FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 15. januar 1991 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Denne sag er blevet forelagt Domstolen ved en anmodning om præjudiciel afgørelse fra Oberlandesgericht München (Forbundsrepublikken Tyskland). Den angår en række spørgsmål om, hvorvidt Traktatens bestemmelser om frie varebevægelser og konkurrenceregler kan anvendes på, hvad der tilsyneladende er en ren intern situation i en medlemsstat.

2. Sagsøgerne i hovedsagen er tyske personalekonsulenter med hjemsted i Tyskland. Sagsøgte er et tysk selskab med hjemsted i München. Parterne indgik en aftale, hvorefter sagsøgerne skulle bistå sagsøgte ved ansættelsen af en salgsdirektør. Sagsøgerne præsenterede en ansøger, som de anså for egnet til stillingen, nemlig R. Dechert, der var tysk statsborger. Sagsøgte besluttede imidlertid ikke at ansætte Dechert og nægtede at betale det aftalte honorar til sagsøgerne, som derpå anlagde sag ved de tyske domstole. Det fremgår, at der ikke kunne gives sagsøgerne medhold i henhold til tysk ret, fordi kontrakten er ugyldig; i Tyskland har Bundesanstalt für Arbeit, som er et statsligt organ, monopol på arbejdsformidling, og private arbejdsformidlingsvirksomheder er forbudt i henhold til en ILO-konvention. Sagsøgerne gør gældende, at de tyske bestemmelser om forbud mod private arbejdsformidlingsvirksomheder er i strid med en række bestemmelser i fællesskabsretten, navnlig EØF-Traktatens artikel 59 og 86. Oberlandesgericht München har anmodet om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Er formidling af virksomhedsledere gennem ansættelseskonsulentfirmaer en tjenesteydelse som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 60, stk. 1, og er denne formidling af ledere forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 66, jf. artikel 55?

2) Er det fuldstændige forbud i §§ 4 og 13 i Arbeitsförderungsgesetz (den tyske lov om fremme af beskæftigelse) mod formidling af virksomhedsledere gennem tyske ansættelseskonsulentfirmaer en erhvervsreguleringsbestemmelse, der er berettiget af hensynet til den offentlige orden og sikkerhed (EØF-Traktatens artikel 66, jf. artikel 56, stk. 1)?

* Originalsprog: engelsk.

3) Kan et tysk ansættelseskonsulentfirma ved formidling af tyske statsborgere til tyske virksomheder påberåbe sig EØF-Traktatens artikel 7 og 59?

4) Er Bundesanstalt für Arbeit ved formidling af virksomhedsledere, når henses til EØF-Traktatens artikel 90, stk. 2, bundet af EØF-Traktatens bestemmelser, navnlig EØF-Traktatens artikel 59, og er en monopolisering af formidling af virksomhedsledere misbrug af en dominerende stilling på markedet i EØF-Traktatens artikel 86's forstand?«

Sagens baggrund

a) *ILO-konventionerne*

3. Før disse spørgsmål kan besvares, er det først nødvendigt at gennemgå sagens baggrund. De tyske bestemmelser, der giver Bundesanstalt für Arbeit (herefter benævnt »Bundesanstalt«) et monopol på arbejdsformidling og forbyder private arbejdsformidlingsvirksomheder, har deres oprindelse i international ret. Konventionen af 1948 om arbejdsformidlingens organisation (ILO-konvention nr. 88; Danmarks Traktater 1974, s. 395) bestemmer, at medlemmer af ILO, for hvilke konventionen gælder, skal opretholde eller sikre opretholdelsen af en gratis offentlig arbejdsformidlingsordning (artikel 1, stk. 1). Arbejdsformidlingens hovedopgave er »om nødvendigt i samarbejde med andre offentlige og private organer at sikre den bedst mulige organisation af arbejdsmarkedet som en integrerende del af de nationale bestræbelser for at opnå og opretholde fuld beskæftigelse og for at udvikle og udnytte produktionskilderne« (artikel 1, stk. 2).

4. The Fee-charging Employment Agencies Convention (med senere ændringer) af 1949 (ILO-konvention nr. 96; International Labour Conventions and Recommendations 1919-1981, s. 102) giver medlemmer, som ratificerer konventionen, valget mellem at acceptere konventionens del II, hvorefter erhvervsdrivende arbejdsformidlingsvirksomheder, der kræver betaling, gradvis skal afskaffes, eller konventionens del III, hvorefter der skal indføres nærmere regler for sådanne virksomheder. Konventionens artikel 5, som hører til del II, bestemmer, at undtagelser fra reglen om, at sådanne virksomheder skal afskaffes, »kan tillades af den kompetente myndighed i undtagelsestilfælde med hensyn til persongrupper, der nøjagtigt defineres ved nationale love eller bekendtgørelser, og for hvilke arbejdsformidling ikke kan finde sted på passende måde inden for rammerne af den offentlige arbejdsformidlingstjeneste, dog først efter høring ved egnede metoder af de berørte arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer«.

5. Konvention nr. 96 er blevet ratificeret af alle medlemsstater undtagen Danmark og Det Forenede Kongerige. Det kan nævnes, at Tyskland valgte at være bundet af bestemmelserne i konventionens del II frem for del III (lov af 15.4.1954, Bundesgesetzblatt 1954, del II, s. 456).

b) *National ret*

6. De fleste relevante nationale bestemmelser findes i Arbeitsförderungsgesetz (lov om fremme af beskæftigelse, herefter benævnt »AFG«). De væsentligste formål med AFG er at sikre en høj beskæftigelsesgrad, at forbedre strukturen på arbejdsmarkedet og således fremme økonomisk vækst (§ 1). Bundesanstalt har fået overdraget den opgave at virkeliggøre disse mål (§ 3). Ifølge § 4 kan arbejdsformidling kun udøves af Bundesanstalt efter bestemmelserne i § 18, stk. 1, andet punktum, og § 23, stk. 1. Arbejdsformidling defineres i § 13, stk. 1; det betyder at sætte potentielle arbejdstagere i kontakt med potentielle arbejdsgivere med henblik på indgåelse af en ansættelsesaftale.

