DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
av den 23 april 1991*

I mål C-41/90

har Oberlandesgericht i München (Tyskland) gett in en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 i EEG-fördraget i det mål som pågår vid den nationella domstolen mellan

Klaus Höfner och Fritz Elser

och

Macrotron GmbH.

Begäran avser tolkningen av artiklarna 7, 55, 56, 59, 86 och 90 i EEG-fördraget.

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden G.F. Mancini samt domarna T.F. O'Higgins, C.N. Kakouris, F.A. Schockweiler och P.J.G. Kapteyn,

generaladvokat: F.G. Jacobs,
justitiesekreterare: byrådirektören V. Di Bucci,

som beaktat de skriftliga yttrandena från

— dr Klaus Höfner och Fritz Elser genom advokaten dr Joachim Müller, München, och professorn dr Volker Emmerich, universitetet i Bayreuth,

— Macrotron GmbH genom advokaten Holm Tippner, München,

* Rättegångsspråk: tyska.

— den tyska regeringen genom dr Ernst Röder, Regierungsdirektor i Förbundsfinansministeriet, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission genom juridiske rådgivaren Etienne Lasnet och genom dr Bernhard Jansen, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

som beaktat förhandlingsrapporten,

som hört de muntliga yttrandena av Höfner, Elser, Macrotron GmbH, den tyska regeringen och kommissionen vid sammanträde den 13 november 1990, och

som hört generaladvokatens förslag till avgörande, framlagt vid sammanträde den 15 januari 1991,

meddelar följande

dom

DOMSKÄL

1 Genom ett beslut av den 31 januari 1990, som inkom till domstolen den 14 februari 1990, har Oberlandesgericht i München i enlighet med artikel 177 i EEG-fördraget ställt fyra frågor om tolkningen av artiklarna 7, 55, 56, 59, 60, 66, 86 och 90 i EEG-fördraget.

2 Dessa frågor har ställts inom ramen för en tvist mellan rekryteringskonsulterna Höfner och Elser å ena sidan och Macrotron GmbH, som är ett tysk bolag med säte i München, å andra sidan. Tvisten gäller ett arvode som Höfner och Elser kräver av Macrotron med stöd av ett avtal enligt vilket Höfner och Elser skulle biträda vid rekryteringen av en chef för försäljningsavdelningen.

3 Arbetsmarknaden regleras i Tyskland av Arbeitsförderungsgesetz (lag om främjande av sysselsättningen, nedan benämnd "AFG"). Enligt § 1 i AFG syftar åtgärderna enligt den lagen till att inom ramen för förbundsregeringens ekonomiska och sociala poltik uppnå och vidmakthålla en hög sysselsättning, ständigt förbättra sysselsättningsstrukturen och därigenom främja den

ekonomiska tillväxten. Förverkligandet av detta allmänna mål, som närmare beskrivs i § 2, åligger enligt § 3 Bundesanstalt für Arbeit (förbundsinstitution för sysselsättning, nedan benämnd "BA"), vars verksamhet huvudsakligen består i att sammanföra arbetssökande med arbetsgivare och att bevilja arbetslöshetsunderstöd.

4 Den förstnämnda av dessa verksamheter, vilken definieras i § 13 i AFG, utövas av BA i kraft av en exklusiv rättighet som i detta syfte tilldelats BA med stöd av § 4 i AFG (nedan kallad "exklusiv rättighet till arbetsförmedling").

5 I § 23 i AFG föreskrivs dock ett undantag från den exklusiva rättigheten till arbetsförmedling. BA kan nämligen i undantagsfall och efter samråd med de berörda arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna ge andra institutioner eller personer i uppdrag att svara för arbetsförmedlingen i fråga om vissa yrken. Dessa institutioners och personers verksamhet står dock under tillsyn av BA.

6 BA skall enligt §§ 20 och 21 i AFG utöva sin exklusiva rättighet till arbetsförmedling opartiskt och utan ersättning. Avdelning 6 i AFG gäller de ekonomiska medel som gör det möjligt för BA att utöva sin verksamhet på detta sätt. Enligt § 167 i den avdelningen kan BA ta ut bidrag av arbetsgivare och arbetstagare.

7 Avdelning 8 i AFG innehåller straffbestämmelser. Enligt § 228 kan all förmedlingsverksamhet i strid med AFG straffas med penningböter.

8 Trots BA:s exklusiva rättighet till arbetsförmedling har i Tyskland en särskild rekryterings- och arbetsförmedlingsverksamhet utvecklats när det gäller chefer inom näringslivet. Denna verksamhet bedrivs av rekryteringskonsulter som biträder företag angående personalpolitik.

