CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS présentées le 15 janvier 1991 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans la présente affaire, la Cour est saisie d'une demande de décision à titre préjudiciel par l'Oberlandesgericht München (République fédérale d'Allemagne). Cette juridiction pose plusieurs questions sur l'applicabilité des dispositions du traité relatives à la libre circulation des services et aux règles de concurrence à ce qui constitue apparemment une situation purement interne à un État membre.

2. Les demandeurs au principal sont des conseils en recrutement allemands établis en République fédérale d'Allemagne. La partie défenderesse est une société de droit allemand ayant son siège social à Munich. Les parties ont conclu un contrat aux termes duquel les demandeurs devaient assister la partie défenderesse pour le recrutement d'un directeur du service des ventes. Les demandeurs ont présenté un candidat à leur avis idoine, M. R. Dechert, ressortissant allemand. La partie défenderesse a cependant décidé de ne pas embaucher M. Dechert et a refusé de payer les honoraires stipulés dans le contrat aux demandeurs. Ceux-ci ont ensuite engagé une action devant les juridictions allemandes. Il semble que les demandeurs ne puissent avoir gain de cause sur la base du droit allemand parce que le contrat est nul; en République fédérale d'Allemagne, la Bundesanstalt für Arbeit, qui est un organisme de l'État, a un monopole de placement et les bureaux de placement privés sont interdits, conformément à une convention de l'Organisation internationale du travail (OIT). Les demandeurs soutiennent que les dispositions allemandes interdisant les bureaux de placement privés sont contraires à certaines dispositions du droit communautaire, notamment aux articles 59 et 86 du traité instituant la Communauté économique européenne. L'Oberlandesgericht München a demandé une décision à titre préjudiciel sur les questions suivantes:

« 1) Le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises par des sociétés de conseil en recrutement constitue-t-il un service au sens de l'article 60, premier alinéa, du traité CEE, et le placement de cadres et de dirigeants participe-t-il à l'exercice de l'autorité publique au sens des articles 66 et 55 du traité CEE?

2) L'interdiction totale du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises par les sociétés allemandes de conseil en recrutement, établie aux articles 4 et 13 de l'Arbeitsförderungsgesetz (AFG), constitue-t-elle une réglementation professionnelle justifiée par l'intérêt général ou un monopole justifié par des raisons d'ordre public et de sécurité publique (articles 66 et 56, paragraphe 1, du traité CEE)?

* Langue originale: l'anglais.

3) Une société allemande de conseil en recrutement peut-elle, pour le placement de ressortissants allemands auprès d'entreprises allemandes, invoquer les articles 7 et 59 du traité CEE?

4) Compte tenu de l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE, l'Office national pour l'emploi est-il lié par les dispositions du traité CEE, et en particulier par son article 59, pour le placement des cadres et des dirigeants d'entreprises, et le monopole du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises constitue-t-il une exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, au sens de l'article 86 du traité CEE? »

Le contexte de l'affaire

a) *Les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT)*

3. Pour répondre à ces questions, il convient d'abord d'examiner le contexte de l'affaire. Les dispositions allemandes qui confèrent un monopole de placement à la Bundesanstalt für Arbeit (ci-après « Bundesanstalt ») et interdisent les bureaux de placement privés tirent leur origine du droit international. La convention sur le service de l'emploi, 1948 (convention n° 88 de l'OIT; conventions et recommandations adoptées par la conférence internationale du travail, 1919-1966, p. 756) oblige chaque membre de l'OIT, pour lequel la convention est en vigueur, à entretenir ou à veiller à ce que soit entretenu un service public et gratuit de l'emploi (article 1er, paragraphe 1). La tâche essentielle du service de l'emploi est de « réaliser, en coopération, s'il y a lieu, avec d'autres organismes publics et privés intéressés, la meilleure organisation possible du marché de l'emploi comme partie intégrante du programme national tendant à assurer et à maintenir le plein emploi ainsi qu'à développer et à utiliser les ressources productives » (article 1er, paragraphe 2).

4. La convention sur les bureaux de placement payants (révisée), 1949 (convention n° 96 de l'OIT; conventions et recommandations adoptées par la conférence internationale du travail 1919-1966, p. 835) offre aux membres qui ratifient la convention le choix d'accepter soit les dispositions de la partie II de la convention, prévoyant la suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative, soit celles de la partie III de la convention, prévoyant la réglementation de ces mêmes bureaux. L'article 5 de la convention, qui relève de la partie II, dispose que des dérogations à la règle imposant la suppression des bureaux en question « seront accordées exceptionnellement par l'autorité compétente à l'égard des catégories de personnes, définies de façon précise par la législation nationale, au placement desquelles il ne saurait être convenablement pourvu dans le cadre du service public de l'emploi, mais seulement après consultation, par les moyens appropriés, des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées ».

5. La convention n° 96 a été ratifiée par tous les États membres de la Communauté, à l'exception du Danemark et du Royaume-Uni. On observera que la République fédérale d'Allemagne a décidé d'accepter les dispositions de la partie II de la convention plutôt que celles de la partie III (loi du 15 avril 1954, BGBl. 1954, Teil II, p. 456).

b) *La législation nationale*

6. L'Arbeitsförderungsgesetz (loi sur la promotion de l'emploi, ci-après « AFG ») contient la plus grande partie de la législation nationale applicable. Les principaux objectifs de l'AFG consistent à réaliser un haut niveau d'emploi, à améliorer la structure du marché de l'emploi et, partant, à promouvoir la croissance économique (article 1er). La réalisation de ces objectifs est confiée à la Bundesanstalt (article 3). Aux termes de l'article 4, l'activité de placement ne peut être exercée que par la Bundesanstalt, sous réserve des dispositions des articles 18, paragraphe 1, deuxième phrase, et 23, paragraphe 1. La notion de placement est définie à l'article 13, paragraphe 1; on entend par placement toute activité qui vise à mettre les demandeurs d'emploi en contact avec des employeurs éventuels en vue d'établir des relations de travail.

