ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
23 de Abril de 1991 *

No processo C-41/90,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, pelo Oberlandesgericht München (República Federal da Alemanha), com vista a obter, no processo pendente neste órgão jurisdicional entre

Klaus Höfner et Fritz Elser, por um lado,

e

Macrotron GmbH, por outro,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 7.°, 55.°, 56.°, 59.°, 86.° e 90.° do Tratado CEE,

O TRIBUNAL (Sexta Secção),

composto por G. F. Mancini, presidente da secção, T. F. O'Higgins, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler e P. J. G. Kapteyn, juízes,

advogado-geral: F. G. Jacobs
secretário f. f.: V. Di Bucci, administrador

vistas as observações escritas apresentadas

— em representação de K. Höfner e F. Elser, por Dr. Joachim Müller, advogado de Munique e Dr. Volker Emmerich, professor de direito da Universidade de Bayreuth,

* Língua do processo: alemão.

— em representação da Macrotron, por Holm Tippner, advogado de Munique,

— em representação do Governo alemão, pelo Dr. Ernst Röder, Regierungsdirektor do Ministério federal da Economia, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão, por Étienne Lasnet, consultor jurídico, e por Dr. Bernhard Jansen, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de K. Höfner, de F. Elser, da Macrotron GmbH, do Governo alemão e da Comissão, na audiência de 13 de Novembro de 1990,

ouvidas as conclusões do advogado-geral representadas na audiência de 15 de Janeiro de 1991,

profere o presente

Acórdão

1 Por decisão de 31 de Janeiro de 1990, entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 14 de Fevereiro do mesmo ano, o Oberlandesgericht München submeteu, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, quatro questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 7.°, 55.°, 56.°, 59.°, 60.°, 66.°, 86.° e 90.° do Tratado CEE.

2 Estas questões foram suscitadas no quadro de um litígio entre os Srs. Höfner e Elser consultores de recrutamento, à Macrotron GmbH, sociedade de direito alemão com sede em Munique. O litígio diz respeito aos honorários reclamados a essa sociedade por Höfner e Elser, com base num contrato nos termos do qual aqueles deviam prestar assistência a esta empresa no recrutamento de um director do serviço de vendas.

3 O mercado de emprego é regulado na Alemanha pela Arbeitsförderungsgesetz (lei de promoção do emprego, a seguir «AFG»). Nos termos do seu artigo 1.°, as medidas adoptadas em conformidade com a AFG visam, no âmbito da política económica e social do Governo federal, alcançar e manter um elevado nível de emprego, melhorar constantemente a repartição dos empregos, promovendo assim o crescimento da economia. O artigo 3.° confia a realização deste objectivo geral, consagrado no artigo 2.°, ao Bundesanstalt für Arbeit (serviço federal de emprego, a seguir «BA»), cuja actividade consiste essencialmente, por um lado, em pôr em contacto os candidatos a emprego com os empregadores e, por outro, em conceder subsídios de desemprego.

4 A primeira das referidas actividades, definida no artigo 13.° da AFG, é exercida pelo BA ao abrigo de um direito de exclusividade que lhe foi conferido para esse efeito, pelo artigo 4.° da AFG (a seguir «direito exclusivo de colocação»).

5 O artigo 23.° da AFG prevê, no entanto, uma possibilidade de derrogação ao direito exclusivo de mediação no emprego. O BA pode, de facto, em casos excepcionais e após consultar as associações de trabalhadores e de empregadores interessados, encarregar outras instituições ou pessoas da actividade de mediação de emprego relativa a determinadas profissões. As actividades destas continuam no entanto a estar sujeitas a controlo do BA.

6 O BA exerce, nos termos dos artigos 20.° e 21.° da AFG, o seu direito exclusivo de mediação de emprego de forma imparcial e gratuita. O sexto título da AFG, relativo aos meios financeiros que permitem ao BA exercer as suas actividades desta forma, autoriza, no seu artigo 167.°, o BA a receber contribuições dos empregadores e dos trabalhadores.

7 O título oitavo da AFG contém disposições em matéria penal e de contra-ordenação. No seu artigo 228.° prevê que qualquer actividade de colocação contrária às normas da AFG é passível de multa.

8 Apesar da existência do direito exclusivo de colocação no emprego do BA, desenvolveu-se na Alemanha uma actividade específica de colocação relativamente aos

quadros e dirigentes de empresas. Esta actividade é exercida por empresas de consultadoria que prestam assistência às empresas em matéria de política de pessoal.

