CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE F. G. JACOBS presentate il 15 gennaio 1991 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Nella presente causa, alla Corte è stata sottoposta una domanda di pronuncia pregiudiziale da parte dell'Oberlandesgericht di Monaco (Repubblica federale di Germania). Questo giudice solleva varie questioni circa l'applicabilità delle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei servizi e sulle norme di concorrenza con riferimento a quella che in apparenza è costituita da una situazione puramente interna di uno Stato membro.

2. Gli attori nella causa principale sono consulenti tedeschi per la ricerca del personale stabiliti nella Repubblica federale di Germania. La convenuta è una società di diritto tedesco con sede in Monaco. Le parti hanno stipulato un contratto ai termini del quale gli attori dovevano assistere la convenuta nella ricerca di un direttore del servizio vendite. Gli attori hanno presentato un candidato a loro vista idoneo, il sig. R. Dechert, cittadino tedesco. La convenuta ha tuttavia deciso di non assumere il sig. Dechert ed ha rifiutato di pagare agli attori gli onorari convenuti nel contratto. Questi successivamente iniziavano un'azione giudiziaria dinanzi ai giudici tedeschi. Sembra che gli attori non possono vincere la causa sulla base del diritto tedesco perché il contratto è nullo; nella Repubblica federale di Germania, la Bundesanstal für Arbeit, che è un ente di Stato, ha il monopolio del collocamento e gli uffici di collocamento privati sono vietati, conformemente ad una convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIT). Gli attori sostengono che le disposizioni tedesche che vietano gli uffici di collocamento privati sono in contrasto con talune norme di diritto comunitario, in particolare, con gli artt. 59 e 86 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea. L'Oberlandesgericht di Monaco ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni per una pronuncia in via pregiudiziale:

« 1) Se il collocamento di personale direttivo di aziende da parte di società di consulenza e ricerca del personale costituisca una prestazione di servizi ai sensi dell'art. 60, primo comma, del Trattato CEE e se detto collocamento partecipi all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi del combinato disposto degli artt. 66 e 55 del Trattato.

2) Se il divieto assoluto di collocamento di personale direttivo di aziende da parte di società tedesche di consulenza e ricerca del personale, sancito dagli artt. 4 e 13 dell'Arbeitsförderungsgesetz (legge sulla promozione del lavoro, in prosieguo: " AFG "), rappresenti una norma in materia professionale giustificata da motivi di interesse generale ovvero un monopolio giustificato da motivi d'ordine e sicurezza pubblici (artt. 66 e 56, n. 1, del Trattato CEE).

* Lingua originale: l'inglese.

3) Se una società tedesca di consulenza e ricerca del personale possa invocare, nel caso di collocamento di cittadini tedeschi presso imprese tedesche, gli artt. 7 e 59 del Trattato CEE.

4) Se, con riferimento all'art. 90, n. 2, del Trattato CEE, la Bundesanstalt für Arbeit (Ente federale del lavoro) sia sottoposta, per il collocamento di personale direttivo di aziende, alle norme del Trattato stesso, segnatamente al suo art. 59, e se il monopolio nel collocamento di personale direttivo di aziende costituisca sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'art. 86 del Trattato CEE ».

Contesto della causa

a) *Le convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIT)*

3. Per risolvere queste questioni, si deve dapprima esaminare il contesto della causa. Le disposizioni tedesche che conferiscono alla Bundesanstalt für Arbeit (in prosieguo: « Bundesanstalt ») il monopolio del collocamento e vietano gli uffici di collocamento privati traggono origine dal diritto internazionale. La convenzione sull'organizzazione del servizio al lavoro del 1948 (convenzione n. 88 dell'OIT; convenzioni e raccomandazioni adottate dalla conferenza internazionale del lavoro, 1919-1966, pag. 756) obbliga ciascun membro dell'OIT, per il quale la convenzione è in vigore, a predisporre o a far sì che sia predisposto un servizio pubblico e gratuito del lavoro (art. 1, n. 1). Il compito essenziale del servizio del lavoro è di « realizzare, in cooperazione, se del caso, con altri enti pubblici e privati interessati, la miglior organizzazione possibile del mercato del lavoro come parte integrante del programma nazionale diretto ad assicurare e a mantenere la piena occupazione come pure a sviluppare e a utilizzare le risorse produttive » (art. 1, n. 2).

4. La convenzione sugli uffici di collocamento a pagamento (modificata), del 1949 (convenzione n. 96 dell'OIT; convenzioni e raccomandazioni adottate dalla conferenza internazionale del lavoro 1919-1966, pag. 835) offre ai membri che ratificano la convenzione la scelta di accettare le disposizioni della parte II della convenzione, che prevede la soppressione graduale degli uffici di collocamento a pagamento a scopo di lucro, oppure le disposizioni della parte III della convenzione, che prevede la regolamentazione di questi stessi uffici. L'art. 5 della convenzione, che rientra nella parte II, dispone che deroghe alla norma che impone la soppressione degli uffici in questione « saranno accordate in via eccezionale dall'autorità competente nei confronti delle categorie di persone definite in modo preciso dalla normativa nazionale e al cui collocamento non è possibile provvedere in modo convenevole nel contesto del servizio pubblico dell'occupazione, solo previa consultazione, attraverso i canali appropriati, delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori interessate ».