7. § 18 bestemmer følgende:

»1. Rekruttering og formidling til ansættelse i udlandet som lønmodtager og rekruttering og formidling i udlandet til ansættelse i Tyskland som lønmodtager skal udføres af Bundesanstalt. Andre organisationer og personer skal for at kunne udøve sådan virksomhed have forudgående tilladelse af Bundesanstalt i hvert enkelt tilfælde, for så vidt de ikke har fået en særlig bemyndigelse i henhold til § 23, stk. 1, andet punktum. Bundesanstalt træffer afgørelse under hensyntagen til tyske arbejdstageres legitime interesser og den tyske økonomi i lyset af forholdene på arbejdsmarkedet...

2. Nærværende bestemmelse ændrer ikke bestemmelser fastsat af De Europæiske Fællesskaber.

...«

8. § 23, stk. 1, bestemmer følgende:

»Bundesanstalt kan i undtagelsestilfælde på anmodning og efter høring af de berørte arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer bemyndige organisationer eller personer til at udføre arbejdsformidling for visse fag eller persongrupper, når dette findes hensigtsmæssigt. Rekruttering og arbejdsformidling vedrørende ansættelse i udlandet som arbejdstager samt rekruttering og arbejdsformidling i udlandet vedrørende ansættelse i Tyskland som arbejdstager er kun tilladt efter særlig bemyndigelse fra Bundesanstalt, dog med forbehold af bestemmelserne i § 18, stk. 1.«

9. § 23 indeholder i modsætning til § 18 intet forbehold med hensyn til fællesskabsretten.

10. Bundesanstalt udfører i princippet sine tjenesteydelser vederlagsfrit. Hvis der pådrages udgifter over gennemsnittet, kan det afkræve arbejdsgiveren et gebyr (§ 21). Bundesanstalt finansieres ved bidrag, som pålægges arbejdsgivere og arbejdstagere (§ 167).

11. Enhver, der udfører arbejdsanvisningsvirksomhed uden at være bemyndiget dertil af Bundesanstalt i henhold til § 23, begår en forseelse, der kan straffes med bøde på indtil 30 000 DM (§ 228). Den, der formidler arbejde til en arbejdstager i udlandet, eller som rekrutterer eller formidler en arbejdstager i udlandet til beskæftigelse i Tyskland uden forudgående tilladelse fra Bundesanstalt i henhold til § 18 eller uden at være blevet bemyndiget dertil af Bundesanstalt i henhold til § 23, begår en forbrydelse, der kan straffes med indtil tre års fængsel eller med bøde (§ 227).

12. I henhold til den tyske Bürgerliches Gesetzbuch § 134 er en retshandel, som er i strid med et lovfæstet forbud, i princippet ugyldig. I forelæggelseskendelsen citeres en række afgørelser fra Bundesgerichtshof gående ud på, at denne bestemmelse medfører, at en arbejdsformidlingsaftale indgået i strid med AFG's bestemmelser er ugyldig.

13. Bundesanstalt's monopols forenelighed med tysk forfatningsret har ikke været ubestridt. Navnlig har det været gjort gældende i en sag for Bundesverfassungsgericht i 1967, at monopolet var i strid med den tyske grundlovs artikel 12, stk. 1, hvorefter alle tyske borgere frit kan vælge deres erhverv eller fag, arbejdssted og uddannelsessted. Ved dom af 4. april 1967 (BVerfGE, bind 21, s. 245) har Bundesverfassungsgericht antaget, at monopolet ikke var i strid med den tyske grundlov. Skønt monopolet greb ind i borgerens frihed til at vælge sit erhverv eller fag, var det berettiget af almene hensyn i betragtning af det misbrug, som var forekommet tidligere, og fordi arbejdsmarkedets samlede behov mere effektivt kunne opfyldes af et enkelt foretagende end af en mangfoldighed af virksomheder. Bundesverfassungsgericht behandlede det særskilte spørgsmål, om monopolet også var berettiget med hensyn til rekruttering af ledere i betragtning af denne sektors særlige karakteristika. Den kom til det resultat, at lovgiver ikke var forpligtet til at udelukke rekruttering af ledere fra monopolet, idet dets effektivitet kunne blive skadet, hvis det blev delt op. Desuden var det vanskeligt, om ikke umuligt, i praksis at sondre mellem forskellige erhverv og fag og kategorier af arbejdstagere.

c) *De facto situationen på området for rekruttering af ledere*

14. Det viste sig i 1950'erne (ifølge Kommissionen), at der fandtes et særskilt marked for rekruttering af ledere. Som et resultat heraf begyndte private virksomheder, der optrådte som »personalekonsulenter«, at virke på området for rekruttering af ledere. Bundesanstalt reagerede på denne udvikling på to måder:

i) I 1954 oprettede Bundesanstalt et særligt kontor for rekruttering af ledere og andre højt kvalificerede grupper (*Kommentar zum AFG* af A. Knigge, J. V. Ketelsen, D. Marschall og A. Wittrock, anden udgave, punkt 5 vedrørende § 189, s. 1427). Ifølge Kommissionens indlæg er dets opgave at skaffe store virksomheder højt kvalificeret personale. Der er enighed om, at kontoret er ude af stand til at dække hele efterspørgslen efter bi-

stand ved rekruttering af ledere. Ifølge de af Kommissionen fremlagte oplysninger bistår kontoret kun ved besættelsen af 28% af de ledige stillinger for ledere, der annonceres på det åbne marked i Tyskland. Som et resultat heraf er der fortsat ansættelseskonsulentfirmaer, som fortsat påtager sig rekruttering af ledere, trods de restriktioner, der er sat for dem; ifølge sagsøgerne er der mellem 700 og 800 sådanne firmaer med en samlet årlig omsætning på mellem 750 mio. DM og 1 200 mio. DM.

