perjudiquen este objetivo. Se trata de un sector limitado y específico, cuya incidencia en el mercado general es escasa. El hecho de que el BA, primer responsable en la lucha contra el desempleo, tolere la actividad privada en este sector, confirma este análisis. En estas circunstancias, la restricción de esta actividad es desproporcionada.

40. Según la Comisión, lo mismo se puede decir de la segunda posibilidad, que se refiere a la prevención de abusos. Los ejecutivos objeto de la actividad de los asesores de selección de personal no se encuentran en la situación de dependencia en que se encuentra el desempleado clásico. En este contexto, la existencia de la Circular es asimismo un indicio del carácter desproporcionado de la restricción.

41. En opinión de la Comisión, existe la posibilidad de que de las obligaciones internacionales contendidas en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo se derive una tercera justificación. La Comisión señala que el artículo 5 del Convenio nº 96 prevé expresamente, sin embargo, la posibilidad de conceder excepciones a la prohibición de oficinas de colocación privadas con fines lucrativos para la colocación de determinadas categorías de personas. Probablemente esta disposición inspiró al BA en el momento de publicar las Circulares. Sin embargo, éstas no legalizan por ello la situación de los asesores de selección de personal. Por consiguiente, la Comisión considera que la República Federal de Alemania ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del artículo 59 del Tratado CEE, por no conceder una excepción específica para los asesores de selección de

personal con arreglo al artículo 5 del Convenio 96.

42. Por lo demás, la Comisión considera que el órgano jurisdiccional remitente debería pensar en plantear una nueva cuestión prejudicial con arreglo al artículo 177, si durante el procedimiento principal resultara que existen otras posibilidades de justificar la restricción de la libre prestación de servicios.

4. *Sobre la posibilidad de alegar los artículos 7 y 59 del Tratado CEE*

43. *Höfner y Elser* mantienen, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, dentro de la división de competencias entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco del artículo 177 del Tratado CEE, corresponde al órgano jurisdiccional remitente decidir sobre la procedencia de las cuestiones prejudiciales. En el presente asunto, estas cuestiones se refieren al problema de la discriminación a la inversa.

44. A este respecto, Höfner y Elser consideran que procede declarar, en primer lugar, que las actividades de los asesores de selección de personal abarcan en general suficiente número de elementos transnacionales para entrar en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Puede tratarse de varias situaciones de hecho; ya sea que el asesor extranjero busque a alguien en Alemania o a la inversa, ya sea que el extranjero que da la orden se ponga en contacto con un ejecutivo alemán o a la inversa. En opinión de los demandantes en el asunto principal, el presente caso representa también un ejemplo de dicho vínculo comunitario. En efecto, el contrato que celebraron con Macrotron incluía la posibilidad de buscar candidatos alemanes o extranjeros residentes en otros Estados miembros.

45. Höfner y Elser subrayan a continuación que el artículo 7 del Tratado CEE es una disposición fundamental que, según sus términos, prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad y que, por tanto, con independencia de las situaciones de hecho en que se encuentren beneficia a todos los ciudadanos comunitarios. Esta igualdad de oportunidades se opone a que se perjudique a sus propios nacionales respecto a los extranjeros. Höfner y Elser señalan que estas declaraciones son conformes con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de febrero de 1979, Knoors, 115/78, Rec. p. 399). En los supuestos en que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 7 no excluía la presencia de normas más estrictas que las vigentes en el extranjero, se trataba de normas nacionales compatibles con el Derecho comunitario (sentencias de 3 de julio de 1979, Van Dam, asuntos acumulados 185/78 a 204/78, Rec. p. 2345, y de 14 de julio de 1981, Oebel, 155/80, Rec. p. 1993). En el presente caso, por el contrario, se trata de una norma incompatible con el Derecho comunitario e injustificada.

46. En cuanto al artículo 59 del Tratado CEE, los demandantes en el asunto principal sostienen que esta disposición encierra una prohibición general, que beneficia también al nacional que presta un servicio que incluye elementos transnacionales. Esto queda confirmado a su parecer por el apartado 3 del artículo 60 del Tratado CEE, que otorga a los extranjeros el mismo trato que a los nacionales. Si se interpreta que estas disposiciones permiten la discriminación de los nacionales, el artículo 59 modificaría las condiciones de la competencia en perjuicio de éstos. Por lo demás, en opinión de los demandantes en el asunto principal, el Tribunal de Justicia ha reconocido la posibilidad de que un nacional alegue el artículo 59 contra su propio Estado miembro (citada sentencia de 7 de febrero de 1979 y sentencia de 12 de julio de 1984, Klopp, 107/83, Rec. p. 2971).