5. La convenzione n. 96 è stata ratificata da tutti gli Stati membri della Comunità, ad eccezione della Danimarca e del Regno Unito. Va rilevato che la Repubblica federale di Germania ha deciso di accettare le disposizioni della parte II della convenzione piuttosto che quelle della parte III (legge 15 aprile 1954, BGBl. 1954, parte II, pag. 456).

b) *La normativa nazionale*

6. L'Arbeitsförderungsgesetz (legge sulla promozione dell'impiego, in prosieguo: « AFG ») contiene la maggior parte della normativa nazionale applicabile. I principali obiettivi dell'AFG consistono nel realizzare un elevato livello di occupazione, nel migliorare la struttura del mercato del lavoro e, pertanto, nel promuovere la crescita economica (art. 1). La realizzazione di questi obiettivi è affidata alla Bundesanstalt (art. 3). Ai sensi dell'art. 4, l'attività di collocamento può essere esercitata soltanto dalla Bundesanstalt, con riserva delle disposizioni di cui agli artt. 18, n. 1, seconda frase, e 23, n. 1. La nozione di collocamento è definita dall'art. 13, n. 1; si intende per collocamento qualsiasi attività intesa a mettere i richiedenti lavoro in contatto con gli eventuali datori di lavoro al fine di costituire rapporti di lavoro.

7. L'art. 18 è così formulato:

« 1. L'assunzione e il collocamento per un'occupazione all'estero come lavoratore dipendente come pure l'assunzione all'estero e il collocamento per un'occupazione come lavoratore dipendente in Germania sono attività riservate alla Bundesanstalt. Altre istituzioni o persone possono svolgere tali attività a condizione di aver ottenuto in ciascun caso specifico una previa autorizzazione da parte della Bundesanstalt, qualora non sia stato loro conferito specifico mandato in applicazione dell'art. 23, n. 1, seconda frase. La Bundesanstalt decide a questo riguardo tenendo conto degli interessi legittimi dei lavoratori tedeschi e dell'economia tedesca in base alla situazione del mercato del lavoro (...).

2. Vengono fatte salve le disposizioni emanate dalle Comunità europee.

(...) ».

8. L'art. 23, n. 1, è formulato nei seguenti termini:

« In casi eccezionali e qualora appaia opportuno, la Bundesanstalt può, su richiesta e previa consultazione delle federazioni dei lavoratori e datori di lavoro interessati, incaricare istituzioni o persone del collocamento di talune professioni o categorie di lavoratori. L'assunzione e il collocamento per un'occupazione all'estero come lavoratore dipendente nonché l'assunzione all'estero e il collocamento per un'occupazione come lavoratore dipendente in Germania sono possibili solo sulla base di un mandato speciale rilasciato dalla Bundesanstalt, con riserva delle disposizioni dell'art. 18, n. 1 ».

9. L'art. 23, a differenza dell'art. 18, non formula alcuna riserva per quanto riguarda il diritto comunitario.

10. La Bundesanstalt fornisce le sue prestazioni di servizi, in linea di principio, gratuitamente. In caso di spese di importo superiore alla media, può imporre una tassa al datore di lavoro (art. 21). La Bundesanstalt è finanziata da contributi percepiti dai datori di lavoro e dai lavoratori (art. 167).

11. Chiunque svolga attività di collocamento, senza essere incaricato dalla Bundesanstalt conformemente all'art. 23, commette un'infrazione punibile con una multa fino a 30 000 DM (art. 228). Chiunque esercita, senza la preventiva autorizzazione prevista dall'art. 18 o senza esserne stato incaricato dalla Bundesanstalt conformemente all'art. 23, attività di collocamento per un lavoratore all'estero o all'estero recruta o colloca un lavoratore per un'occupazione in Germania commette un reato punibile con la reclusione fino a tre anni o con l'ammenda (art. 227).

12. In virtù dell'art. 134 del Codice civile tedesco, qualsiasi atto giuridico in contrasto con un divieto di legge è nullo. L'ordinanza di rinvio cita varie sentenze del Bundesgerichtshof secondo le quali detta disposizione comporta la nullità di qualsiasi contratto di collocamento concluso in violazione delle disposizioni dell'AFG.

13. La compatibilità del monopolio della Bundesanstalt con il diritto costituzionale tedesco non è stata scevra di contestazioni. In particolare, nel 1967, in una causa dinanzi al Bundesverfassungsgericht è stato sostenuto che il monopolio era in contrasto con l'art. 12, n. 1, della Grundgesetz che conferisce a tutti i cittadini tedeschi il diritto di scegliere liberamente la loro professione, il loro lavoro e il loro luogo di formazione. Con sentenza 4 aprile 1967 (BVerfGE, vol. 21, pag. 245), il Bundesverfassungsgericht ha deciso che il monopolio era incompatibile con la Grundgesetz. Secondo il Bundesverfassungsgericht, per quanto il monopolio leda il diritto del cittadino alla libera scelta della professione o del lavoro, esso è giustificato dall'interesse generale, tenuto conto degli abusi constatati in passato e in ragione del fatto che i bisogni globali del mercato del lavoro possono essere più efficacemente soddisfatti da un solo organismo piuttosto che da una molteplicità di imprese. Il Bundesverfassungsgericht ha esaminato la distinta questione se il monopolio fosse altrettanto giustificato a proposito del collocamento del personale direttivo delle aziende, tenuto conto delle caratteristiche speciali di questo settore. È arrivato alla conclusione che il legislatore non era tenuto ad escludere il collocamento del personale direttivo delle aziende dal monopolio, poiché l'efficacia di quest'ultimo ne avrebbe risentito in caso di differenziazioni in materia. Inoltre, era difficile, se non impossibile, stabilire in pratica una distinzione tra le diverse professioni e categorie di lavoratori.