7. L'article 18 est ainsi libellé:

« 1. Le recrutement et le placement pour un emploi à l'étranger en tant que travailleur salarié ainsi que le recrutement à l'étranger et le placement pour un emploi en tant que travailleur salarié en Allemagne sont des activités réservées à la Bundesanstalt. D'autres institutions ou personnes peuvent exercer de telles activités à condition d'avoir obtenu dans chaque cas particulier une autorisation préalable de la Bundesanstalt, dans la mesure où elles n'ont pas été spécialement mandatées en application de l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase. La Bundesanstalt décide à cet égard en tenant compte des intérêts légitimes des travailleurs allemands et de l'économie allemande à la lumière de l'état du marché du travail...

2. Il ne peut pas être porté atteinte aux dispositions arrêtées par les Communautés européennes.

... »

8. L'article 23, paragraphe 1, est formulé dans les termes suivants:

« Dans des cas exceptionnels, la Bundesanstalt peut, sur demande et après consultation des fédérations de travailleurs et d'employeurs intéressées, charger des institutions ou personnes du placement relatif à certaines professions ou catégories de personnes, lorsque cela paraît approprié. Le recrutement et le placement pour un emploi à l'étranger en tant que travailleur salarié ainsi que le recrutement à l'étranger et le placement pour un emploi en tant que travailleur salarié en Allemagne ne sont possibles que sur la base d'un mandat spécial délivré par la Bundesanstalt, sous réserve des dispositions de l'article 18, paragraphe 1. »

9. L'article 23, à la différence de l'article 18, n'énonce aucune réserve en ce qui concerne le droit communautaire.

10. La Bundesanstalt fournit ses prestations de services à titre gratuit, en principe. En cas de dépenses d'un montant supérieur à la moyenne, elle peut imposer une taxe à l'employeur (article 21). La Bundesanstalt est financée par des contributions perçues auprès des employeurs et des travailleurs (article 167).

11. Quiconque entreprend des activités de placement sans en être chargé par la Bundesanstalt conformément à l'article 23 commet une infraction passible d'une sanction pécuniaire de 30 000 DM au plus (article 228). Celui qui exerce, sans l'autorisation préalable prévue à l'article 18 ou sans en être chargé par la Bundesanstalt conformément à l'article 23, des activités de placement pour un travailleur à l'étranger ou qui recrute ou place un travailleur à l'étranger pour un emploi en Allemagne commet un délit passible d'un emprisonnement de trois ans au plus ou d'une amende (article 227).

12. En vertu de l'article 134 du code civil allemand, tout acte juridique qui contrevient à une interdiction légale est nul. L'ordonnance de renvoi cite plusieurs arrêts du Bundesgerichtshof selon lesquels cette disposition entraîne la nullité de tout contrat de placement conclu en violation des dispositions de l'AFG.

13. La compatibilité du monopole de la Bundesanstalt avec le droit constitutionnel allemand n'a pas été sans soulever des contestations. En particulier, il a été soutenu, dans une affaire devant le Bundesverfassungsgericht en 1967, que le monopole était contraire à l'article 12, paragraphe 1, de la Grundgesetz qui confère à tous les Allemands le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur lieu de formation. Par arrêt du 4 avril 1967 (BVerfGE, vol. 21, p. 245), le Bundesverfassungsgericht a décidé que le monopole n'était pas incompatible avec la Grundgesetz. Selon le Bundesverfassungsgericht, bien que le monopole porte atteinte au droit du citoyen de choisir librement sa profession ou son emploi, il est justifié dans l'intérêt général, compte tenu des abus constatés dans le passé et en raison du fait que les besoins globaux du marché du travail peuvent être satisfaits de manière plus efficace par un seul organisme que par une multiplicité d'entreprises. Le Bundesverfassungsgericht a examiné la question distincte de savoir si le monopole était également justifié en ce qui concerne le placement des cadres et dirigeants d'entreprises, compte tenu des caractéristiques spéciales de ce secteur. Il est arrivé à la conclusion que le législateur n'était pas tenu d'exclure le placement des cadres et dirigeants d'entreprises du monopole, car l'efficacité de ce dernier aurait été affectée en cas de différenciation en la matière. En outre, il était difficile, sinon impossible, d'établir une distinction en pratique entre les différentes professions et catégories d'employés.

c) *La situation de fait dans le secteur du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises*