9 BA har reagerat mot denna utveckling på två sätt. För det första beslöt BA år 1954 att inrätta en särskild enhet för förmedling av högt kvalificerade personer till ledningsfunktioner i företag. För det andra offentliggjorde BA rundskrivelser, vari BA förklarade sig beredd att inom ramen för ett avtal mellan BA, förbundsarbetsministern och en rad fackliga organisationer tolerera viss verksamhet från rekryteringskonsulternas sida angående chefer inom näringslivet. Denna toleranta hållning kommer också till uttryck däri att BA inte systematiskt har vidtagit rättsliga åtgärder med stöd av § 228 i AFG mot rekryteringskonsulterna på grund av dessas verksamhet.

10 Även om rekryteringskonsulters verksamhet alltså i viss utsträckning tolereras av BA, är dock varje rättshandling som strider mot ett lagstadgat förbud ogiltig enligt § 134 i den tyska Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Enligt de tyska domstolarnas rättspraxis är detta förbud tillämpligt på arbetsförmedlingsverksamhet som utövas i strid med bestämmelserna i AFG.

11 Tvisten i målet vid den nationella domstolen gäller om det rekryteringsavtal som ingåtts mellan å ena sidan Höfner och Elser och å andra sidan Macrotron är förenligt med bestämmelserna i AFG. I enlighet med avtalet föreslog Höfner och Elser Macrotron en kandidat till tjänsten som chef för försäljningsavdelningen. Det var fråga om en tysk medborgare som enligt rekryteringskonsulternas uppfattning var mycket väl lämpad för den ifrågavarande tjänsten. Macrotron beslöt emellertid att inte anställa denna kandidat och vägrade att betala det i avtalet bestämda arvodet.

12 Höfner och Elser väckte med anledning därav talan mot Macrotron vid Landgericht i München I för att få det avtalade arvodet. Genom dom av den 27 oktober 1987 ogillade Landgericht deras talan. Kärandena överklagade denna dom till Oberlandesgericht i München som fann att det omtvistade avtalet var ogiltigt enligt § 134 i BGB, eftersom det stred mot § 13 i AFG. Domstolen ansåg emellertid att tvistens utgång i sista hand berodde på en tolkning av gemenskapsrätten och har därför ställt följande tolkningsfrågor:

"1) Är förmedling av chefer inom näringslivet genom rekryteringskonsultföretag en tjänst i den mening som avses i artikel 60 första stycket i EEG-fördraget och är förmedlingen av chefer förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artiklarna 66 och 55 i EEG-fördraget?

2) Utgör totalförbudet i §§ 4 och 13 i AFG mot förmedling av chefer inom näringslivet genom tyska rekryteringskonsultföretag en yrkesreglering som grundas på allmänintresset eller ett monopol som grundas på hänsyn till allmän ordning och säkerhet (artiklarna 66 och 56.1 i EEG-fördraget)?

3) Kan ett tyskt rekryteringskonsultföretag åberopa artiklarna 7 och 59 i EEG-fördraget vid förmedling av tyska medborgare till tyska företag?

4) Är Bundesanstalt für Arbeit med hänsyn till artikel 90.2 i EEG-fördraget bunden av bestämmelserna i EEG-fördraget och då särskilt av artikel 59 i detta när det gäller förmedling av chefer inom näringslivet

och utgör monopoliseringen av förmedling av chefer inom näringslivet ett missbruk av en dominerande ställning på marknaden i den mening som avses i artikel 86 i EEG-fördraget?"

13 För en utförligare redogörelse för den rättsliga ramen och omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen, rättegångens förlopp och de till domstolen ingivna skriftliga yttrandena hänvisas till förhandlingsrapporten. Handlingarna i målet i dessa delar återges i det följande endast i den mån domstolens argumentation kräver det.

14 Genom de tre första frågorna och den del av den fjärde frågan som gäller artikel 59 i fördraget vill den nationella domstolen i huvudsak få veta om fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster hindrar ett lagstadgat förbud mot förmedling av chefer inom näringslivet genom privata rekryteringskonsultföretag. Den fjärde frågan gäller i huvudsak tolkningen av artiklarna 86 och 90 i fördraget vad beträffar konkurrensförhållandet mellan dessa företag och en sådan offentlig institution för sysselsättning som har en exklusiv rättighet med avseende på arbetsförmedling.

15 Den sistnämnda frågan tar upp spörsmålet om räckvidden för denna exklusiva rättighet och därmed för det lagstadgade förbud mot förmedling av chefer inom näringslivet genom privata företag som målet vid den nationella domstolen avser. Denna fråga bör därför behandlas först.