c) *La situazione di fatto nel settore del collocamento del personale direttivo delle aziende*

14. Nel corso degli anni '50 è emersa (come è stato esposto dalla Commissione) l'esistenza di un mercato specifico per quanto riguarda il collocamento del personale direttivo delle aziende. Di conseguenza, delle imprese private, operanti come « consulenti in materia di collocamento », hanno intrapreso attività nel settore del collocamento del personale direttivo delle aziende. La Bundesanstalt ha reagito a questa evoluzione in due modi:

i) nel 1954, la Bundesanstalt ha creato un ufficio speciale incaricato del collocamento dei quadri e dei dirigenti nonché di altre categorie di persone altamente qualificate (*Kommentar zum AFG*, di A. Knigge, J. V. Ketelsen, D. Marschall e A. Wittrock, seconda edizione, punto 5 relativo all'art. 189, pag. 1427). Secondo le osservazioni della Commissione, il compito di questo ufficio è quello di fornire

personale altamente qualificato a grandi imprese. È fuori contestazione che l'ufficio considerato non è in grado di soddisfare per intero la domanda di assistenza per la ricerca di personale direttivo delle aziende. Secondo i dati informativi forniti dalla Commissione, l'ufficio serve da intermediario solo per il 28% dei posti del personale direttivo delle aziende dichiarati vacanti sul mercato libero del lavoro in Germania. Di conseguenza, esistono i consulenti per la ricerca del personale e questi continuano a svolgere attività di collocamento di personale direttivo delle aziende, malgrado le restrizioni loro imposte; secondo gli attori nella causa principale, esistono da 700 a 800 imprese di consulenza per la ricerca del personale che realizzano un fatturato totale tra i 750 milioni e 1,2 miliardi di DM all'anno;

ii) nel 1957, la Bundesanstalt ha pubblicato una circolare nella quale si è dichiarata disposta a consentire ai consulenti per la ricerca del personale di svolgere attività di collocamento. Una versione della circolare datata 1970, allegata alle osservazioni della Commissione, enuncia i termini di una convenzione — tra la Bundesanstalt, il ministero federale del Lavoro e due federazioni professionali in rappresentanza dei datori di lavoro tedeschi e dei consulenti per la ricerca del personale tedeschi — su « i principi diretti a distinguere le attività di consulenza per la ricerca del personale e il collocamento per la copertura dei posti del personale direttivo delle aziende. La convenzione è considerata una interpretazione delle pertinenti disposizioni dell'AFG. Essa inizia con la definizione della nozione di « personale direttivo delle aziende » (Führungskräfte der Wirtschaft): è considerato rientrare nel personale direttivo delle aziende colui che in ragione di un particolare rapporto di fiducia con il datore di lavoro occupa un posto chiave, decisivo per l'esistenza e lo sviluppo dell'impresa, per il fatto che esercita funzioni imprenditoriali importanti o un lavoro altamente qualificato attinente alla programmazione, al controllo, ai progetti, alla ricerca o ad attività di consulente, attività lavorativa che riposa essenzialmente sulle sue proprie decisioni e alla quale si accompagna un elevato grado di responsabilità (punto 1.1.1 della circolare).

15. La convenzione pone quindi una distinzione tra la consulenza per la ricerca del personale, attività che le imprese private sono autorizzate ad esercitare, e il collocamento, che è riservato alla Bundesanstalt. Il collocamento è definito come all'art. 13, n. 1, dell'AFG. La consulenza per la ricerca del personale è definita come l'attività che interviene allorché, nell'ambito di un incarico in quanto tale, un consulente per la ricerca del personale partecipa anche alla ricerca e alla selezione del personale direttivo delle aziende per coprire posti vacanti (punto 1.2). Un consulente per la ricerca del personale al quale l'impresa ha conferito l'incarico di aiutarla a coprire posti vacanti per il personale direttivo può curare, per conto dell'impresa, la pubblicazione di inserzioni su giornali o periodici (punto 2.1). Il punto 2.2 prevede che un consulente per la ricerca del personale non possa, tra l'altro:

— partecipare alla ricerca di personale diverso da quello rientrante nel personale direttivo delle aziende;

— partecipare alla ricerca di personale senza aver ricevuto mandato da un'impresa nel caso considerato;

— curare l'inserzione a proprio nome di annunci destinati a personale direttivo di aziende o a imprese;

— proporre per altri posti vacanti candidati che si sono rivolti a lui per un determinato posto vacante;

— tenere uno schedario di candidati;

— pubblicare liste di candidati o di posti vacanti;

— conservare presso di sé i documenti trasmessi dai candidati dopo la copertura del posto vacante considerato;

— esigere o accettare commissioni da parte dei candidati.