9 O BA reagiu a esta evolução de duas formas. Decidiu, em primeiro lugar, criar em 1954 um serviço especial encarregado da mediação de emprego de pessoas altamente qualificadas para funções de direcção nas empresas. O BA publicou, em segundo lugar, circulares em que se declarava disposto a tolerar, no quadro de uma convenção concluída entre o BA, o ministro federal do Trabalho e diversas federações profissionais, determinadas actividades de consultadoria em matéria de pessoal relativamente aos quadros e dirigentes de empresas. Esta atitude de tolerância reflecte-se igualmente no facto do BA não ter agido judicialmente, nos termos do artigo 228.° da AFG, contra as empresas de consultadoria em recrutamento, devido às actividades por estas exercidas.

10 Se as actividades de consultadoria em matéria de pessoal beneficiam assim de uma determinada tolerância por parte do BA, não é menos certo que qualquer acto jurídico que viole uma proibição legal é nulo nos termos do artigo 134.° do Código Civil alemão e que, de acordo com a jurisprudência dos tribunais alemães, tal proibição abrange as actividades de colocação exercidas com violação das regras da AFG.

11 No processo principal está em causa a compatibilidade do contrato de consultadoria em matéria de pessoal concluído entre Höfner e Elser, por um lado, e a Macrotron, por outro, com as disposições da AFG. No cumprimento das suas obrigações contratuais, Höfner e Elser apresentaram à Macrotron um candidato para a função de director do serviço de vendas. Tratava-se de um cidadão alemão que, segundo os consultores, convinha perfeitamente para o lugar em questão. A Macrotron decidiu, no entanto, não contratar esse candidato e recusou pagar os honorários estipulados no contrato.

12 Höfner e Elser demandaram então a Macrotron no Landgericht München I a fim de obter a condenação desta no pagamento dos honorários estipulados. O Landgericht julgou improcedente o seu pedido por sentença de 27 de Outubro de 1987. Os recorrentes recorreram desta decisão para o Oberlandesgericht München, que considerou o contrato em questão nulo, nos termos do artigo 134.° do Código

Civil alemão, por violar o artigo 13.° da AFG. Este tribunal declarou, no entanto, que a solução do litígio dependia em definitivo da interpretação do direito comunitário e, em consequência, decidiu submeter as seguintes questões prejudiciais:

«1) A mediação de empresas de consultadoria sobre questões de pessoal no recrutamento de quadros directivos do sector empresarial constitui uma prestação de serviços, na acepção do primeiro parágrafo do artigo 60.° do Tratado CEE, e está relacionada com o exercício de autoridade pública, na acepção dos artigos 66.° e 55.° do Tratado CEE?

2) A proibição absoluta da mediação de empresas alemãs de consultadoria sobre questões de pessoal no recrutamento de quadros directivos, estabelecida pelos artigos 4.° e 13.° da AFG, constitui uma disposição laboral justificada pelo interesse geral ou um monopólio justificado por razões de ordem pública e de segurança pública (artigos 66.° e 56.°, n.° 1, do Tratado CEE)?

3) Uma empresa alemã de consultadoria sobre questões de pessoal pode invocar os artigos 7.° e 59.° do Tratado CEE para exercer a mediação no recrutamento de nacionais alemães para empresas alemãs?

4) Atendendo ao disposto no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado CEE, o Bundesanstalt für Arbeit (serviço federal de emprego) está submetido, ao servir de intermediário no recrutamento de quadros directivos, às disposições do Tratado CEE e, em especial, ao seu artigo 59.°? A exclusividade dessa mediação constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, na acepção do artigo 86.° do Tratado CEE?»

13 Para mais ampla exposição do enquadramento legal e dos antecedentes do litígio no processo principal, da tramitação do processo e das observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça, remete-se para o relatório para audiência. Estes elementos apenas serão adiante retomados na medida do necessário para a fundamentação da decisão do tribunal.

14 Com as três primeiras questões e a parte da quarta relativa ao artigo 59.° do Tratado, o tribunal de reenvio pretende fundamentalmente saber se as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços se opõem a uma proibição legal, de as sociedades privadas de consultadoria de recrutamento, procederem à colocação profissional de quadros e dirigentes de empresas. A quarta questão visa essencial-

mente a interpretação dos artigos 86.° e 90.° do Tratado, no quadro das relações concorrenciais entre estas sociedades e um serviço público de emprego que beneficia de um direito exclusivo de colocação.