ii) I 1957 udsendte Bundesanstalt en rundskrivelse, i hvilken man erklærede sig villig til at tillade sådanne konsulentfirmaer at rekruttere ledere. I en udgave fra 1970 af denne rundskrivelse, som er vedlagt Kommissionens indlæg, er der gengivet en aftale — mellem Bundesanstalt, arbejdsministeren og to sammenslutninger, der repræsenterer tyske arbejdstagere og tyske ansættelseskonsulentfirmaer — om »principperne for sondringen mellem personalerådgivning og arbejdsformidling i forbindelse med besættelse af ledende stillinger«. Aftalen angiver at være en fortolkning af de relevante bestemmelser i AFG. Den begynder med at definere udtrykket »ledere« (Führungskräfte der Wirtschaft): en leder er en person, som i kraft af et særligt tillidsforhold til arbejdsgiveren indtager en nøglestilling, som har betydning for virksomhedens eksistens og udvikling, for så vidt han udfører væsentlige styrende funktioner eller højt kvalificeret arbejde, der omfatter planlægning, overvågning, projektering, undersøgelser eller konsultation, i det væsentlige på eget initiativ og med en høj grad af ansvar (rundskrivelsens punkt 1.1.1).

15. Aftalen sondrer dernæst mellem personalerådgivning, som private virksomheder kan udføre, og arbejdsformidling, som er forbeholdt Bundesanstalt. Arbejdsformidling defineres i AFG § 13, stk. 1. Personalerådgivning defineres som den virksomhed, der finder sted, når et ansættelseskonsulentfirma inden for rammerne af en konsulentaftale blandt andet samarbejder ved opsporing af og udvælgelse af ledere til ansættelse i ledige stillinger (punkt 1.2). Et ansættelseskonsulentfirma, som af en virksomhed har fået overdraget den opgave at bistå ved besættelsen af ledende stillinger i et særligt tilfælde, kan indrykke annoncer i aviser og tidskrifter for virksomheden (punkt 2.1). Ifølge punkt 2.2 kan et ansættelseskonsulentfirma blandt andet ikke:

— bistå ved rekruttering af andre personer end ledere

— bistå ved rekruttering, medmindre han er antaget dertil af en virksomhed i et bestemt tilfælde

— indrykke annoncer rettet til ledere eller virksomheder i eget navn

— sætte ansøgere, som har henvendt sig til ham, i forbindelse med en bestemt ledig stilling frem for andre ledige stillinger

— føre kartotek over ansøgere

— offentliggøre lister over ansøgere eller ledige stillinger

— beholde dokumenter, der fremlægges af ansøgere, efter at den pågældende ledige stilling er blevet besat

— kræve eller modtage honorarer fra ansøgere.

16. Endelig giver aftalen grundlag for visse former for samarbejde mellem ansættelseskonsulentfirmaer og Bundesanstalt's egen arbejdsformidlingstjeneste.

17. Skønt den aftale, der er gengivet i Bundesanstalt's rundskrivelse, beskrives som en »fortolkning« af AFG, er det klart, at den i virkeligheden indebærer en fravigelse af denne lov, idet ansættelseskonsulentfirmaer herved bemyndiges til at udøve visse former for virksomhed, som tilsyneladende er arbejdsformidling som omhandlet i AFG § 13, stk. 1, og som derfor udelukkende er forbeholdt Bundesanstalt i henhold til dennes § 4. Men rundskrivelsen kan ikke ændre den omstændighed, at en sådan virksomhed, når den udøves af private virksomheder, er ulovlig, og at aftaler indgået med dette formål er ugyldige. Resultatet er, at ansættelseskonsulentfirmaer, der rekrutterer ledere, befinder sig i en ganske ejendommelig situation: deres virksomhed tolereres åbent af myndighederne, således at de ikke risikerer straf eller administrative sanktioner; men deres virksomhed er ikke desto mindre ulovlig, således at de ikke kan gennemtvinge deres aftaler ved domstolene.

Spørgsmål 1

18. Det vil kun være nødvendigt at besvare spørgsmål 1 eller spørgsmål 2 i nærværende sag, hvis spørgsmål 3 besvares bekræftende. Da de punkter, der rejses i spørgsmål 1, er forholdsvis enkle og kan afgøres på grundlag af Domstolens gældende praksis, vil jeg straks behandle dem.

Spørgsmålets første del

19. Første del af spørgsmål 1 går ud på, om formidling af virksomhedsledere gennem ansættelseskonsulentfirmaer er en tjenesteydelse som omhandlet i Traktatens artikel 60, stk. 1. Denne bestemmelse definerer tjenesteydelser således:

»Som tjenesteydelser i denne Traktats forstand betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer.«

20. Der kan ikke være nogen tvivl om, at ansættelseskonsulentfirmaer eller rekrutteringsfirmaers tilvejebringelse af ledere er omfattet af ovenstående definition på en tjenesteydelse. Dette punkt bestrides faktisk ikke af nogen af procesdeltagerne. Det eneste argument, der kan fremføres herimod er, at den pågældende tjenesteydelse i Tyskland normalt udføres gratis af et statsorgan. Men det ændrer ikke den omstændighed, at tjenesteydelsen også udføres af private virksomheder — både i andre medlemsstater og i Tyskland, for så vidt Bundesanstalt ikke forsøger at gennemtvinge sit monopol — og at disse private virksomheder normalt modtager vederlag for deres tjenesteydelser. Det fremgår under alle omstændigheder klart af Domstolens praksis, at de tjenesteydelser, der udføres af professionelle arbejdsformidlingsvirksomheder, er omfattet af definitionen af »tjenesteydelser« i artikel 60, stk. 1; jf. de forenede sager 110/78 og 111/78, Van Wesemael (Sml. 1979, s. 35), og sag 279/80, Webb (Sml. 1981, s. 3305).