16. La convenzione prevede, infine, talune forme di cooperazione tra i consulenti per la ricerca del personale e i servizi di collocamento della Bundesanstalt stessa.

17. Per quanto la convenzione esposta nella circolare della Bundesanstalt sia presentata come una « interpretazione » dell'AFG, è chiaro che essa tende, in realtà, a derogare a questa legge autorizzando i consulenti per la ricerca del personale a svolgere talune attività che sembrano costituire un collocamento ai sensi dell'art. 13, n. 1, dell'AFG e sono pertanto riservate alla sola Bundesanstalt conformemente alle disposizioni dell'art. 4 di detta legge. Tuttavia, la circolare nulla toglie al fatto che dette attività, se svolte da imprese private, sono illegali e che i contratti conclusi a questo fine sono nulli. Ne consegue che gli uffici di collocamento per il personale direttivo delle aziende si trovano in una situazione del tutto abnorme: se le loro attività sono pubblicamente tollerate dalle autorità e non incorrono quindi in alcun rischio di sanzioni penali amministrative, esse sono tuttavia illecite, al punto da non poter far valere i loro contratti dinanzi ai tribunali.

Questione n. 1

18. Nel caso di specie, sarà necessario risolvere le questioni nn. 1 e 2 solo in caso di soluzione affermativa della questione n. 3. Tuttavia, poiché i punti sollevati con la questione n. 1 sono relativamente chiari e possono essere risolti sulla base della esistente giurisprudenza della Corte, li affronterò direttamente.

La prima parte della questione

19. La prima parte della questione n. 1 verte sul punto se il collocamento di personale direttivo delle aziende da parte dei consulenti per la ricerca del personale costituisca un servizio ai sensi dell'art. 60, n. 1, del Trattato. Questa disposizione definisce i servizi nei seguenti termini:

« Ai sensi del presente Trattato, sono considerati come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone ».

20. Non vi è dubbio che il collocamento del personale direttivo delle aziende da parte dei consulenti per la ricerca del personale o degli uffici di collocamento rientra nella soprammenzionata definizione di servizio. Infatti, nessuna delle parti di cui al caso di specie contesta questo punto. Il solo argomento che può essere dedotto avverso questa conclusione è che in Germania il servizio considerato è di norma fornito gratuitamente da un ente di Stato. Questo, però, nulla toglie al fatto che il servizio è fornito anche da imprese private — sia negli altri Stati membri come anche in Germania, entro i limiti in cui la Bundesanstalt non cerca di imporre il suo monopolio — e che dette imprese private, di norma, sono retribuite per i servizi da esse prestati. Ad ogni modo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che i servizi forniti dagli uffici di collocamento a pagamento ricadono sotto la definizione della nozione di « servizi » enunciata all'art. 60, primo comma: v. cause riunite 110/78 e 111/78, Van Wesemael (Racc. 1979, pag. 35), e causa 279/80, Webb (Racc. 1981, pag. 3305).

La seconda parte della questione

21. La seconda parte della questione solleva il punto se il collocamento del personale direttivo delle aziende partecipi all'esercizio del pubblico potere ai sensi del combinato disposto dell'art. 55 del Trattato e dell'art. 66.

22. Non vedo come sia possibile invocare l'art. 55 a proposito del collocamento. Come eccezione ad una norma fondamentale del Trattato, l'art. 55 deve essere interpretato restrittivamente: v. causa 2/74, Reyners/Belgio, punto 43 della motivazione (Racc. 1974, pag. 631). La nozione di « pubblici poteri » è stata definita nella stessa sentenza dell'avvocato generale Mayras nei seguenti termini (pag. 664):

« L'autorità pubblica è l'incarnazione della sovranità dello Stato, e come tale consente ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi, di poteri coercitivi cui i privati devono sottomettersi ».

23. È dubbio che anche la Bundesanstalt eserciti un pubblico potere, nel senso soprammenzionato, quando esercita le funzioni conferitele dall'AFG. Le società private se fossero autorizzate a svolgere attività di collocamento non eserciterebbero certamente alcun pubblico potere. Gli stessi richiedenti lavoro non esercitano pubblici poteri e neanche un'impresa stabilita in un altro Stato li eserciterebbe qualora si avvalesse del suo asserito diritto alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 59. Di conseguenza, se la norma generale enunciata all'art. 59 autorizza talune imprese a svolgere attività di collocamento in Germania, queste ultime non possono essere private di questo diritto in forza dell'eccezione contemplata dall'art. 55.

24. Sempre a proposito dell'art. 55, un altro punto merita di essere preso in considerazione, anche se non è direttamente considerato nel caso di specie. Quando la Bundesanstalt autorizza altre persone a svolgere attività di collocamento in applicazione dell'art. 23 dell'AFG, si tratta, nel diritto tedesco, di una delegazione di poteri rientrante nei pubblici poteri (Delegation hoheitlicher Befugnisse): v. Gagel, *Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar*, punto 13 relativo all'art. 23. Tuttavia, non ritengo questo sufficiente

per consentire alla Bundesanstalt di eccepire la riserva di cui all'art. 55 e rifiutare così di prevedere il rilascio di un'autorizzazione ad una impresa di un altro Stato membro. Dico questo perché l'impresa privata che opera in virtù di una siffatta autorizzazione non esercita alcuna particolare prerogativa nei confronti del pubblico. Di conseguenza, nella misura in cui la Bundesanstalt applica l'art. 23, lo deve fare in modo non discriminatorio.