14. Au cours des années 50, il est apparu (ainsi qu'il a été exposé par la Commission) qu'un marché spécifique existait en ce qui concerne le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises. En conséquence, des entreprises privées, agissant en tant que « conseils en recrutement », ont entrepris des activités dans le secteur du placement de cadres et de dirigeants d'entreprises. La Bundesanstalt a réagi à cette évolution de deux façons:

i) en 1954, la Bundesanstalt a créé un bureau spécial chargé du placement de cadres et de dirigeants ainsi que d'autres catégories de personnes hautement qualifiées (*Kommentar zum AFG*, de A. Knigge, J. V. Ketelsen, D. Marschall et A. Wittrock, deuxième édition, point 5 relatif à l'article 189, p. 1427). Selon les observations de la Commission, la mission de ce bureau consiste à fournir

du personnel hautement qualifié à de grandes entreprises. Il est incontesté que le bureau en question n'est pas en mesure de satisfaire entièrement à la demande d'assistance pour le recrutement de cadres et de dirigeants d'entreprises. D'après les éléments d'information fournis par la Commission, le bureau ne sert d'intermédiaire que pour environ 28 % des postes de cadres et de dirigeants d'entreprises déclarés vacants sur le marché libre de l'emploi en Allemagne. En conséquence, les conseils en recrutement subsistent et continuent d'entreprendre des activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, malgré les restrictions qui leur sont imposées; selon les demandeurs au principal, il existe 700 à 800 entreprises de conseil en recrutement qui réalisent un chiffre d'affaires total de 750 millions à 1,2 milliard de DM par an;

ii) en 1957, la Bundesanstalt a publié une circulaire dans laquelle elle se déclarait disposée à permettre aux conseils en recrutement d'entreprendre des activités de placement. Une version de la circulaire datant de 1970, jointe en annexe aux observations de la Commission, énonce les termes d'une convention — entre la Bundesanstalt, le ministre fédéral du Travail et deux fédérations professionnelles représentant des employeurs allemands et des conseils en recrutement allemands — concernant les « principes visant à distinguer les activités de conseil en recrutement et de placement pour pourvoir à des emplois de cadres et de dirigeants d'entreprises ». La convention est censée être une interprétation des dispositions pertinentes de l'AFG. Elle commence par définir la notion de « cadres et dirigeants d'entreprises » (Führungskräfte der Wirtschaft): est considérée comme cadre ou dirigeant d'entreprise une personne qui, en raison d'une confiance particulière de la part de l'employeur, occupe un poste clé décisif pour l'existence et le développement de l'entreprise, du fait qu'elle exerce des fonctions patronales importantes ou un travail hautement qualifié en rapport avec la programmation, le contrôle, les projets, la recherche ou des activités de consultant, travail qui repose pour l'essentiel sur ses propres décisions et qui est assorti d'une responsabilité élevée (point 1.1.1 de la circulaire).

15. La convention établit ensuite une distinction entre le conseil en recrutement, activité que les entreprises privées sont autorisées à exercer, et le placement, qui est réservé à la Bundesanstalt. Le placement est défini comme à l'article 13, paragraphe 1, de l'AFG. Le conseil en recrutement est défini comme l'activité qui intervient lorsque, dans le cadre d'une mission en tant que tel, un conseil en recrutement participe également à la recherche et à la sélection de cadres et de dirigeants d'entreprises pour pourvoir à des postes vacants (point 1.2). Un conseil en recrutement qui est mandaté par une entreprise pour aider à pourvoir à des postes vacants de cadres ou de dirigeants peut faire paraître pour l'entreprise des annonces dans des journaux ou des périodiques (point 2.1). Le point 2.2 prévoit qu'un conseil en recrutement ne peut pas, entre autres:

— participer au recrutement d'autres personnes que des cadres ou des dirigeants;

— participer au recrutement sans avoir été mandaté par une entreprise dans le cas en cause;

— faire insérer en son nom propre des annonces destinées à des cadres ou dirigeants d'entreprises ou à des entreprises;

— proposer pour d'autres emplois vacants des candidats qui se sont adressés à lui pour un emploi vacant particulier;

— tenir un fichier de candidats;

— publier des listes de candidats ou d'emplois vacants;

— conserver par-devers lui des documents communiqués par les candidats après que l'emploi vacant en question a été pourvu;

— exiger ou accepter des commissions de la part des candidats.

16. La convention prévoit, enfin, certaines formes de coopération entre les conseils en recrutement et le service de placement de la Bundesanstalt lui-même.

17. Bien que la convention exposée dans la circulaire de la Bundesanstalt soit présentée comme une « interprétation » de l'AFG, il est clair qu'elle tend, en fait, à déroger à cette loi en autorisant les conseils en recrutement à entreprendre certaines activités qui semblent constituer un placement au sens de l'article 13, paragraphe 1, de l'AFG, et sont donc réservées à la seule Bundesanstalt conformément aux dispositions de l'article 4 de ladite loi. Toutefois, la circulaire n'enlève rien au fait que de telles activités, lorsqu'elles sont exercées par des entreprises privées, sont illégales et à la circonstance que les contrats conclus à cette fin sont nuls. Il s'ensuit que les bureaux de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises se trouvent dans une situation tout à fait anormale: si leurs activités sont publiquement tolérées par les autorités, de sorte qu'elles n'encourent aucun risque de sanction pénale ou administrative, leurs activités sont, cependant, illégales de sorte qu'elles ne peuvent pas faire valoir leurs contrats devant les tribunaux.

La question 1

18. En l'espèce, il ne sera nécessaire de répondre aux questions 1 et 2 qu'en cas de réponse affirmative à la question 3. Toutefois, puisque les points soulevés par la question 1 sont relativement clairs et peuvent être tranchés sur la base de la jurisprudence existante de la Cour, nous les aborderons directement.