15 Esta última questão suscita o problema da extensão deste direito exclusivo e, assim, da proibição legal da colocação profissional de quadros e dirigentes por sociedades privadas como a do processo principal. Deve, assim, ser analisada em primeiro lugar.

Interpretação dos artigos 86.° e 90.° do Tratado CEE

16 Com a quarta questão, o tribunal de reenvio pretende, em concreto, saber se o monopólio da colocação profissional de quadros e de dirigentes de empresas reservado a um serviço público de emprego constitui um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 86.°, tendo em conta o disposto no artigo 90.°, n.° 2. A fim de responder utilmente a esta questão, é necessário analisar este direito exclusivo também à luz do artigo 90.°, n.° 1, que indica as condições que os Estados-membros devem respeitar ao conceder direitos exclusivos ou especiais. As observações apresentadas ao Tribunal de Justiça incidem aliás tanto sobre o n.° 1 como sobre o n.° 2 do artigo 90.° do Tratado.

17 Segundo os recorrentes no processo principal, um instituto como o BA é simultaneamente uma empresa pública, na acepção do artigo 90.°, n.° 1, e uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado. O BA encontra-se, deste modo, sujeito às regras da concorrência, na medida em que a aplicação destas não prejudique a missão específica que lhe foi confiada, o que não se verifica no caso em apreço. As recorrentes no processo principal alegam ainda que o BA, que alargava o seu monopólio legal em matéria de colocação a actividades para as quais a criação de um monopólio não se justifica no interesse geral, actuava de forma abusiva, na acepção do artigo 86.° do Tratado. Afirmam, além disso, que um Estado-membro que permite tal abuso viola o artigo 90.°, n.° 1, e o princípio geral de que os Estados-membros devem abster-se de qualquer medida susceptível de eliminar o efeito útil das regras de concorrência comunitárias.

18 A Comissão defendeu um ponto de vista ligeiramente diferente. A manutenção de um monopólio de colocação de quadros e dirigentes de empresas constitui, em seu entender, uma infracção às disposições conjugadas dos artigos 90.°, n.° 1, e 86.° do Tratado, sempre que o beneficiário do monopólio não esteja disposto ou em condições de assegurar integralmente esse serviço, de acordo com a procura existente no mercado, desde que esse comportamento seja de molde a afectar o comércio entre os Estados-membros.

19 A recorrida no processo principal e o Governo alemão consideram, em contrapartida, que as actividades de um serviço de emprego não eram abrangidas pelo âmbito de aplicação das regras da concorrência, desde que exercidas por um organismo público. O Governo alemão esclareceu a este respeito que um serviço público de emprego não pode ser considerado empresa, na acepção do artigo 86.° do Tratado, na medida em que os serviços de mediação de emprego eram gratuitos. O facto de estas actividades serem financiadas principalmente através de contribuições dos empregadores e dos trabalhadores não afecta, em seu entender, o seu carácter gratuito, dado tratar-se de cotizações gerais sem qualquer relação com cada serviço prestado em concreto.

20 Tendo em conta as considerações precedentes, convém verificar se um serviço público de emprego, como o BA, pode ser considerado empresa, na acepção dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE.

21 Deve esclarecer-se, a este respeito, que no âmbito do direito da concorrência o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. A actividade de mediação de emprego é uma actividade económica.

22 O facto de as actividades de colocação serem normalmente confiadas a serviços públicos não prejudica a natureza económica dessas actividades. As actividades de colocação nem sempre foram e não são necessariamente exercidas por entidades públicas. Esta afirmação é válida, em especial, para as actividades de colocação de quadros e de dirigentes de empresas.

23 Donde resulta que uma entidade como um serviço público de emprego que exerça actividades de colocação pode ser considerada empresa para efeitos da aplicação das regras de concorrência comunitárias.

24 Deve esclarecer-se que um serviço público de emprego, encarregado nos termos da legislação de um Estado-membro da gestão de serviços de interesse geral, como os previstos no artigo 3.° da AFG, continua sujeito às regras de concorrência, nos termos do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, na medida em que não seja provado que a aplicação dessas regras é incompatível com o desempenho da sua missão (ver acórdão de 30 de Janeiro de 1974, Sacchi, n.° 15, 155/73, Recueil, p. 409).