Questione n. 2

25. La questione n. 2 solleva numerosi problemi nuovi e complessi. Propongo pertanto di esaminare dapprima la questione n. 3 e di ritornare sulla questione n. 2 solo se necessario alla luce della soluzione della questione n. 3.

Questione n. 3

26. Con questa questione si vuol sapere se una società tedesca per la ricerca del personale possa invocare gli artt. 7 e 59 del Trattato CEE ai fini del collocamento di cittadini stranieri presso imprese tedesche.

27. Si deve dapprima esaminare se gli artt. 59 e seguenti del Trattato hanno una qualche portata quando si tratta di una situazione puramente interna di uno Stato membro. La formulazione degli artt. 59 e 60 non contiene certamente alcun elemento che faccia pensare che un cittadino tedesco stabilito in Germania possa invocare queste disposizioni per rivendicare il diritto di esercitare in Germania una attività vietata dalla normativa tedesca. L'art. 59, primo comma, impone la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi « nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione ». L'art. 60, terzo comma, prevede che il prestatore può « esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese dove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini ». È difficilmente concepibile che queste disposizioni possano essere invocate nelle circostanze del presente caso. Nella causa 115/78, Knoors/Segretario di Stato per gli affari economici (Racc. 1979, pag. 399), la Corte ha dichiarato che le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi « non possono applicarsi a situazioni puramente interne di uno Stato membro ».

28. Gli attori nella causa principale si sforzano di superare questo ostacolo deducendo che l'art. 59 permette ad un ufficio di collocamento stabilito in un altro Stato membro di fornire prestazioni in Germania e che una siffatta possibilità deve essere estesa alle imprese tedesche in virtù della norma enunciata nell'art. 7, che vieta qualsiasi discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

29. Possono certamente esservi delle circostanze nelle quali un'impresa stabilita in uno Stato membro può invocare l'art. 59 al fine di rivendicare il diritto di fornire una prestazione in un altro Stato membro, anche se l'attività considerata rientra in questo altro Stato membro in un monopolio di Stato. Occorre rilevare che l'avvocato generale Warner, nelle conclusioni presentate nella causa 52/79, Procuratore del Re/Debauve (Racc. 1980, pag. 833, in particolare pag. 872), ha suggerito che, quando un servizio particolare è stato sottoposto a un monopolio di Stato, il divieto che da questo deriva ai privati di svolgere il medesimo servizio

non si estende necessariamente alle persone stabilite in un altro Stato membro. Ma questo non significa che le imprese stabilite nello Stato membro dove il monopolio è stato istituito possono non rispettare un divieto imposto dalla normativa nazionale e prestare il servizio affidato al monopolio. Altrimenti, non potrebbe essere sottoposta a monopolio di Stato alcuna attività di servizi; orbene, dagli artt. 90 e 222 del Trattato emerge che gli Stati membri conservano la facoltà di istituire siffatti monopoli.

30. Non vedo come l'art. 7 del Trattato potrebbe invalidare la conclusione soprammenzionata. Si può osservare che l'art. 7 riguarda principalmente una « discriminazione effettuata in base alla nazionalità » e non già una discriminazione fondata sul luogo in cui è stabilita una persona. Certo, quest'ultimo tipo di discriminazione può, sicuramente, dipendere dall'art. 7 nella misura in cui questa disposizione trova applicazione. Ma l'art. 7 è operante solo « nel campo d'applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste ». L'art. 59 ha, rispetto all'art. 7, il carattere di una lex specialis. Gli artt. 59 e seguenti possono essere considerati disposizioni che, a proposito della libera prestazione di servizi, danno attuazione al principio della non discriminazione enunciato all'art. 7, ma lo fanno in base alle loro proprie regole specifiche, come le disposizioni dell'art. 60, terzo comma. Se la normativa nazionale è compatibile con le norme specifiche degli artt. 59 e seguenti, risulta anche conforme all'art. 7: v. causa 90/76, Van Ameyde/UCI, punto 27 della motivazione (Racc. 1977, pag. 1091, in particolare pag. 1126). Tuttavia, l'art. 59 riguarda soltanto le prestazioni di servizi transfrontaliere, e il suo obiettivo principale consiste nel garantire che le imprese stabilite in uno Stato membro possano fornire prestazioni di servizi in un altro Stato membro. Questo obiettivo non è in alcun modo avversato da una legge tedesca che vieta a imprese stabilite in Germania di fornire talune prestazioni in Germania a imprese tedesche.

31. Da ciò consegue che alla questione n. 3 deve essere data una soluzione in senso negativo. Ritengo pertanto inutile passare all'esame della questione n. 2.

Questione n. 4

32. Con la questione n. 4 si vuole in sostanza sapere se, tenuto conto dell'art. 90, n. 2, del Trattato, la Bundesanstalt sia vincolata alle norme del Trattato, in particolare all'art. 59 e alle norme sulla concorrenza, e se l'estensione del monopolio della Bundesanstalt al settore del collocamento del personale direttivo delle aziende come pure il mantenimento in vigore di una normativa che comporta la nullità dei contratti conclusi da uffici di collocamento privati sia in contrasto con dette norme.