La première partie de la question

19. La première partie de la question 1 porte sur le point de savoir si le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises par des conseils en recrutement constitue un service au sens de l'article 60, premier alinéa, du traité. Cette disposition définit les services dans les termes suivants:

« Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. »

20. Il ne fait pas de doute que le placement de cadres et de dirigeants par des conseils en recrutement ou des bureaux de placement relève de la définition susmentionnée d'un service. En fait, aucune des parties en l'espèce ne conteste ce point. Le seul argument susceptible d'être avancé contre cette conclusion est que, en Allemagne, le service en question est normalement fourni à titre gratuit par un organisme de l'État. Mais cela n'enlève rien au fait que le service est également fourni par des entreprises privées — tant dans les autres États membres qu'en Allemagne, dans la mesure où la Bundesanstalt ne cherche pas à imposer son monopole — et que ces entreprises privées sont normalement rémunérées pour leurs services. En tout état de cause, il résulte de la jurisprudence de la Cour que les services fournis par des bureaux de placement payants relèvent de la définition de la notion de « services » énoncée à l'article 60, premier alinéa: voir les affaires jointes 110/78 et 111/78, Van Wesemael (Rec. 1979, p. 35), et l'affaire 279/80, Webb (Rec. 1981, p. 3305).

La seconde partie de la question

21. La seconde partie de la question 1 soulève le point de savoir si le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises participe à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 55 du traité, en combinaison avec l'article 66.

22. Nous ne voyons pas comment il serait possible d'invoquer l'article 55 en ce qui concerne le placement. En tant qu'exception à une règle fondamentale du traité, l'article 55 est d'interprétation stricte: voir l'affaire 2/74, Reyners/Belgique, point 43 (Rec. 1974, p. 631). La notion d'« autorité publique » a été définie dans la même affaire par l'avocat général M. Mayras dans les termes suivants (p. 664):

« L'autorité publique est celle qui découle de la souveraineté, de l'imperium de l'État; elle implique, pour celui qui l'exerce, la faculté d'user de prérogatives exorbitantes du droit commun, de privilèges de puissance publique, de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens. »

23. Il est douteux que même la Bundesanstalt exerce une autorité publique, dans le sens susmentionné, lorsqu'elle assume ses fonctions qui lui sont conférées par l'AFG. Les entreprises privées n'exerceraient assurément aucune autorité publique si elles étaient autorisées à entreprendre des activités de placement. Les demandeurs eux-mêmes n'exercent pas d'autorité publique et une entreprise établie dans un autre État membre n'en exercerait pas non plus si elle usait de son prétendu droit à la libre prestation des services au titre de l'article 59. En conséquence, si la règle générale énoncée à l'article 59 autorise certaines entreprises à entreprendre des activités de placement en Allemagne, ces dernières ne peuvent pas être privées de ce droit en vertu de l'exception prévue à l'article 55.

24. Toujours à propos de l'article 55, un autre point mérite d'être évoqué, même s'il n'est pas directement en cause en l'espèce. Lorsque la Bundesanstalt autorise d'autres personnes à entreprendre des activités de placement en application de l'article 23 de l'AFG, il s'agit, en droit allemand, d'une délégation de pouvoirs relevant de l'autorité publique (Delegation hoheitlicher Befugnisse): voir Gagel, *Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar*, point 13 sur l'article 23. Toutefois, nous ne pensons pas que cela suffise

pour habiliter la Bundesanstalt à exciper de la réserve énoncée à l'article 55 et refuser ainsi d'envisager la délivrance d'une autorisation à une entreprise d'un autre État membre. Nous disons cela parce qu'une entreprise privée qui opère en vertu d'une telle autorisation n'exerce aucune prérogative particulière à l'égard du public. En conséquence, dans la mesure où la Bundesanstalt applique l'article 23, elle doit le faire de façon non discriminatoire.

La question 2

25. La question 2 soulève plusieurs problèmes qui sont complexes et nouveaux. Nous proposons donc d'examiner d'abord la question 3 et de revenir à la question 2 uniquement si cela s'avère nécessaire à la lumière de la réponse à la question 3.

La question 3

26. Cette question vise à savoir si une société allemande de conseil en recrutement peut, pour le placement de ressortissants allemands auprès d'entreprises allemandes, invoquer les articles 7 et 59 du traité CEE.

27. Il convient d'examiner d'abord si les articles 59 et suivants du traité ont une quelconque portée s'agissant d'une situation purement interne à un État membre. Le libellé des articles 59 et 60 ne contient assurément aucun élément laissant penser qu'un ressortissant allemand établi en Allemagne peut invoquer ces dispositions en vue de revendiquer le droit d'exercer en Allemagne une activité qui est interdite par la législation allemande. L'article 59, premier alinéa, impose la suppression des restrictions à la libre prestation des services « à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation ». L'article 60, troisième alinéa, prévoit que le prestataire peut « exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants ». Il est difficilement concevable que ces dispositions puissent être invoquées dans les circonstances du présent cas d'espèce. On observera que dans l'affaire 115/78, Knoors/Secrétaire d'État aux Affaires économiques (Rec. 1979, p. 399), la Cour a déclaré que les dispositions du traité concernant la liberté d'établissement et la libre prestation des services « ne sauraient être appliquées à des situations purement internes à un État membre ».

28. Les demandeurs au principal s'efforcent de surmonter cet obstacle en faisant valoir que l'article 59 permet à un bureau de placement établi dans un autre État membre de servir des prestations en Allemagne et qu'une telle possibilité doit être étendue aux entreprises allemandes en vertu de la règle, énoncée à l'article 7, interdisant toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

29. Il peut, certes, exister des circonstances dans lesquelles une entreprise établie dans un État membre peut invoquer l'article 59 en vue de revendiquer le droit de fournir une prestation dans un autre État membre, même si l'activité en question relève d'un monopole d'État dans cet autre État membre. Il convient de relever que l'avocat général M. Warner, dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire 52/79, Procureur du Roi/Debauve (Rec. 1980, p. 833, 872), a suggéré que, lorsqu'un service particulier a été soumis à un monopole d'État, l'interdiction que cela comporte pour les particuliers d'assurer le même

service ne s'étend pas nécessairement aux personnes établies dans un autre État membre. Mais cela ne signifie pas que les entreprises établies dans l'État membre où le monopole a été institué peuvent ne pas respecter une interdiction imposée par la législation nationale et prester le service qui a été confié au monopole. Sinon, aucune activité de services ne pourrait être soumise à un monopole d'État; or, il résulte des dispositions des articles 90 et 222 du traité que les États membres conservent la faculté d'établir de tels monopoles.