Tolkningen av artiklarna 86 och 90 i EEG-fördraget

16 Genom sin fjärde fråga vill den nationella domstolen närmare bestämt veta om det monopol i fråga om förmedling av chefer inom näringslivet som förbehållits en offentlig institution för sysselsättning, med hänsyn till bestämmelserna i artikel 90.2 utgör ett missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86. För att denna fråga skall kunna besvaras på ett ändamålsenligt sätt måste denna exklusiva rättighet även prövas med hänsyn till artikel 90.1, som avser de villkor som medlemsstaterna måste beakta när de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter. De yttranden som getts in till domstolen hänför sig för övrigt både till punkt 1 och punkt 2 i artikel 90 i EEG-fördraget.

17 Enligt kärandena i målet vid den nationella domstolen utgör en sådan institution som BA samtidigt ett offentligt företag i den mening som avses i artikel 90.1 och ett företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 90.2 i fördraget. BA är därför underkastad konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte hindrar de särskilda uppgifter som tilldelats BA, vilket inte är fallet här. Kärandena i målet vid den nationella domstolen har även gjort gällande att BA, som utsträckt sitt lagstadgade arbetsförmedlingsmonopol till verksamheter vars monopolisering inte är motiverad av allmänintresset, har gjort sig skyldig till missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. De anser vidare att en medlemsstat som möjliggör ett sådant missbruk bryter mot artikel 90.1 och mot den allmänna princip enligt vilken medlemsstaterna måste avhålla sig från alla åtgärder som kan beröva gemenskapens konkurrensregler deras ändamålsenliga verkan.

18 Kommissionen har intagit en något annorlunda ståndpunkt. Upprätthållandet av ett monopol för förmedling av chefer inom näringslivet utgör enligt dess uppfattning en överträdelse av artikel 90.1 jämförd med artikel 86 i fördraget, om innehavaren av monopolet inte vill eller kan fullt ut genomföra denna uppgift i enlighet med den på marknaden rådande efterfrågan och förutsatt att detta beteende kan påverka handeln mellan medlemsstater.

19 Svaranden i målet vid den nationella domstolen och den tyska regeringen anser däremot att verksamheten vid en institution för sysselsättning inte omfattas av tillämpningsområdet för konkurrensreglerna, om verksamheten utövas av en offentlig organisation. Den tyska regeringen har i detta hänseende anfört att en offentlig institution för sysselsättning inte kan betecknas som företag i den mening som avses i artikel 86 i fördraget, eftersom förmedlingstjänsterna tillhandahålls utan ersättning. Den omständigheten att verksamheten i huvudsak finansieras genom bidrag från arbetsgivare och arbetstagare inverkar enligt den tyska regeringen inte på avgiftsfriheten, eftersom det är fråga om allmänna bidrag som inte har något samband med den i det enskilda fallet utförda tjänsten.

20 Med beaktande av det anförda skall det prövas om en sådan offentlig institution för sysselsättning som BA kan betraktas som ett företag i den mening som avses i artiklarna 85 och 86 i fördraget.

21 Härvid skall det anmärkas att begreppet företag inom ramen för konkurrensrätten omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering, samt att arbetsförmedling är en ekonomisk verksamhet.

22 Den omständigheten att arbetsförmedlingsverksamhet normalt överlämnas till offentliga institutioner kan inte inverka på verksamhetens ekonomiska karaktär. Arbetsförmedlingsverksamhet har inte alltid utövats av offentliga organisationer och behöver inte nödvändigtvis utövas av sådana organisationer. Detta konstaterande gäller särskilt arbetsförmedlingsverksamhet som avser chefer inom näringslivet.

23 Härav följer att en sådan organisation som en offentlig institution för sysselsättning som utövar arbetsförmedlingsverksamhet kan betecknas som företag i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna.

24 Det skall anmärkas att en offentlig institution för sysselsättning som enligt en medlemsstats lagstiftning anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, såsom de som avses i § 3 i AFG, i enlighet med artikel 90.2 i fördraget är underkastad konkurrensreglerna, om det inte visas att tillämpningen av dessa regler är oförenlig med fullgörandet av institutionens uppgifter (se dom av den 30 januari 1974, Sacchi, punkt 15 i domskälen, mål 155/73, Rec. s. 409).

25 Vad gäller beteendet hos en offentlig institution för sysselsättning, som innehar en exklusiv rättighet i fråga om arbetsförmedling, gentemot sådan förmedlingsverksamhet i fråga om chefer inom näringslivet som utövas av privata rekryteringskonsultföretag, skall det konstateras att tillämpningen av artikel 86 i fördraget inte kan hindra att de särskilda uppgifter som tilldelats denna institution fullgörs, om institutionen uppenbarligen inte är i stånd att tillgodose marknadens efterfrågan i detta hänseende och i praktiken tolererar att intrång görs i dess exklusiva rättighet från de nämnda företagens sida.