33. L'art. 90 è così formulato:

« 1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese a cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 7 e da 85 a 94 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o avente carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato,

e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o in fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria all'interesse della Comunità.

3. (...) ».

34. Si deve osservare che la questione n. 4 fa riferimento espressamente soltanto al n. 2 dell'art. 90. Il n. 1 non è menzionato nell'ordinanza di rinvio. Le osservazioni scritte e la discussione orale si sono concentrate sul n. 2, anche se il n. 1 è stato sfiorato. Tuttavia, ritengo che dal contesto della causa risulta che l'Oberlandesgericht si auspica di ottenere, per quanto riguarda la causa per la quale è stato adito, dei chiarimenti sulla portata dell'art. 90 nel suo complesso. Ad ogni modo, l'intreccio dei nn. 1 e 2 è, nel caso di specie, tale che questi non possono essere esaminati separatamente.

35. Per quanto riguarda l'effetto dell'art. 90 letto in combinazione con l'art. 59, non mi sembra utile soffermarmi su questo punto. Nel contesto dell'esame della questione n. 3, sono già arrivato alla conclusione che l'art. 59 non osta a che uno Stato membro istituisca un monopolio di Stato per la prestazione di taluni servizi e vieti alle imprese stabilite in questo Stato membro di fornire in questo stesso Stato membro le prestazioni considerate. Se l'art. 59 non può produrre di per sé questo effetto, non potrebbe produrlo né in combinazione con l'art. 90, n. 1, il quale fa soltanto obbligo agli Stati membri di sopprimere, con riferimento alle imprese pubbliche, i provvedimenti in contrasto con le norme del Trattato né in combinazione con l'art. 90, n. 2, il quale si limita ad assoggettare queste imprese alle norme del Trattato.

36. La tesi degli attori nella causa principale basata sulle norme di concorrenza del Trattato è più solida. Essa si articola attorno ai seguenti argomenti. La Bundesanstalt è un'« impresa pubblica », ai sensi dell'art. 90, n. 1, e un'« impresa incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale », ai sensi dell'art. 90, n. 2. In quanto tale, è soggetta alle norme del Trattato, in particolare alle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di queste norme non renda vano di diritto o di fatto il comportamento del particolare servizio affidatole. Non risulterebbe vanificato l'adempimento del servizio della Bundesanstalt se quest'ultima fosse costretta a sostenere la concorrenza di uffici privati nel settore del collocamento del personale direttivo delle aziende. La Bundesanstalt occupa una posizione dominante nel settore del collocamento poiché fruisce di un monopolio di legge. Essa ha sfruttato in modo abusivo questa posizione dominante, in contrasto all'art. 86 del Trattato. L'abuso sta nel semplice fatto che il monopolio si estende ad attività per le quali l'istituzione di un monopolio non trova giustificazione nell'interesse generale. Nella misura in cui, mantenendo in vigore le disposizioni pertinenti dell'AFG, ha consentito il comportamento di un siffatto abuso, la Repubblica federale di Germania ha violato l'art. 90, n. 1, e il principio generale in virtù del quale gli Stati membri si astengono dall'adottare qualsiasi provvedimento idoneo a rendere praticamente inefficaci le norme di concorrenza comunitarie (v. causa 13/77, GB-Inno/Atab, punti 30 e 31, Racc. 1977, pag. 2215).

37. La Commissione sostiene un analogo punto di vista con la differenza che, a suo parere, lo sfruttamento abusivo della posizione dominante della Bundesanstalt sta nel fatto che quest'ultima non soddisfa la domanda per una categoria di prestazioni (cioè il collocamento del personale direttivo delle aziende) per la quale dispone di un monopolio.

38. Le altre parti non si sono affatto pronunciate in merito all'art. 90. La convenuta nella causa principale, la Macrotron, rileva semplicemente che non è possibile constatare una violazione degli artt. 86 e 90, poiché la decisione di affidare un monopolio alla Bundesanstalt è fondata su considerazioni di ordine superiore attinenti all'interesse generale. Il governo tedesco sostiene che l'applicazione delle norme di concorrenza è esclusa a proposito del collocamento poiché il settore è stato sottratto nel suo complesso dal campo di applicazione della normativa in materia di concorrenza a seguito della decisione di creare un monopolio di Stato gestito nell'interesse generale su base non lucrativa.

39. Prima di poter accogliere la tesi avanzata dagli attori o dalla Commissione occorre accertare alcuni punti. A mio parere, nessuno di questi punti solleva grandi difficoltà, ad eccezione della questione decisiva diretta a sapere se la Bundesanstalt abbia sfruttato in modo abusivo la sua posizione dominante.