30. Nous ne voyons pas comment les dispositions de l'article 7 du traité pourraient infirmer la conclusion susmentionnée. On observera que l'article 7 vise principalement une « discrimination exercée en raison de la nationalité » et non pas une discrimination fondée sur le lieu d'établissement d'une personne. Certes, ce dernier type de discrimination pourrait, assurément, relever de l'article 7, pour autant que cette disposition s'applique. Mais l'article 7 n'est opérant que « dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit ». L'article 59 a, par rapport à l'article 7, le caractère d'une lex specialis. Les articles 59 et suivants peuvent être considérés comme des dispositions qui, s'agissant de la libre prestation des services, mettent en œuvre le principe de non-discrimination énoncé à l'article 7, mais ils le font selon leurs propres règles spécifiques, telles que les dispositions de l'article 60, troisième alinéa. Si la législation nationale est compatible avec les règles spécifiques des articles 59 et suivants, elle l'est aussi avec l'article 7: voir l'affaire 90/76, Van Ameyde/UCI, point 27 (Rec. 1977, p. 1091, 1126). Toutefois, l'article 59 ne vise que les prestations de services transfrontalières, son objectif principal consistant à garantir que des entreprises établies dans un État membre puissent fournir des prestations de services dans un autre État membre. Cet objectif n'est aucunement contrarié par une loi allemande interdisant à des entreprises établies en Allemagne de fournir certaines prestations en Allemagne à des entreprises allemandes.

31. Il s'ensuit que la question 3 appelle une réponse négative. Nous estimons donc inutile d'examiner la question 2.

La question 4

32. La question 4 vise en substance à savoir si, compte tenu de l'article 90, paragraphe 2, du traité, la Bundesanstalt est liée par les règles du traité, notamment par l'article 59 et les règles de concurrence, et si l'extension du monopole de la Bundesanstalt au secteur du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises ainsi que le maintien en vigueur d'une législation qui entraîne la nullité des contrats conclus par des bureaux de placement privés sont contraires à ces règles.

33. L'article 90 est ainsi libellé:

« 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité,

notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

3. ... »

34. Il convient d'observer que la question 4 ne se réfère expressément qu'au paragraphe 2 de l'article 90. Le paragraphe 1 n'est pas mentionné dans l'ordonnance de renvoi. Les observations écrites et la discussion orale se sont concentrées sur le paragraphe 2, même si le paragraphe 1 a été effleuré. Nous estimons, toutefois, qu'il résulte du contexte de l'affaire que l'Oberlandesgericht souhaite obtenir des éclaircissements sur la portée, en ce qui concerne l'affaire dont il est saisi, de l'ensemble de l'article 90. En tout état de cause, l'imbrication des paragraphes 1 et 2 en l'espèce est telle que nous ne saurions les examiner séparément.

35. S'agissant de l'effet de l'article 90 en combinaison avec l'article 59, il ne nous paraît pas utile de s'appesantir sur ce sujet. Dans le cadre de l'examen de la question 3, nous sommes déjà arrivés à la conclusion que l'article 59 ne s'oppose pas à ce qu'un État membre établisse un monopole d'État pour la prestation de certains services et interdise à des entreprises établies dans cet État membre de servir les prestations en question dans ce même État membre. Si l'article 59 ne peut pas avoir cet effet à lui seul, il ne saurait l'avoir en combinaison avec l'article 90, paragraphe 1, qui impose seulement aux États membres de supprimer, en ce qui concerne les entreprises publiques, les mesures contraires aux règles du traité, ou en combinaison avec l'article 90, paragraphe 2, qui ne fait que soumettre ces entreprises aux règles du traité.

36. La thèse des demandeurs au principal fondée sur les règles de concurrence du traité est plus solide. Elle s'articule autour des arguments suivants. La Bundesanstalt est une « entreprise publique », au sens de l'article 90, paragraphe 1, et une « entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général », au sens de l'article 90, paragraphe 2. En tant que telle, elle est soumise aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui lui a été impartie. Il ne serait pas fait échec à l'accomplissement de la mission de la Bundesanstalt si cette dernière était contrainte de soutenir la concurrence de bureaux privés dans le secteur du placement de cadres et de dirigeants d'entreprises. La Bundesanstalt occupe une position dominante sur le secteur du placement puisqu'elle bénéficie d'un monopole légal. Elle a exploité de façon abusive cette position dominante, contrairement à l'article 86 du traité. L'abus réside dans le simple fait que le monopole s'étend à des activités pour lesquelles l'établissement d'un monopole n'est pas justifié dans l'intérêt général. Dans la mesure où, en maintenant en vigueur les dispositions pertinentes de l'AFG, la République fédérale d'Allemagne a permis qu'un tel abus soit commis, elle a violé l'article 90, paragraphe 1, et le principe général en vertu duquel les États membres s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence communautaires (voir l'affaire 13/77, GB-Inno/Atab, points 30 et 31, Rec. 1977, p. 2215).