47. Höfner y Elser señalan que si no se diera esta posibilidad al nacional, las consecuencias de la discriminación a la inversa serían contrarias a los objetivos de los artículos 2, 3, y 8 A del Tratado CEE. Para poder ejercer libremente sus actividades, los asesores de selección de personal alemanes deberían establecerse en otros Estados miembros, sin que ello se justifique necesariamente desde el punto de vista económico. Además, Höfner y Elser hacen observar que la libre prestación de servicios implica asimismo la posibilidad de no hacer uso de servicios transnacionales. Si no se pudiera alegar el artículo 59 en un caso como éste, las empresas alemanas se verían obligadas a recurrir a asesores de selección de personal extranjeros.

48. *Macrotron* afirma que la aplicabilidad del artículo 59 del Tratado CEE depende de la presencia de un elemento transnacional en la situación de hecho de que se trata. A su juicio, este elemento falta en el presente asunto. El hecho de que las partes demandantes en el asunto principal hayan construido este elemento de manera teórica y abstracta no basta para que intervengan los artículos 7 y 59. Aquéllas no se encuentran en la misma situación que un asesor de selección extranjero afectado por el monopolio del BA.

49. El *Gobierno alemán* considera, asimismo, que los hechos del presente asunto no tiene relación alguna con un país extranjero. De la resolución de remisión del Oberlandesgericht München no se deduce claramente dónde debía efectuarse la prestación de servicios controvertida. Según el Gobierno alemán, a falta de indicaciones precisas, hay que partir de la hipótesis más normal, es decir, que el contrato sólo se aplicaba dentro del país.

50. Según la *Comisión*, el artículo 7 sólo se aplica cuando el Tratado no prevé disposiciones específicas. Por consiguiente, procede referirse al artículo 59. La Comisión señala que aún no existe jurisprudencia sobre la aplicación de esta disposición a situaciones meramente internas de un Estado miembro. La jurisprudencia relativa a las demás disposiciones del Tratado podría hacer pensar que el artículo 59 no se aplica cuando faltan elementos de hecho transnacionales (sentencias de 28 de marzo de 1979, Saunders, 175/78, Rec. p. 1129; de 27 de octubre de 1982, Morson, asuntos acumulados 35/82 y 36/82, Rec. p. 3723, y de 8 de diciembre de 1987, Gauchard, 20/87, Rec. p. 4879). La Comisión hace observar que, no obstante, el Tribunal de Justicia ha dado una interpretación amplia al ámbito de aplicación material del artículo 59 en su sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377). Por consiguiente, la Comisión considera que puede alegarse el artículo 59 en el presente asunto, en la medida en que el contrato en litigio no excluye expresamente la posibilidad de buscar candidatos en otros Estados miembros. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente resolver definitivamente a este respecto.

5. *Sobre los artículos 59, 86 y 90 del Tratado CEE*

51. *Höfner y Elser* señalan que el concepto de empresa, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la interpretación de la Comisión, comprende toda entidad que ejerce actividades económicas. El BA debe calificarse como empresa por ejercer tales actividades. Su carácter público no le hace substraerse a las normas del Tratado (véanse sentencias de 30 de abril de 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409, y de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión, 41/83, Rec. p. 873). A juicio de Höfner y Elser, el BA es por tanto una empresa pública en el sentido del

apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE, a la que la AFG otorga un monopolio. Este tipo de empresas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90, está sujeto a todas las disposiciones del Tratado, incluido su artículo 59.

52. Höfner y Elser reconocen que al BA es una empresa a la que el legislador ha confiado, mediante un acto de autoridad pública, en este caso la AFG, un servicio de interés económico general, sean cuales sean las dudas que puedan experimentarse a propósito de la extensión de esta misión a las actividades de las empresas asesoras de selección de personal. Sin embargo, esta circunstancia por sí sola no cumple los requisitos de aplicación del apartado 2 del artículo 90. Además es preciso que el cumplimiento de esta misión sea impedido por la aplicación de las normas del Tratado. Höfner y Elser consideran a este respecto que no basta con que se dificulte la realización de la misión. La excepción del apartado 2 del artículo 90 sólo tiene lugar cuando para el cumplimiento de la misión es preciso infringir las normas del Tratado. La aplicación de estas normas debe imposibilitar la misión de algún modo. En el presente caso no se cumple este requisito. Las actividades de los asesores de selección de personal no impiden de ningún modo que el BA cumpla las tareas que le fueron confiadas explícitamente por la AFG. Por el contrario, estas actividades contribuyen, gracias a su eficacia, al cumplimiento de estas tareas.