40. Non ho certamente obiezioni nell'ammettere che la Bundesanstalt, la quale è presentata all'art. 189 dell'AFG come « eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung » (ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico con amministrazione autonoma) sia una « impresa pubblica », ai sensi dell'art. 90, n. 1, e « un'impresa incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale », ai sensi dell'art. 90, n. 2. In quanto tale — e contrariamente al punto di vista del governo tedesco —, essa è soggetta alle norme di concorrenza e alle altre regole del Trattato, a meno che non sia provato che l'applicazione di queste norme renda vano l'adempimento del servizio affidatole. I servizi affidati alla Bundesanstalt sono enunciati all'art. 3 dell'AFG; il più importante, per quanto riguarda il caso di specie, è il collocamento. Non si può pretendere che il fatto di obbligare la Bundesanstalt a sostenere la concorrenza di operatori privati nel settore del collocamento del personale direttivo delle aziende frapporrebbe ostacoli all'adempimento di questo servizio o di ogni altro servizio affidato alla Bundesanstalt. Come esposto dalla Commissione, questo è dimostrato dalla circolare nella quale la Bundesanstalt si è dichiarata disposta a tollerare che imprese private svolgano talune attività di collocamento sotto la forma di consulenti per la ricerca del personale.

41. È del pari fuori dubbio che la Bundesanstalt detiene una posizione dominante sul mercato dei servizi di collocamento poiché l'AFG le conferisce un monopolio di legge che abbraccia il mercato nel suo complesso. In queste condizioni, non mi pare utile esaminare se il collocamento del personale direttivo delle aziende costituisca un mercato distinto.

42. I punti se la Bundesanstalt abbia sfruttato in modo abusivo la sua posizione dominante e se un siffatto sfruttamento abusivo sia idoneo a ripercuotersi sul commercio tra gli Stati membri sono, in ultima analisi, questioni che spetta al giudice nazionale risolvere alla luce delle circostanze nel loro complesso. La Corte può fornire dei chiari-

menti solo per quanto riguarda gli elementi determinanti di diritto comunitario.

43. A questo proposito, occorre in primo luogo osservare che il solo fatto di occupare una posizione dominante non costituisce di per sé uno sfruttamento abusivo. Letteralmente intesa, la seconda parte della questione n. 4, con la quale si vuol sapere se il monopolio del collocamento del personale direttivo delle aziende costituisca uno sfruttamento abusivo, deve essere risolta in senso negativo. Per quanto la Corte abbia dichiarato che il fatto che una impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione assumendo il controllo di un concorrente sia idoneo a costituire un abuso (causa 6/72, Europemballage et Continental Can/Commissione, Racc. 1973, pag. 215), mi pare inconcepibile che gli artt. 86 e 90 possano essere interpretati nel senso che ci si trovi in presenza di un abuso quando uno Stato membro conferisce un monopolio ad una impresa o ad un ente di Stato. Gli attori nella causa principale forzano, a mio parere, la formulazione dell'art. 86 allorquando affermano che il solo fatto che il monopolio ecceda quanto risulta necessario nell'interesse generale costituisce uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante. Se questa analisi dovesse essere accolta, questo significherebbe che l'art. 90, letto congiuntamente con l'art. 86, impone una restrizione generale ai poteri degli Stati membri di porre taluni settori dell'economia sotto un'impresa di Stato; la nazionalizzazione potrebbe intervenire soltanto alla condizione che sia giustificata dall'interesse generale. Talune costituzioni nazionali impongono, certamente, siffatte limitazioni (per esempio, l'art. 43 della Costituzione italiana e l'art. 128 della Costituzione spagnola). Tuttavia, il diritto comunitario non contiene alcuna disposizione di questo tipo. Al contrario, l'art. 222 del Trattato stabilisce che spetta al giudice nazionale determinare in quale misura gli Stato membri possono nazionalizzare taluni settori dell'economia.

44. Secondo la Commissione, ci si può trovare in presenza di un abuso allorquando l'impresa pubblica beneficiaria di un monopolio non fa fronte alla domanda per la prestazione assoggettata al monopolio. La Commissione osserva che, nel corso di numerosi anni, la Bundesanstalt non è stata in grado di soddisfare la domanda di prestazioni per l'assunzione del personale direttivo delle aziende, come dimostrato dal fatto che la Bundesanstalt fornisce candidati solo per il 28% dei posti vacanti come pure dalla formulazione della sua circolare con la quale rinuncia al monopolio attribuitole nel settore del collocamento del personale direttivo delle aziende. L'effetto combinato delle disposizioni legislative tedesche, che vietano gli uffici di collocamento privati, e del comportamento della Bundesanstalt, che non soddisfa ad una domanda effettiva, produce la conseguenza di limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico ai sensi dell'art. 86, secondo comma, lett. b). La Commissione ritiene che la sua analisi sia corroborata dalla sentenza pronunciata dalla Corte nella causa 238/87, Volvo/Veng (Racc. 1988, pag. 6211). In questa sentenza la Corte ha ritenuto che l'art. 86 può ostare a che il titolare di un modello depositato relativo a dei pezzi di autovettura faccia valere il suo diritto esclusivo qualora sfrutti in modo abusivo una posizione dominante cessando di produrre pezzi di ricambio per un modello di vettura di cui sono ancora in circolazione molti esemplari. Va rilevato che la Corte ha usato la stessa formula nella causa 53/87, CICRA e a./Renault (Racc. 1988, pag. 6039), la cui sentenza è stata pronunciata nello stesso giorno.