37. La Commission défend un point de vue analogue avec cette différence que, à son avis, l'exploitation abusive de la position dominante de la Bundesanstalt réside dans le fait que cette dernière ne satisfait pas à la demande pour une catégorie de prestations (à savoir le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises) pour laquelle elle dispose d'un monopole.

38. Les autres parties ne se sont guère prononcées au sujet de l'article 90. La partie défenderesse au principal, Macrotron, relève simplement qu'on ne saurait constater une violation des articles 86 et 90, car la décision de confier un monopole à la Bundesanstalt est fondée sur des considérations de rang supérieur tenant à l'intérêt général. Le gouvernement allemand soutient que l'application des règles de concurrence est exclue en ce qui concerne le placement parce que l'ensemble du secteur a été soustrait au champ d'application de la réglementation en matière de concurrence suite à la décision de créer un monopole d'État exploité dans l'intérêt général sur une base non lucrative.

39. Un certain nombre de points devront être établis pour que la thèse avancée par les demandeurs et la Commission puisse être retenue. A notre avis, aucun de ces points ne soulève de grandes difficultés, à l'exception de la question déterminante visant à savoir si la Bundesanstalt a exploité de façon abusive sa position dominante.

40. Nous ne voyons certes pas d'objection à admettre que la Bundesanstalt, qui est présentée à l'article 189 de l'AFG comme « eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung », est une « entreprise publique », au sens de l'article 90, paragraphe 1, et une « entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général », au sens de l'article 90, paragraphe 2. En tant que telle — et contrairement au point de vue du gouvernement allemand —, elle est soumise aux règles de concurrence et aux autres règles du traité, sauf s'il est établi que l'application de ces règles ferait échec à l'accomplissement de sa mission. Les tâches imparties à la Bundesanstalt sont énoncées à l'article 3 de l'AFG; la plus importante, pour ce qui nous concerne en l'espèce, est le placement. On ne saurait prétendre que le fait d'obliger la Bundesanstalt à soutenir la concurrence d'opérateurs privés dans le secteur du placement de cadres et de dirigeants d'entreprises entraverait l'accomplissement de cette tâche ou de toute autre tâche impartie à la Bundesanstalt. Cela est démontré, ainsi qu'il a été exposé par la Commission, par la circulaire dans laquelle la Bundesanstalt s'est déclarée disposée à tolérer que des entreprises privées entreprennent certaines activités de placement sous la forme de conseil en recrutement.

41. De même, il n'est pas douteux que la Bundesanstalt détient une position dominante sur le marché des services de placement puisque l'AFG lui confère un monopole légal qui s'étend à l'ensemble du marché. Dans ces conditions, il ne nous paraît pas utile d'examiner si le placement des cadres et des dirigeants d'entreprises constitue un marché distinct.

42. Les points de savoir si la Bundesanstalt a exploité de façon abusive sa position dominante et si une telle exploitation abusive est susceptible d'affecter le commerce entre États membres sont, en dernière analyse, des questions qu'il appartiendra à la juridiction nationale de trancher à la lumière de l'ensemble des circonstances. La Cour ne peut fournir des éclaircissements

qu'en ce qui concerne les éléments déterminants en droit communautaire.

43. A cet égard, il convient d'observer d'abord que le seul fait d'occuper une position dominante ne constitue pas par lui-même une exploitation abusive. Littéralement, la deuxième partie de la question 4, qui vise à savoir si le monopole du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises constitue une exploitation abusive, appelle donc une réponse négative. Bien que la Cour ait déclaré que le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position en prenant le contrôle d'un concurrent est susceptible de constituer un abus (affaire 6/72, Europemballage et Continental Can/Commission, Rec. 1973, p. 215), il nous paraît inconcevable que les articles 86 et 90 puissent être interprétés en ce sens qu'on se trouve en présence d'un abus lorsqu'un État membre confère un monopole à une entreprise ou à un organisme de l'État. Les demandeurs au principal forcent, à notre avis, le libellé de l'article 86 lorsqu'ils affirment que le seul fait que le monopole s'étende au-delà de ce qui est nécessaire dans l'intérêt général constitue une exploitation abusive d'une position dominante. Si cette analyse était retenue, cela signifierait que l'article 90, en combinaison avec l'article 86, impose une restriction générale au pouvoir des États membres de placer certains secteurs de l'économie sous l'emprise de l'État; une nationalisation ne pourrait intervenir qu'à condition d'être justifiée par l'intérêt général. Certaines constitutions nationales imposent, certes, de telles limitations (par exemple, l'article 43 de la Constitution italienne et l'article 128 de la Constitution espagnole). Toutefois, le droit communautaire ne contient aucune disposition de ce genre. Au contraire, l'article 222 du traité établit qu'il appartient à la législation nationale de déterminer dans quelle mesure les États membres peuvent nationaliser certains secteurs de l'économie.

44. Selon la Commission, on peut se trouver en présence d'un abus lorsque l'entreprise publique bénéficiant d'un monopole ne satisfait pas à la demande pour la prestation soumise au monopole. La Commission observe que, pendant de nombreuses années, la Bundesanstalt n'a pas été en mesure de satisfaire à la demande de prestations pour le recrutement de cadres et de dirigeants d'entreprises, comme le démontrent le fait que la Bundesanstalt ne fournit des candidats que pour 28 % des postes vacants ainsi que les termes mêmes de sa circulaire renonçant au monopole qui lui a été attribué dans le secteur du placement de cadres et de dirigeants d'entreprises. L'effet combiné des dispositions législatives allemandes interdisant les bureaux de placement privés et du comportement de la Bundesanstalt, qui ne satisfait pas à une demande effective, aboutirait à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au sens de l'article 86, deuxième alinéa, sous b). La Commission estime que son analyse est corroborée par l'arrêt de la Cour dans l'affaire 238/87, Volvo/Veng (Rec. 1988, p. 6211). Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'article 86 peut s'opposer à ce que le titulaire d'un modèle déposé relatif à des pièces de voiture fasse valoir son droit exclusif s'il exploite de façon abusive une position dominante en cessant de produire des pièces de rechange pour un modèle de voiture dont beaucoup d'exemplaires circulent encore. On observera que la Cour a utilisé la même formule dans l'affaire 53/87, CICRA e. a./Renault (Rec. 1988, p. 6039), dans laquelle l'arrêt a été rendu le même jour.