Spørgsmålets anden del

21. Den anden del af spørgsmål 1 går ud på, om formidling af ledere er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 66, jf. artikel 55.

22. Jeg kan ikke se, hvordan artikel 55 skulle kunne påberåbes i forbindelse med arbejdsformidling. Som en undtagelse fra en fundamental regel i Traktaten må artikel 55 fortolkes indskrænkende: jf. sag 2/74, Reyners mod Belgien, præmis 43 (Sml. 1974, s. 631). Udtrykket »offentlig myndighed« blev i samme sag (på s. 664) defineret af generaladvokat Mayras således:

»Offentlig myndighed udspringer af statens suverænitet; den indebærer for udøveren muligheden for at bruge ekstraordinære retlige beføjelser, statsmagtens privilegier, beføjelsen til at udøve tvang over for borgerne.«

23. Det er tvivlsomt, om Bundesanstalt selv udøver offentlig myndighed i ovennævnte forstand, når den udfører de funktioner, som er overdraget den ved lov. Private virksomheder ville i hvert fald ikke udøve nogen offentlig myndighed, hvis de fik tilladelse til at udøve arbejdsformidling. Sagsøgerne selv udøver ikke offentlig myndighed; en virksomhed etableret i en anden medlemsstat ville heller ikke gøre det, hvis den gjorde brug af sin formodede frihed til at udføre tjenesteydelser i henhold til artikel 59. Hvis den almindelige regel i artikel 59 derfor giver nogle virksomheder ret til at udøve arbejdsformidling i Tyskland, kan de ikke miste denne ret i henhold til undtagelsen i artikel 55.

24. Mens jeg er ved artikel 55, skal jeg nævne et andet punkt, som bør kommenteres, selv om det ikke er direkte inddraget i denne sag. Når Bundesanstalt bemyndiger andre personer til at udøve arbejdsformidling i henhold til AFG § 23, anses dette i Tyskland for delegation af offentlig myndighed (Delegation hoheitlicher Befugnisse): se Gagel, *Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar*, punkt 13 vedrørende § 23. Alligevel tror jeg ikke, at dette er tilstrækkeligt til at give Bundesanstalt grundlag for at påberåbe sig

forbeholdet i artikel 55 og således nægte at overveje at give bemyndigelse til en virksomhed fra en anden medlemsstat. Jeg nævner dette, fordi en privat virksomhed, som drives i henhold til en sådan bemyndigelse, ikke har nogen særlig myndighed over for borgerne. Såfremt Bundesanstalt gør brug af § 23, må den derfor gøre det på en måde, der ikke indebærer forskelsbehandling.

Spørgsmål 2

25. Spørgsmål 2 rejser adskillige problemer, som både er komplicerede og nye. Jeg agter derfor at behandle spørgsmål 3 først og kun at vende tilbage til spørgsmål 2, hvis det er nødvendigt efter besvarelsen af spørgsmål 3.

Spørgsmål 3

26. Dette spørgsmål går ud på, om et tysk ansættelseskonsulentfirma kan påberåbe sig EØF-Traktatens artikel 7 og 59 i forbindelse med formidling af tyske statsborgere til tyske virksomheder.

27. Det må først og fremmest fastslås, om Traktatens artikel 59 ff. overhovedet har nogen relevans for en rent intern situation i en medlemsstat. Det fremgår i hvert fald intet steds i artiklerne 59 og 60, at en tysk statsborger etableret i Tyskland under henvisning til disse bestemmelser kan gøre krav på en ret til at udøve en virksomhed i Tyskland, som er forbudt ved tysk lov. Artikel 59, stk. 1, bestemmer, at restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser, skal afskaffes, »for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse«. Artikel 60, stk. 3, bestemmer, at tjenesteyderen »midlertidigt [kan] udøve sin virksomhed i det land, hvor ydelsen præsteres, på samme vilkår, som det pågældende land fastsætter for sine egne statsborgere«. Det er vanskeligt at se, hvordan disse bestemmelser kan påberåbes under de omstændigheder, der foreligger i nærværende sag. Det kan anføres, at i sag 115/78, Knoors mod Økonomiministeriet (Sml. 1979, s. 399), bemærkede Domstolen, at Traktatens bestemmelser om etablering og udveksling af tjenesteydelser »ikke kan gælde for en medlemsstats rent interne forhold«.

28. Sagsøgerne har forsøgt at overvinde denne hindring ved at argumentere med, at artikel 59 tillader et arbejdsformidlingsbureau etableret i en anden medlemsstat at udføre tjenesteydelser i Tyskland, og at en tilsvarende mulighed også må gælde for tyske virksomheder i henhold til forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i artikel 7.

29. Der kan faktisk være omstændigheder, under hvilke en virksomhed etableret i én medlemsstat under henvisning til artikel 59 kan kræve ret til at udføre en tjenesteydelse i en anden medlemsstat, selv om den pågældende aktivitet er omfattet af et statsmonopol i denne anden medlemsstat. Jeg skal bemærke, at generaladvokat Warner i sit forslag til afgørelse i sag 52/79, Procureur du Roi mod Debauve (Sml. 1980, s. 833, jf. s. 872), fremsatte den opfattelse, at når en særlig tjenesteydelse var omfattet af et statsligt monopol, omfattede det deraf følgende forbud mod, at private udførte denne tjenesteydelse, ikke nødvendigvis personer

etableret i andre medlemsstater. Men det betyder ikke, at virksomheder etableret i den stat, hvor monopolet er oprettet, kan se bort fra et forbud i national lovgivning og udføre den tjenesteydelse, som er overdraget monopolet. Ellers ville ingen tjenesteydelser nogensinde kunne blive omfattet af et statsligt monopol; at medlemsstater fortsat har kompetence til at oprette sådanne monopoler, fremgår imidlertid klart af ordlyden af Traktatens artikel 90 og 222.