25 No que respeita ao comportamento de um serviço público de emprego que beneficia de um direito exclusivo em matéria de colocação em relação às actividades de colocação de quadros e de dirigentes de empresas exercidas por empresas privadas de consultadoria, deve notar-se que a aplicação do artigo 86.° do Tratado não pode prejudicar a missão específica atribuída a este serviço público, quando este não se encontra manifestamente em condições de satisfazer a procura existente neste sector de mercado e tolera, de facto, uma violação do seu direito exclusivo por aquelas.

26 Se é certo que o artigo 86.° visa as empresas e pode ser aplicado, dentro dos limites estabelecidos no artigo 90.°, n.° 2, às empresas públicas e às empresas que disponham de direitos exclusivos ou especiais, também é verdade que o Tratado impõe aos Estados-membros a obrigação de não tomarem ou manterem em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil desta norma (ver acórdão de 16 de Novembro de 1977, Inno, n.os 31 e 32, 13/77, Recueil, p. 2115). De facto, o artigo 90.°, n.° 1, prevê que os Estados-membros, no que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, não tomarão nem manterão qualquer medida contrária às regras do Tratado, designadamente às contidas nos artigos 85.° a 94.° inclusive.

27 Em consequência, é incompatível com as regras do Tratado qualquer medida de um Estado-membro que mantenha em vigor uma exposição legal que estabeleça uma situação em que um serviço público de emprego seja necessariamente levado a violar o disposto no artigo 86.°

28 A este respeito, deve antes de mais recordar-se que pode considerar-se que uma empresa que beneficia de um monopólio legal ocupa uma posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado (ver acórdão de 3 de Outubro de 1985, CBEM, n.° 16, 311/84, Recueil, p. 3261) e que o território de um Estado-membro abrangido por esse monopólio pode constituir uma parte substancial do mercado comum (ver acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin, n.° 28, 322/81, Recueil, p. 3461).

29 Deve esclarecer-se, em segundo lugar, que o simples facto de criar tal posição dominante através da concessão de um direito exclusivo, na acepção do artigo 90.°, n.° 1, não é, em si mesmo, incompatível com o artigo 86.° do Tratado (ver acórdão de 3 de Outubro de 1985, CBEM, já citado, n.° 17). Um Estado-membro apenas viola, na verdade, as proibições contidas nessas duas normas se a empresa em questão, pelo mero exercício do direito exclusivo que lhe foi confiado, explorar de forma abusiva a sua posição dominante.

30 Nos termos do artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea b), do Tratado, tal prática abusiva pode consistir, designadamente, numa limitação da actividade, em prejuízo dos que recorrem ao serviço em causa.

31 Ora, um Estado-membro cria uma situação em que a actividade de prestação é limitada quando a empresa à qual concedeu um direito exclusivo que abrange as actividades de mediação no emprego de quadros de dirigentes de empresas não se encontra manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado para este género de actividades e quando o exercício efectivo destas por sociedades privadas se torna impossível devido à manutenção em vigor de uma disposição legal que proíbe tais actividades, sob pena de nulidade dos contratos celebrados no seu exercício.

32 Saliente-se, em terceiro lugar, que a responsabilidade que incumbe aos Estados-membros, nos termos dos artigos 86.° e 90.°, n.° 1, do Tratado, apenas existe se o comportamento abusivo do serviço em questão for susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros. Para que esta condição seja satisfeita não é necessário que aquele comportamento tenha efectivamente afectado esse comércio. Basta provar que é de molde a produzir tal efeito (ver acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin, já citado, n.° 104).

33 Tal efeito potencial sobre as trocas interestatais existe designadamente quando as actividades de colocação de quadros e dirigentes de empresas exercidas por empresas privadas possam abranger cidadãos e territórios de outros Estados-membros.

34 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à quarta questão prejudicial que um serviço público de emprego que exerce actividades de colocação se encontra sujeito à proibição do artigo 86.° do Tratado, na medida em que a aplicação desta disposição não prejudique a missão específica que lhe foi confiada. O Estado-membro que lhe concedeu um direito exclusivo de mediação de emprego viola o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado ao criar uma situação em que o serviço público de emprego tem necessariamente que violar o disposto no artigo 86.° do Tratado. O que acontece, designadamente, quando se encontram satisfeitas as seguintes condições:

— o direito exclusivo estende-se às actividades de colacação de quadros e dirigentes de empresas;

— o serviço público de emprego não se encontra manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado para este género de actividades;

— o exercício efectivo das actividades de colacação por agências privadas de consultadoria em matéria de colocação torna-se impossível devido à manutenção em vigor de uma disposição legal que proíbe estas actividades sob pena de nulidade dos contratos correspondentes;

— as actividades de colocação em questão podem alargar-se a cidadãos e territórios de outros Estados-membros.