45. De nombreux éléments plaident en faveur de la position défendue par la

Commission. Il est exact qu'il peut paraître injuste de qualifier d'abusif le comportement de la Bundesanstalt. Aucun élément du dossier ne suggère que la Bundesanstalt ne s'est pas efforcée, dans la mesure de ses moyens, de satisfaire à la demande de participation au placement des cadres et des dirigeants d'entreprises. En outre, elle a délibérément assoupli son monopole en se déclarant disposée à tolérer la concurrence d'opérateurs privés (bien que l'on puisse objecter qu'elle aurait pu user plus largement de ses pouvoirs au titre de l'article 23 de l'AFG, qui n'a apparemment été appliqué qu'en ce qui concerne les bureaux pour mannequins et artistes). Toutefois, la réglementation allemande et le fait que la Bundesanstalt ne satisfait pas à la demande ont pour effet combiné que le consommateur (c'est-à-dire l'employeur à la recherche de cadres ou le cadre demandeur d'emploi) ne reçoit pas la qualité de prestations qu'il est en droit d'attendre et qu'il serait presque certain de recevoir si le secteur en question était soumis au régime de libre concurrence envisagé par le traité. L'employeur ou le cadre qui souhaite faire appel aux services d'un bureau de placement risque donc de se trouver dans une situation identique à celle du propriétaire d'une Volvo qui ne peut pas obtenir un nouvel élément de carrosserie pour sa voiture parce que le titulaire du modèle déposé pour ces pièces ne les produit pas et refuse d'autoriser des tiers à en produire.

46. Bien que le rapport entre la présente affaire et les affaires Volvo et Renault semble ténu de prime abord, on pourrait considérer que les arrêts Volvo et Renault illustrent un principe général selon lequel, lorsqu'une législation nationale confère un droit exclusif à une personne — que ce soit sous la forme d'un brevet, d'un modèle déposé ou d'un monopole en ce qui concerne la prestation de certains services — et que cette personne ne fournit pas les biens ou services couverts par le droit exclusif, cela peut équivaloir à une exploitation abusive d'une position dominante, qui tombera sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 86 dans la mesure où l'exploitation abusive est susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Cette interdiction fait que le droit exclusif ne peut plus être exercé.

47. Il est concevable qu'un cas tel que celui dont il s'agit ne relève pas de l'article 86 en l'absence d'une omission volontaire de la part de l'entreprise en position dominante d'assurer les services en question. Une distinction pourrait être faite entre le cas d'espèce et un refus délibéré de fournir des prestations, lequel serait seul à tomber sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 86. Toutefois, à notre avis, la notion d'exploitation abusive n'est pas aussi limitée. Ainsi que la Cour l'a souligné, la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante et l'article 86 s'appliquera lorsque, par exemple, le comportement en cause a pour effet de faire obstacle au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence: voir l'affaire 85/76, Hoffmann-La Roche/Commission (Rec. 1979, p. 461, 541). En tant que notion objective, une exploitation abusive peut exister indépendamment de tout élément de faute imputable à l'entreprise en position dominante. En conséquence, nous estimons que l'article 86 est susceptible de s'appliquer à une situation telle que celle visée en l'espèce. Cette interprétation est corroborée par les finalités mêmes de l'article 86 qui comprennent la protection du consommateur contre les désavantages qui pourraient, sinon, découler d'une puissance de marché excessive; l'article 86 vise à assurer autant que possible

que le comportement d'une entreprise en position dominante n'aboutisse pas à priver le consommateur des avantages qui devraient raisonnablement résulter du jeu normal des forces du marché.

48. S'agissant du critère permettant de déterminer si l'exploitation abusive est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, on observera d'abord qu'il suffit d'établir un effet potentiel. L'article 86 exige qu'il soit démontré non pas que le comportement abusif a effectivement affecté le commerce entre États membres, mais que ce comportement est de nature à avoir un tel effet: voir l'affaire 322/81, Michelin/Commission (Rec. 1983, p. 3461). Il s'ensuit que l'article 86 ne devient pas inapplicable du seul fait que l'affaire en question a pour origine une situation purement interne.