30. Jeg kan ikke se, hvordan ovenstående resultater kan påvirkes af Traktatens artikel 7. Jeg skal bemærke, at artikel 7 først og fremmest omhandler »forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet«, ikke forskelsbehandling på grundlag af en persons etableringssted. Sidstnævnte form for forskelsbehandling kan naturligvis meget vel rammes af artikel 7, såfremt bestemmelsen overhovedet fandt anvendelse. Men artikel 7 gælder kun »inden for denne traktats anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser«. Artikel 59 har i forhold til artikel 7 karakter af lex specialis. Artiklerne 59 ff. gennemfører for så vidt angår den frie udveksling af tjenesteydelser forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 7, men i overensstemmelse med de deri angivne detaljerede regler, heriblandt bestemmelserne i artikel 60, stk. 3. Hvis national lovgivning er i overensstemmelse med de detaljerede regler i artiklerne 59 ff., er den også i overensstemmelse med artikel 7: jf. sag 90/76, Van Ameyde mod UCI, Sml. 1977, s. 1091, jf. s. 1126, præmis 27. Men artikel 59 omhandler kun grænseoverskridende udførelse af tjenesteydelser, idet dens vigtigste formål er at sikre, at virksomheder etableret i én medlemstat kan udføre tjenesteydelser i andre medlemsstater. Dette formål modvirkes på ingen måde af en tysk lov, der forbyder virksomheder etableret i Tyskland at udføre visse tjenesteydelser i Tyskland for tyske virksomheder.

31. Heraf følger, at spørgsmål 3 må besvares benægtende. Det er derfor unødvendigt at behandle spørgsmål 2.

Spørgsmål 4

32. Formålet med spørgsmål 4 er i det væsentlige at få fastslået, om Bundesanstalt er omfattet af Traktatens bestemmelser, navnlig artikel 59 og konkurrencereglerne, når henses til Traktatens artikel 90, stk. 2, og om udvidelsen af Bundesanstalt's monopol til rekruttering af ledere og opretholdelsen af lovgivning, hvorefter aftaler indgået af private ansættelseskonsulentfirmaer er ugyldige, er i strid med disse regler.

33. Artikel 90 bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artikel 7 og 85-94 nævnte.

2. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne trak-

tats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

3. ...«

34. Det bør bemærkes, at spørgsmål 4 udtrykkeligt kun henviser til artikel 90, stk. 2. Stk. 1 nævnes ikke i forelæggelseskendelsen. Under skriftsvekslingen og den mundtlige forhandling har der hovedsagelig været tale om stk. 2, selv om også stk. 1 er blevet nævnt. Jeg tror, at det klart fremgår af sagens baggrund, at Oberlandesgericht ønsker at få afklaret, hvilken betydning hele artikel 90 har for den sag, der verserer for den. Under alle omstændigheder er stk. 1 og stk. 2 så nøje forbundet i den foreliggende sag, at jeg ikke kan behandle den ene uden at nævne den anden.

35. Virkningen af artikel 90 sammenholdt med artikel 59 finder jeg det ikke nødvendigt at behandle nærmere. Jeg er allerede under behandlingen af spørgsmål 3 nået til det resultat, at artikel 59 ikke er til hinder for, at en medlemsstat opretter et statsligt monopol for udførelsen af visse tjenesteydelser og forbyder virksomheder etableret i denne medlemsstat at udføre de pågældende tjenesteydelser i denne medlemsstat. Hvis artikel 59 ikke kan have denne virkning i sig selv, kan den heller ikke have en sådan virkning sammenholdt med artikel 90, stk. 1, som blot bestemmer, at medlemsstaterne med hensyn til offentlige virksomheder skal afskaffe foranstaltninger, som er i strid med Traktatens bestemmelser, eller sammenholdt med artikel 90, stk. 2, som blot bestemmer, at sådanne virksomheder er omfattet af Traktatens bestemmelser.

36. Sagsøgernes argument, som er baseret på Traktatens konkurrenceregler, er mere solidt. Det går ud på følgende: Bundesanstalt er en »offentlig virksomhed« som omhandlet i artikel 90, stk. 1, og en »virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« som omhandlet i artikel 90, stk. 2. Som sådan er det omfattet af Traktatens bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den. Bundesanstalt ville ikke blive forhindret i at udføre sine opgaver, hvis det skulle konkurrere med private bureauer på området for formidling af ledere. Bundesanstalt har en dominerende stilling på markedet for arbejdsformidling, da det har et lovbestemt monopol. Bundesanstalt har misbrugt denne dominerende stilling, hvilket er i strid med Traktatens artikel 86. Misbruget ligger i den blotte omstændighed, at monopolet omfatter virksomhed, for hvilken almene hensyn ikke berettiger, at der indføres et monopol. For så vidt Forbundsrepublikken Tyskland har muliggjort det nævnte misbrug ved at opretholde de relevante bestemmelser i AFG, har den tilsidesat artikel 90, stk. 1, og det almindelige princip, hvorefter medlemsstater ikke må indføre foranstaltninger, som ophæver den tilsigtede virkning af Fællesskabets konkurrenceregler (jf. sag 13/77, GB-Inno mod Atab, Sml. 1977, s. 2215, præmisserne 30 og 31).