Interpretação do artigo 59.° do Tratado CEE

35 Com a terceira questão, o tribunal de reenvio pretende saber se uma empresa de consultadoria em matéria de pessoal de um Estado-membro pode invocar os artigos 7.° e 59.° do Tratado com vista à mediação na colocação de nacionais deste Estado-membro em empresas do mesmo Estado.

36 Deve recordar-se antes de mais que o artigo 59.° do Tratado garante, no domínio da livre prestação de serviços, a aplicação do princípio consagrado no artigo 7.° do Tratado. Em consequência, quando uma regulamentação é compatível com o artigo 59.° também o é com o artigo 7.° (ver acórdão de 9 de Junho de 1977, Van Ameyde, n.° 27, 90/76, Recueil, p. 1091).

37 Há que salientar em seguida que, de acordo com uma jurisprudência constante, as disposições do Tratado em matéria de livre circulação de serviços não são aplicáveis às actividades em que todos os elementos se circunscrevem ao território de um único Estado-membro, e que a questão de saber se se está perante uma situação dessas depende de juízos de facto da competência do tribunal nacional (ver, designadamente, acórdão de 18 de Março de 1980, Debauve, n.° 9, 52/79, Recueil, p. 833).

38 Ora, resulta dos factos dados por provados pelo tribunal nacional na decisão de reenvio que a situação de facto em causa no processo principal se prende com um litígio entre consultores de colocação alemães e uma empresa alemã, relativo ao recrutamento de um cidadão alemão.

39 Tal situação não apresenta qualquer elemento de conexão com qualquer uma das situações visadas pelo direito comunitário. Tal conclusão não pode ser afectada pelo facto de um contrato celebrado entre os consultores de colocação e uma empresa prever a faculdade teórica de serem procurados candidatos alemães que residam noutros Estados-membros ou cidadãos deste Estado.

40 Deve assim responder-se à terceira questão prejudicial que uma empresa de consultadoria em matéria de pessoal de um Estado-membro não pode invocar os artigos 7.° e 59.° do Tratado para efeitos da mediação na colocação de cidadãos deste Estado-membro em empresas do mesmo Estado.

41 Tendo em conta esta resposta, torna-se desnecessário analisar as duas primeiras questões e a parte da quarta questão, as quais têm em vista apurar se o artigo 59.° do Tratado se opõe a uma proibição legal de as sociedades privadas de consultadoria em matéria de pessoal de um Estado-membro exercerem a actividade de colocação de quadros e de dirigentes de empresas.

Quanto às despesas

42 As despesas efectuadas pelo Governo alemão e pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal de Justiça, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, relativamente às partes no processo principal, a natureza de um incidente suscitado perante o tribunal nacional, cabe a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas pelo Oberlandesgericht München, por decisão de 31 de Janeiro de 1990, declara:

1) **Um serviço público de emprego, que exerça actividades de colocação, está sujeito à proibição do artigo 86.° do Tratado, na medida em que a aplicação desta disposição o não impossibilite de cumprir a especial tarefa de que foi incumbido. O Estado-membro que lhe concedeu um direito exclusivo de colocação viola o n.° 1 do artigo 90.° do Tratado se criar uma situação em que o serviço público de emprego tenha necessariamente que violar o disposto no artigo 86.° do Tratado. É o que acontece, designadamente, sempre que estejam preenchidas as seguintes condições:**

   — **o direito exclusivo abranja as actividades de colocação de quadros e dirigentes de empresas;**

   — **o serviço público de emprego não esteja manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado para esse tipo de actividades;**

   — **o exercício efectivo de actividades de mediação de emprego por parte de sociedades privadas de consultadoria em matéria de colocação se tenha tornado impossível pela manutenção em vigor de uma disposição legal que proíba essas actividades sob pena de nulidade dos correspondentes contratos;**

   — **as actividades de colocação em causa possam abranger cidadãos ou territórios de outros Estados-membros.**

2) Uma sociedade de consultadoria em matéria de colocação de um Estado-membro não pode invocar os artigos 7.° e 59.° do Tratado para efeitos da mediação na colocação de nacionais desse Estado-membro em empresas do mesmo Estado.

Mancini O'Higgins

Kakouris Schockweiler Kapteyn

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 23 de Abril de 1991.

O secretário

J.-G. Giraud

O presidente da Sexta Secção

G. F. Mancini