49. En second lieu, le monopole dont il s'agit en l'espèce comporte plusieurs aspects qui pourraient justifier la constatation que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté. Supposons, par exemple, qu'une société établie en France veuille créer un réseau commercial en Allemagne et cherche pour ce faire un cadre ayant une bonne connaissance du marché allemand. La démarche évidente consisterait à charger un conseil en recrutement allemand de trouver un candidat idoine. Mais elle est exclue si le monopole de la Bundesanstalt est appliqué. Au lieu de cela, la société en question sera contrainte de s'appuyer sur les prestations insuffisantes de la Bundesanstalt ou d'avoir recours à ses propres moyens et d'entreprendre le travail pénible consistant à passer des annonces dans la presse étrangère et à sélectionner des candidats étrangers dont elle pourra avoir certaines difficultés à apprécier les titres et autres qualifications. Et, en cas de recours aux services de la Bundesanstalt, qui, par définition, doit avoir une perspective nationale, ce dernier organisme serait-il en mesure de satisfaire aux exigences particulières d'un client dans un autre État membre? Comme autre exemple, supposons qu'une société allemande qui exerce ses activités dans l'ensemble du marché commun souhaite que le recrutement de ses cadres supérieurs s'effectue à l'échelon communautaire. Il va de soi qu'elle s'adressera à un bureau de placement allemand qui possède des agences dans d'autres États membres. Mais une telle société n'existera pas si le monopole de la Bundesanstalt est appliqué. Il est, en outre, peu probable que la Bundesanstalt soit en mesure de fournir un service qui requiert une perspective communautaire. Dans ces conditions, il nous paraît difficile d'échapper à la conclusion que, en cas d'exploitation abusive résultant du monopole de la Bundesanstalt, cet abus est de nature à affecter le commerce entre États membres.

50. A supposer que la juridiction nationale arrive à la conclusion qu'on se trouve en présence d'une exploitation abusive de position dominante et que cette exploitation abusive est de nature à affecter le commerce entre États membres, les conséquences de cette constatation en ce qui concerne le caractère exécutoire du contrat entre les parties au principal doivent être examinées à la lumière de l'article 90, paragraphe 1. Dans la mesure où les dispositions de la législation allemande ayant pour effet de conférer un monopole à la Bundesanstalt, d'interdire à d'autres personnes d'entreprendre des activités de placement et de rendre leurs contrats inapplicables, ont entraîné une exploitation abusive de position dominante, ces dispositions doivent être considérées comme des mesures contraires aux règles du traité et, en tant que telles,

elles ne sauraient être maintenues en vigueur. Les États membres ne peuvent pas, en tout état de cause, prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises: voir, par exemple, l'affaire 267/86, Van Eycke/ASPA, point 16 (Rec. 1988, p. 4769, 4791).

51. On ne saurait prétendre que la convention n° 96 s'oppose à ce que les autorités allemandes modifient les mesures en question. Il est exact que l'article 234 du traité vise à maintenir les effets des conventions internationales conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du traité. Toutefois, ainsi que la Commission le fait observer, il est loisible au gouvernement allemand de prévoir, conformément à l'article 5 de la convention, mentionné au point 4 ci-dessus, des dérogations à l'interdiction générale à l'égard de certaines catégories de personnes.

52. Il convient, enfin, de formuler quelques remarques à propos de l'effet direct de l'article 90. Le paragraphe 1 de cette disposition doit, à notre sens, avoir effet direct dans la mesure où il interdit aux États membres d'édicter ou de maintenir en vigueur toute mesure contraire à une règle qui a elle-même effet direct: voir Wyatt et Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, deuxième édition, p. 524.

53. La Cour a parfois déclaré que l'article 90, paragraphe 2, ne peut avoir d'effet direct, notamment parce que le paragraphe suivant confère un pouvoir d'appréciation à la Commission en ce qui concerne l'application de l'article 90: voir, notamment, l'affaire 10/71, Ministère public luxembourgeois/Müller (Rec. 1971, p. 723). Toutefois, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence ultérieure de la Cour, le fait de refuser l'effet direct à l'article 90, paragraphe 2, signifie en fait seulement que la dérogation partielle qu'il apporte aux règles générales du traité en faveur de certaines entreprises n'a pas d'effet direct: voir les affaires 155/73, Sacchi (Rec. 1974, p. 409), 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage/Inter-Huiles (Rec. 1983, p. 555), et 66/86, Ahmeed Saeed e. a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Rec. 1989, p. 803). Dans la mesure où l'article 90, paragraphe 2, confirme que les entreprises en question sont en principe soumises aux règles telles que l'article 86, il est clair qu'il ne saurait empêcher la juridiction nationale d'appliquer ces règles, surtout lorsque la démonstration est pleinement faite que leur application ne ferait pas échec à l'accomplissement de la mission particulière impartie à l'entreprise en question.

54. En conséquence, nous estimons que les questions qui ont été déférées à la Cour par l'Oberlandesgericht München appellent les réponses suivantes:

« 1) Les activités d'une entreprise qui met en contact des demandeurs d'emploi avec des employeurs éventuels constituent des services, au sens de l'article 60, premier alinéa, du traité CEE.

2) Une personne qui est en droit d'invoquer les articles 59 et suivants du traité en vue de fournir ce genre de services ne saurait en être empêchée au motif que les activités en question participent à l'exercice de l'autorité publique, au sens de l'article 55 du traité.

3) Lorsque la législation d'un État membre établit un monopole d'État dans le secteur du placement et interdit aux entreprises privées d'exercer de telles activités, une entreprise établie dans cet État membre ne saurait invoquer les articles 7 et 59 du traité pour exiger la liberté de placer, dans une entreprise établie dans cet État membre, des personnes qui possèdent la nationalité de ce même État membre et résident sur son territoire.

4) Lorsque la législation d'un État membre établit ce genre de monopole et que l'organisme chargé de le gérer ne satisfait manifestement pas à la demande pour les services en question, pareille carence peut, eu égard aux dispositions de l'article 90, paragraphe 2, du traité, constituer une exploitation abusive de position dominante, au sens de l'article 86 du traité, dans la mesure où elle est susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

5) Dans ces conditions, l'article 90, paragraphe 1, du traité s'oppose à l'application de dispositions de droit national qui auraient pour effet d'interdire à d'autres personnes de fournir de tels services et de les empêcher de faire exécuter leurs contrats. »