37. Kommissionen har indtaget et lignende standpunkt med den forskel, at misbruget af Bundesanstalt's dominerende stilling efter Kommissionens opfattelse ligger i, at den ikke har været i stand til at opfylde efterspørgslen efter en type tjenesteydelse (nemlig formidling af ledere), som den har monopol på.

38. De andre parter i sagen har sagt meget lidt om artikel 90. Macrotron, sagsøgte i hovedsagen, har blot anført, at der ikke kan være tale om tilsidesættelse af artiklerne 86 og 90, fordi beslutningen om at indrømme Bundesanstalt et monopol var baseret på uomgængelige almene interesser. Den tyske regering har gjort gældende, at konkurrencereglerne ikke kan anvendes på arbejdsformidling, fordi hele området er blevet fjernet fra konkurrenceretten ved beslutningen om at oprette et statsligt monopol, som skal drives i offentlighedens interesse på et ikke erhvervsmæssigt grundlag.

39. Hvis sagsøgernes og Kommissionens argument skal kunne lægges til grund, vil det være nødvendigt at få afklaret en række punkter. Ingen af disse punkter giver efter min mening anledning til større vanskeligheder, bortset fra nøglespørgsmålet, om Bundesanstalt har misbrugt sin dominerende stilling.

40. Jeg har bestemt ingen vanskeligheder ved at acceptere, at Bundesanstalt, som beskrives i AFG § 189 som »eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung«, er en »offentlig virksomhed« som omhandlet i artikel 90, stk. 1, og en »virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« som omhandlet i artikel 90, stk. 2. Som sådan er den — i modsætning til den tyske regerings opfattelse — omfattet af konkurrencereglerne og Traktatens øvrige bestemmelser, medmindre det kan godtgøres, at anvendelsen af disse bestemmelser ville hindre opfyldelsen af dens opgaver. Bundesanstalt's opgaver er fastsat i AFG § 3; den væsentligste med henblik på denne sag er arbejdsformidling. Det kan ikke hævdes, at Bundesanstalt ville blive forhindret i at udføre denne opgave eller nogen anden af sine opgaver, hvis den skulle konkurrere med private erhvervsdrivende på området for formidling af ledere. Som Kommissionen har påpeget, bevises dette af den rundskrivelse, i hvilken Bundesanstalt erklærede sig villig til at tillade private firmaer at udøve visse former for arbejdsformidling i form af ansættelsesrådgivning.

41. Det er ligeledes utvivlsomt, at Bundesanstalt indtager en dominerende stilling på markedet for arbejdsformidling, da AFG indrømmer den et lovbestemt monopol, som omfatter hele dette marked. Under de foreliggende omstændigheder finder jeg det unødvendigt at undersøge, om formidling af ledere er et særskilt marked.

42. Med hensyn til spørgsmålet, om Bundesanstalt har misbrugt sin dominerende stilling, og om det er sandsynligt, at et sådant misbrug vil påvirke samhandelen mellem medlemsstater, er dette til syvende og sidst spørgsmål, som det tilkommer den nationale domstol at besvare i lyset af alle foreliggende omstændigheder. Alt hvad EF-

Domstolen kan gøre, er at give vejledning om de relevante kriterier i fællesskabsretten.

43. Det første, der må fastslås, er, at den blotte besiddelse af en dominerende stilling ikke i sig selv er misbrug. Taget efter sin ordlyd må anden del af spørgsmål 4, som går ud på, om monopolisering af formidling af virksomhedsledere er misbrug af en dominerende stilling, derfor besvares benægtende. Skønt Domstolen har antaget, at misbrug kan forekomme, når en virksomhed i en dominerende stilling styrker denne stilling ved at erhverve kontrol over en konkurrent (sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. 1973, s. 215), kan jeg ikke se, hvordan artiklerne 86 og 90 kan fortolkes således, at de betyder, at der er tale om misbrug, når en medlemsstat indrømmer en statslig virksomhed eller et statsligt organ et monopol. Sagsøgerne strækker efter min opfattelse ordlyden af artikel 86 til bristepunktet, når de hævder, at alene den omstændighed, at monopolet er mere omfattende end nødvendigt af hensyn til offentlige interesser, udgør misbrug af en dominerende stilling. Hvis man accepterede dette synspunkt, ville det betyde, at artikel 90 sammenholdt med artikel 86 indeholder en generel begrænsning af medlemsstaternes kompetence til at gøre visse sektorer af økonomien offentligt ejet; nationalisering ville da kun kunne ske, hvis det var berettiget af almene hensyn. Lignende begrænsninger findes naturligvis i nogle nationale forfatninger (f.eks. den italienske forfatnings artikel 43 og den spanske forfatnings artikel 128). Men der findes ingen sådanne bestemmelser i fællesskabsretten; tværtimod, det fremgår klart af Traktatens artikel 222, at det tilkommer national lovgivning at bestemme, i hvilket omfang medlemsstaterne kan nationalisere visse økonomiske sektorer.

44. Ifølge Kommissionen kan der være tale om misbrug, hvis en offentlig virksomhed, som har fået overdraget et monopol, ikke efterkommer efterspørgslen efter den tjenesteydelse, som er omfattet af monopolet. Kommissionen har anført, at Bundesanstalt i mange år har været ude af stand til at efterkomme efterspørgslen efter tjenesteydelser i forbindelse med formidling af virksomhedsledere, hvilket bevises af den omstændighed, at den kun skaffer ansøgere til 28% af de ledige stillinger, og af ordlyden af dens egne rundskrivelse, hvori den giver afkald på sit monopol på formidling af virksomhedsledere. Den samlede virkning af den tyske lovgivning, der forhindrer private ansættelseskonsulentfirmaer, og af Bundesanstalt's adfærd, som ikke opfylder en efterspørgsel, der klart består, er at begrænse produktion, afsætning eller teknisk udvikling, jf. artikel 86, stk. 2, litra b). Kommissionen mener, at dens opfattelse støttes af Domstolens dom i sag 238/87, Volvo mod Veng, Sml. 1988, s. 6211. Heri antog Domstolen, at artikel 86 kan udelukke indehaveren af eneretten til et beskyttet mønster fra at udøve sin eneret, såfremt han misbruger en dominerende stilling ved at ophøre med at fremstille reservedele til en model, hvoraf der stadig findes et stort antal eksemplarer. Jeg skal bemærke, at Domstolen anvendte samme formulering i sag 53/87, CICRA m.fl. mod Renault, Sml. 1988, s. 6039, hvori der blev afsagt dom samme dag.