26 Artikel 86 avser visserligen företag och kan inom de gränser som anges i artikel 90.2 tillämpas på offentliga företag eller företag med exklusiva eller särskilda rättigheter. Men därutöver åläggs medlemsstaterna genom fördraget att inte vidta eller bibehålla åtgärder som kan upphäva denna bestämmelses ändamålsenliga verkan (se dom av den 16 november 1977, Inno, punkterna 31 och 32 i domskälen, mål 13/77, Rec. s. 2115). I artikel 90.1 föreskrivs nämligen att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte skall vidta och inte heller

bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördraget, i synnerhet reglerna i artikel 85–94.

27 Följaktligen är varje åtgärd av en medlemsstat varigenom en lagbestämmelse bibehålls som skapar en situation i vilken en offentlig institution för sysselsättning inte kan undgå att bryta mot artikel 86, oförenlig med reglerna i fördraget.

28 I detta sammanhang skall det för det första erinras om att ett företag som har ett rättsligt monopol kan anses inneha en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget (se dom av den 3 oktober 1985, CBEM, punkt 16 i domskälen, mål 311/84, Rec. s. 3261) och att en medlemsstats territorium, som omfattas av detta monopol, kan utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden (se dom av den 9 november 1983, Michelin, punkt 28 i domskälen, mål 322/81, Rec. s. 3461).

29 För det andra skall det anmärkas att enbart skapandet av en sådan dominerande ställning genom beviljandet av en exklusiv rättighet i den mening som avses i artikel 90.1, inte som sådant är oförenligt med artikel 86 i fördraget (se ovannämnda dom av den 3 oktober 1985, CBEM, punkt 17 i domskälen). En medlemsstat bryter nämligen mot förbuden i dessa båda bestämmelser endast om företaget i fråga genom det blotta utövandet av den exklusiva rättighet som beviljats företaget missbrukar sin dominerande ställning.

30 Enligt artikel 86 andra stycket b kan ett sådant missbruk särskilt bestå i en begränsning av tillhandahållandet av en tjänst till nackdel för dem som önskar begagna sig av den.

31 En medlemsstat skapar en situation där tillhandahållandet av en tjänst begränsas, när det företag som medlemsstaten har beviljat en exklusiv rättighet omfattande arbetsförmedlingsverksamhet i fråga om chefer inom näringslivet, uppenbarligen inte kan tillgodose marknadens efterfrågan på sådan verksamhet och när privata företags faktiska utövande av sådan verksamhet omöjliggörs genom bibehållandet av en lagbestämmelse, enligt vilken sådan verksamhet är förbjuden och enligt vilken en underlåtenhet att iaktta förbudet gör berörda avtal ogiltiga.

32 För det tredje skall det konstateras att en medlemsstats ansvar på grund av artiklarna 86 och 90.1 i fördraget inträder endast om den ifrågavarande institutionens missbruk kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Detta betyder inte att missbruket i fråga faktiskt måste ha påverkat denna handel. Det

är tillräckligt att det styrks att beteendet kan ha en sådan verkan (se ovannämnda dom av den 9 november 1983, Michelin, punkt 104 i domskälen).

33 En sådan möjlig inverkan på handeln mellan medlemsstaterna föreligger särskilt när av privata företag utövad arbetsförmedlingsverksamhet i fråga om chefer inom näringslivet kan utsträckas till andra medlemsstaters medborgare eller territorier.

34 Mot bakgrund av dessa överväganden skall svaret på den fjärde frågan bli följande. En offentlig institution för sysselsättning som utövar arbetsförmedlingsverksamhet är underkastad förbudet i artikel 86 i fördraget i den mån som tillämpningen av denna bestämmelse inte hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats institutionen fullgörs. En medlemsstat som har beviljat institutionen en exklusiv rättighet att utöva arbetsförmedling bryter mot artikel 90.1 i fördraget, om den skapar en situation i vilken den offentliga institutionen för sysselsättning inte kan undgå att bryta mot artikel 86 i fördraget. Så är fallet särskilt när följande villkor är uppfyllda:

— Den exklusiva rättigheten omfattar verksamhet för förmedling av chefer inom näringslivet.

— Den offentliga institutionen för sysselsättning kan uppenbarligen inte tillgodose marknadens efterfrågan på sådan verksamhet.