53. Según Höfner y Elser, se cumplen todos los requisitos para la aplicación del artículo 86. Debido a su monopolio legal, el BA ocupa una posición dominante en una parte sustancial de la Comunidad, a saber, en el territorio alemán. No importa que el BA no ocupe una posición dominante en el mercado de los asesores de selección. En primer lugar, no es cierto que este mercado se distinga del mercado de colocación en general. En segundo lugar, el artículo 86 se aplica también si la empresa de que se trata ocupa una posición dominante en otro mercado distinto del mercado en el que comete el abuso. Por último, Höfner y Elser señalan que el BA dispone, de todos modos, con respecto a los asesores privados de selección de personal, de determinados medios de coerción que le permiten excluirlos del mercado de asesores.

54. Höfner y Elser sostienen que el BA abusa de su posición dominante por extender su monopolio legal a actividades que las empresas privadas pueden realizar tan bien como éste o de una manera más eficaz. Esta extensión no les parece justificada por ningún interés general. Höfner y Elser añaden que el BA, infringiendo la letra d) del apartado 2 del artículo 86, obliga a las empresas alemanas a hacer uso de sus servicios. Estos abusos afectan al comercio entre Estados miembros por impedir que los asesores alemanes y extranjeros presten sus servicios tanto en Alemania como en el extranjero.

55. Höfner y Elser concluyen que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 90, al permitir tales abusos. Al adoptar medidas que privan de eficacia a las normas sobre la competencia comunitaria, ha infringido también los artículos 3, 5 y 86 (sentencia de 16 de noviembre de 1977, GB-Inno/Atab, 13/77, Rec. p. 2115).

56. *Macrotron* hace observar que la normativa de que se trata tiene en cuenta un interés público superior en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que, por consiguiente, se sustrae a las normas sobre la competencia.

57. El *Gobierno alemán* considera asimismo que el servicio de colocación no entra en un ámbito donde se aplique la competencia. El BA desarrolla una tarea exclusivamente estatal, en interés general, sin perseguir un objetivo económico. Por lo demás, el Tribunal de Justicia afirmó que un monopolio concedido por el Estado a una empresa privada puede ser compatible con los artículos 86 y 90 (véase la citada sentencia de 30 de abril de 1974).

58. La *Comisión* hace observar que aún no se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia si la excepción prevista por el apartado 2 del artículo 90 también es válida para el artículo 59. La Comisión explica este hecho porque el artículo 59 se dirige a los Estados, mientras que las normas sobre la competencia se dirigen a las empresas. A su juicio, en el presente caso basta declarar que las misiones encargadas al BA —la lucha contra el paro y la garantía de relaciones equilibradas en el mercado de trabajo— no quedan en modo alguno afectadas por la presencia de los asesores de selección de personal privados. La mejor prueba de ello se puede encontrar en la citada Circular de 1970.

59. La Comisión examina asimismo el monopolio legal desde el punto de vista de los artículos 86 y 90. Las disposiciones legislativas relativas a este monopolio y la práctica del BA producen en conjunto el efecto de limitar la producción en el sentido de la letra b) del apartado 2 del artículo 86. El BA renuncia en la práctica a ejercer su monopolio, pero no satisface adecuadamente la demanda existente de actividades de asesores de selección de personal (véase la sentencia de 5 de octubre de 1988, Volvo, 238/78, Rec. p. 6211). Sin embargo, el monopolio legal sigue en vigor. La consecuencia es que los asesores privados no pueden ejercer legalmente sus actividades, en virtud del artículo 134 del Código civil alemán, y que la oferta es limitada frente a una demanda real. La Comisión considera que este abuso puede afectar en potencia al comercio entre Estados miembros, puesto que la colocación de ejecutivos afecta a menudo a directivos pertenecientes a otros Estados miembros. La Comisión anuncia que iniciará los procedimientos previstos por el Tratado para examinar estas prácticas.

P. J. G. Kapteyn
Juez Ponente