45. Meget taler til støtte for Kommissionens opfattelse. Det må erkendes, at det er van-

skeligt at beskrive Bundesanstalt's adfærd som misbrug. Der er intet i sagens akter, der tyder på, at den ikke efter bedste evne har bestræbt sig på at efterkomme efterspørgslen efter bistand til formidling af virksomhedsledere. Den har desuden frivilligt slækket på sit monopol ved at tilkendegive, at den er villig til at tolerere konkurrence fra private erhvervsdrivende (skønt den dog kunne have gjort mere rundhåndet brug af sin kompetence i henhold til AFG § 23, som åbenbart kun er blevet brugt i forbindelse med bureauer for modeller og udøvende kunstnere). Ikke desto mindre er den samlede virkning af den tyske lovgivning og Bundesanstalt's manglende evne til at efterkomme efterspørgslen, at forbrugeren (det vil sige den arbejdsgiver, der søger virksomhedsledere, eller den virksomhedsleder, der søger beskæftigelse) ikke får den tjenesteydelse, som han er berettiget til at forvente, og som han næsten sikkert ville få, hvis den pågældende sektor var omfattet af den i Traktaten fastsatte frie konkurrenceordning. Resultatet er, at den arbejdsgiver eller virksomhedsleder, som ønsker at anvende et arbejdsformidlingsbureaus tjenesteydelser, sandsynligvis vil befinde sig i samme situation som den Volvoejer, der ikke kan få en ny karosseridel til sin bil, fordi indehaveren af eneretten til det beskyttede mønster for sådanne reservedele ikke fremstiller dem og nægter at tillade andre at gøre det.

46. Selv om forbindelsen mellem denne sag og Volvo- og Renault-sagerne umiddelbart kan synes fjern, kan Volvo- og Renault-sagerne muligvis betragtes som en illustration af det almindelige princip, som går ud på, at når national ret indrømmer nogen en eneret — enten i form af et patent, et beskyttet mønster eller et monopol på udførelse af visse tjenesteydelser — og vedkommende undlader at fremstille de varer eller udføre de tjenesteydelser, der er omfattet af eneretten, kan denne undladelse være misbrug af en dominerende stilling, i hvilket tilfælde forbuddet i artikel 86 vil gælde, såfremt misbruget kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Virkningen af dette forbud er, at eneretten ikke længere kan gennemtvinges.

47. Det kan hævdes, at en sag som denne ikke er omfattet af artikel 86, hvis den dominerende virksomhed ikke bevidst undlader at stille de pågældende tjenestydelser til rådighed. Der kunne sondres mellem denne sag og en forsætlig nægtelse af at udføre tjenesteydelser, således at alene sidstnævnte rammes af forbuddet i artikel 86. Men begrebet misbrug i artikel 86 er efter min opfattelse ikke så begrænset. Som Domstolen har påpeget, er begrebet misbrug et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, og artikel 86 vil finde anvendelse, når f.eks. virkningen af denne adfærd er, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence: se sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. 1979, s. 461, jf. s. 541). Som et objektivt begreb kan misbrug forekomme uafhængigt af, om der foreligger forsæt hos den dominerende virksomhed. Artikel 86 kan derfor efter min opfattelse med føje anvendes på en situation som den her foreliggende. Denne fortolkning støttes af formålene med artikel 86, som omfatter

beskyttelse af forbrugeren mod de ugunstige følger, som en for betydelig indflydelse på markedet kan have; artikel 86 har til formål så vidt muligt at sikre, at den dominerende virksomheds adfærd ikke resulterer i, at forbrugeren berøves de fordele, som kunne forventes at følge af markedskræfternes normale spil.

48. Med hensyn til kriterierne for afgørelsen af, om misbruget kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, må det først bemærkes, at det kun er nødvendigt at påvise en potentiel virkning. Det er i henhold til artikel 86 ikke nødvendigt at bevise, at misbruget faktisk har påvirket samhandelen mellem medlemsstater, men blot, at det kan have denne virkning: se sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. 1983, s. 3461. Artikel 86 bliver således ikke uanvendelig, blot fordi den foreliggende sag er opstået på grundlag af en rent indenlandsk situation.

49. For det andet er der en række aspekter ved det i denne sag omhandlede monopol, som kan støtte den antagelse, at samhandelen mellem medlemsstater kan blive påvirket. Man kunne f.eks. tænke sig, at et selskab etableret i Frankrig ville oprette et netværk af forhandlere i Tyskland, og med henblik herpå søgte en leder, som var fortrolig med det tyske marked. Den indlysende fremgangsmåde ville være at overdrage et tysk ansættelseskonsulentfirma den opgave at finde en passende ansøger. Men dette er umuligt, hvis Bundesanstalt's monopol håndhæves. I stedet ville selskabet være tvunget til at forlade sig på Bundesanstalt's utilstrækkelige tjenesteydelser eller falde tilbage på sine egne midler og give sig i kast med den besværlige opgave at annoncere i en udenlandsk presse og vurdere udenlandske ansøgere, hvis uddannelsesmæssige og øvrige kvalifikationer det måske har ringe indsigt i. Og hvis det skulle benytte Bundesanstalt, som pr. definition må betragte tingene fra en national synsvinkel, ville denne organisation så være i stand til at opfylde de særlige behov hos en kunde fra en anden medlemsstat? For at tage et andet eksempel kan man tænke sig, at et tysk selskab, som driver virksomhed i hele fællesmarkedet, ønsker at rekruttere sine overordnede ledere på fællesskabsniveau. Det ville naturligvis henvende sig til et tysk konsulentfirma med filialer i andre medlemsstater. Men et sådant firma vil ikke eksistere, hvis Bundesanstalt's monopol håndhæves. Og det er usandsynligt, at Bundesanstalt selv vil være i stand til at udføre en tjenesteydelse, der kræver et udvalg, der omfatter hele Fællesskabet. Under disse omstændigheder må det utvivlsomt konkluderes, at hvis der har fundet misbrug sted på grund af Bundesanstalt's monopol, kan dette misbrug påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