— Privata rekryteringskonsultföretags faktiska utövning av förmedlingsverksamhet omöjliggörs genom bibehållandet av en lagbestämmelse, enligt vilken verksamheten förbjuds och enligt vilken en underlåtenhet att iaktta förbudet gör berörda avtal ogiltiga.

— Den ifrågavarande förmedlingsverksamheten kan utsträckas till andra medlemsstaters medborgare eller territorier.

Tolkningen av artikel 59 i EEG-fördraget

35 Med sin tredje fråga vill den nationella domstolen få veta om ett rekryteringskonsultföretag i en medlemsstat kan åberopa artiklarna 7 och 59 i fördraget beträffande förmedling av medborgare i denna stat till företag i samma stat.

36 Till en början skall det erinras om att artikel 59 i EEG-fördraget, när det gäller friheten att tillhandahålla tjänster, säkerställer att principen i artikel 7 i fördraget tillämpas. Härav följer att en reglering som är förenlig med artikel 59 också är det med artikel 7 (se dom av den 9 juni 1977, Van Ameyde, punkt 27 i domskälen, mål 90/76, Rec. s. 1091).

37 Det skall vidare framhållas att bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet för tjänster enligt fast rättspraxis inte är tillämpliga på verksamhet som till alla delar är begränsad till en enda medlemsstat och att det är den nationella domstolen som utifrån de faktiska omständigheterna skall avgöra om detta är fallet (se bl.a. dom av den 18 mars 1980, Debauve, punkt 9 i domskälen, mål 52/79, Rec. s. 833).

38 Det framgår av omständigheterna, såsom dessa fastställts av den nationella domstolen i dess beslut om hänskjutande, att målet vid den nationella domstolen gäller en tvist mellan tyska rekryteringskonsulter och ett tyskt företag om rekrytering av en tysk medborgare.

39 En sådan situation har ingen anknytning till någon av de situationer som gemenskapsrätten avser. Något annat följer inte heller därav att ett avtal som ingåtts mellan rekryteringskonsulterna och företaget innehåller en teoretisk möjlighet att man kan söka efter tyska kandidater som är bosatta i andra medlemsstater eller efter medborgare i dessa medlemsstater.

40 Den tredje frågan skall därför besvaras på följande sätt. Ett rekryteringskonsultföretag i en medlemsstat kan inte åberopa artiklarna 7 och 59 i fördraget beträffande förmedling av medborgare i denna stat till företag i samma stat.

41 Med hänsyn till detta svar finns det inte anledning att pröva de två första frågorna och den del av den fjärde frågan som gäller huruvida artikel 59 i fördraget hindrar ett lagstadgat förbud mot förmedling av chefer inom näringslivet genom privata rekryteringsföretag i en medlemsstat.

Rättegångskostnader

42 De kostnader som har förorsakats den tyska regeringen och Europeiska gemenskapernas kommission, som har inkommit med yttrande till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet

vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

– angående de frågor som genom beslut av den 31 januari 1990 förts vidare av Oberlandesgericht i München – följande dom:

1) **En offentlig institution för sysselsättning som utövar arbetsförmedlingsverksamhet är underkastad förbudet i artikel 86 i fördraget i den mån som tillämpningen av denna bestämmelse inte hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats institutionen fullgörs. En medlemsstat som har beviljat institutionen en exklusiv rättighet att utöva arbetsförmedling bryter mot artikel 90.1 i fördraget, om den skapar en situation i vilken den offentliga institutionen för sysselsättning inte kan undgå att bryta mot artikel 86 i fördraget. Så är fallet särskilt när följande villkor är uppfyllda:**

   — **Den exklusiva rättigheten omfattar verksamhet för förmedling av chefer inom näringslivet.**

   — **Den offentliga institutionen för sysselsättning kan uppenbarligen inte tillgodose marknadens efterfrågan på sådan verksamhet.**

   — **Privata rekryteringskonsultföretags faktiska utövning av förmedlingsverksamhet omöjliggörs genom bibehållandet av en lagbestämmelse, enligt vilken verksamheten förbjuds och enligt vilken en underlåtenhet att iaktta förbudet gör berörda avtal ogiltiga.**

   — **Den ifrågavarande förmedlingsverksamheten kan utsträckas till andra medlemsstaters medborgare eller territorier.**

2) **Ett rekryteringskonsultföretag i en medlemsstat kan inte åberopa artiklarna 7 och 59 i fördraget beträffande förmedling av medborgare i denna stat till företag i samma stat.**

Mancini O'Higgins

Kakouris Schockweiler Kapteyn

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 23 april 1991.

J.-G. Giraud
Justitiesekreterare

G.F. Mancini
Ordförande på sjätte avdelningen