50. Hvis den nationale domstol kommer til det resultat, at der har været tale om misbrug af dominerende stilling, og at dette misbrug kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, må det undersøges på baggrund af artikel 90, stk. 1, hvilke konsekvenser dette resultat har med hensyn til spørgsmålet, om aftalen mellem parterne i hovedsagen er gyldig. I det omfang et misbrug af en dominerende stilling er blevet fremkaldt ved bestemmelser i tysk ret, som indrømmer Bundesanstalt et monopol og forbyder andre personer at udføre arbejdsformidling og bestemmer, at deres aftaler er ugyldige, må sådanne betemmelser anses for foranstaltninger, som er i strid med Traktatens regler, og som sådanne kan de ikke længere opretholdes. Medlemsstaterne er

under alle omstændigheder afskåret fra at indføre eller opretholde foranstaltninger, selv af lovgivningsmæssig art, som kan ophæve den tilsigtede virkning (effet utile) af de for virksomheder gældende konkurrenceregler: jf. f.eks. sag 267/86, Van Eycke mod ASPA, Sml. 1988, s. 4769, jf. s. 4791, præmis 16.

51. Det kan ikke gøres gældende, at konvention nr. 96 afskærer de tyske myndigheder fra at ændre de pågældende foranstaltninger. Det er rigtigt, at Traktatens artikel 234 har til formål at opretholde virkningerne af internationale konventioner, som er indgået før Traktatens ikrafttræden. Men som Kommissionen har påpeget, kan den tyske regering frit i henhold til konventionens artikel 5, som er omtalt i nævnte afsnit 4, indføre undtagelser fra det almindelige forbud med hensyn til visse persongrupper.

52. Endelig skal jeg kort behandle spørgsmålet om den direkte virkning af artikel 90. Denne bestemmelses stk. 1 må efter min opfattelse have direkte virkning, for så vidt den forbyder medlemsstater at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med en regel, der selv har direkte virkning: se Wyatt og Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, anden udgave, s. 524.

53. Det er ved flere lejligheder blevet statueret af Domstolen, at artikel 90, stk. 2, ikke kan have direkte virkning, delvis fordi artiklens stk. 3 giver Kommissionen et skøn med hensyn til anvendelsen af artikel 90: jf. navnlig sag 10/71, Anklagemyndigheden mod Hein, født Müller, Sml. 1971, s. 165. Det fremgår imidlertid klart af Domstolens senere praksis, at det, der i virkeligheden menes, når artikel 90, stk. 2, frakendes direkte virkning, blot er, at den delvise undtagelse, som den gør fra Traktatens almindelige regler til fordel for visse virksomheder, ikke har direkte virkning: se sag 155/73, Sacchi, Sml. 1974, s. 409, sag 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage mod Inter-Huiles, Sml. 1983, s. 555, og sag 66/86, Ahmeed Saeed m.fl. mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Sml. 1989, s. 803). For så vidt artikel 90, stk. 2, bekræfter, at de pågældende virksomheder i princippet er omfattet af regler som artikel 86, er det klart, at den ikke kan afskære nationale domstole fra at give disse regler virkning, navnlig i et tilfælde, hvor det er fuldstændig åbenbart, at anvendelsen af disse ikke ville hindre opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den pågældende virksomhed.

54. Følgelig er jeg af den opfattelse, at de spørgsmål, der er forelagt Domstolen af Oberlandesgericht München, bør besvares således:

»1) Den aktivitet, der udøves af en virksomhed, som sætter beskæftigelsessøgende personer i forbindelse med potentielle arbejdsgivere, er tjenesteydelser som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 60, stk. 1.

2) En person, der har ret til at udføre sådanne tjenesteydelser i henhold til Traktatens artikler 59 ff., kan ikke forhindres heri med den begrundelse, at den pågældende aktivitet er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i Traktatens artikel 55.

3) Når en medlemsstats lovgivning indfører et statsmonopol på området for arbejdsformidling og forbyder private virksomheder at udøve sådanne aktiviteter, kan en virksomhed etableret i denne medlemsstat ikke under henvisning til Traktatens artikel 7 og 59 kræve ret til at formidle beskæftigelse i en virksomhed etableret i denne medlemsstat til personer, som er statsborgere i denne medlemsstat og bosiddende der.

4) Når en medlemsstats lovgivning indfører et sådant monopol, og det organ, som har fået overdraget dets udøvelse, klart ikke er i stand til at opfylde efterspørgslen efter de pågældende tjenesteydelser, kan dette henset til Traktatens artikel 90, stk. 2, være misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i Traktatens artikel 86, i det omfang den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

5) Under sådanne omstændigheder udelukker Traktatens artikel 90, stk. 1, anvendelse af bestemmelser i national ret, som har til virkning, at andre personer afskæres fra at udføre sådanne tjenesteydelser, og at deres aftaler ikke kan gennemtvinges.«