45. Numerosi elementi depongono a favore della posizione sostenuta dalla Commis-

sione. È vero che può apparire iniquo qualificare abusivo il comportamento della Bundesanstalt. Nessun elemento del fascicolo sta a indicare che la Bundesanstalt non si sia sforzata, nella misura dei suoi mezzi, di soddisfare la domanda di partecipazione al collocamento del personale direttivo delle aziende. Inoltre essa ha deliberatamente attenuato il suo monopolio dichiarandosi disposta a tollerare la concorrenza di operatori privati (per quanto si possa obiettare che essa avrebbe potuto fare un uso più ampio dei suoi poteri ai sensi dell'art. 23 dell'AFG, che, a quanto pare, è stato applicato solo a proposito degli uffici per modelli e artisti). Tuttavia, la normativa tedesca e il fatto che la Bundesanstalt non soddisfi la domanda producono l'effetto combinato per cui il consumatore (cioè il datore di lavoro alla ricerca di personale direttivo o il personale direttivo alla ricerca di impiego) non riceve la qualità di prestazioni che ha il diritto di aspettarsi e che sarebbe pressoché sicuro di ricevere se il settore in questione fosse soggetto al regime di libera concorrenza prevista dal Trattato. Il datore di lavoro o il dipendente direttivo che vuole ricorrere ai servizi di un ufficio di collocamento rischia dunque di trovarsi in una situazione identica a quella del proprietario di una Volvo che non può ottenere un nuovo elemento della carrozzeria della sua vettura perché il titolare del modello depositato per detti pezzi non lo produce e rifiuta di autorizzare terzi a produrli.

46. Per quanto la correlazione tra la presente causa e le cause Volvo e Renault sembri a prima vista molto labile, si può considerare che dette sentenze illustrano un principio generale secondo il quale, quando una normativa nazionale conferisce un diritto esclusivo ad una persona — sia esso sotto forma di brevetto, di modello depositato ovvero di monopolio per quanto riguarda la prestazione di taluni servizi — e questa persona non fornisce i beni o i servizi coperti dal diritto esclusivo, si può essere in presenza di una situazione equivalente allo sfruttamento abusivo di posizione dominante, rientrante sotto il divieto sancito dall'art. 86, nella misura in cui lo sfruttamento abusivo sia idoneo a incidere sul commercio fra gli Stati membri. Questo divieto fa sì che il diritto esclusivo non possa essere più esercitato.

47. È concepibile che un caso come quello di cui trattasi non rientri nell'art. 86 in mancanza di una omissione volontaria da parte dell'impresa in posizione dominante di assicurare i servizi considerati. Una distinzione potrebbe essere fatta tra il caso di specie e un rifiuto deliberato di fornire prestazioni, il quale sarebbe l'unico a ricadere nel divieto sancito dall'art. 86. Tuttavia, a mio parere, la nozione di sfruttamento abusivo non è così limitata. Come sottolineato dalla Corte, la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione obiettiva che considera i comportamenti di una impresa in posizione dominante e l'art. 86 trova applicazione allorché, per esempio, il comportamento considerato ha l'effetto di frapporre ostacolo al mantenimento del livello di concorrenza esistente ancora sul mercato o allo sviluppo di questa concorrenza: v. causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. 1979, pag. 461, in particolare pag. 541). In quanto nozione obiettiva, può aversi sfruttamento abusivo indipendentemente da qualsiasi elemento di illecito imputabile all'impresa in posizione dominante. Di conseguenza, ritengo l'art. 86 applicabile ad una situazione come quella considerata nel caso di specie. Questa interpretazione è corroborata dalle finalità stesse dell'art. 86, le quali comprendono la protezione del consumatore contro gli svantaggi che potrebbero, altrimenti, derivare da una eccessiva potenza di mercato; l'art. 86 mira ad assicurare, nella misura del possibile, che

il comportamento di una impresa in posizione dominante non arrivi a privare il consumatore dei vantaggi che dovrebbero ragionevolmente risultare dal gioco normale delle forze presenti sul mercato.

48. Per quanto riguarda il criterio che consente di stabilire se lo sfruttamento abusivo sia idoneo a ripercuotersi sul commercio tra Stati membri, si osserva, in primo luogo, che è sufficiente che sia accertato un effetto potenziale. L'art. 86 richiede che sia dimostrato non già che il comportamento abusivo abbia effettivamente inciso sul commercio tra Stati membri, ma che questo comportamento sia tale da produrre un siffatto effetto: v. causa 322/81, Michelin/Commissione (Racc. 1983, pag. 3461). Ne consegue che l'art. 86 non diviene inapplicabile per il solo fatto che la causa considerata ha per origine una situazione puramente interna.

49. In secondo luogo, il monopolio di cui si tratta nel caso di specie contiene numerosi aspetti che potrebbero giustificare la constatazione che il commercio tra Stati membri può subire ripercussioni. Supponiamo, per esempio, che una società con sede in Francia voglia creare una rete commerciale in Germania e cerca a tal fine un dirigente con una buona conoscenza del mercato tedesco. L'iter evidente consisterebbe nel conferire a un consulente tedesco per la ricerca del personale l'incarico di trovare un candidato idoneo. Ma questa soluzione è da escludersi se viene data applicazione al monopolio della Bundesanstalt. In alternativa, la società considerata sarà costretta ad affidarsi alle prestazioni insufficienti della Bundesanstalt o a ricorrere ai suoi propri mezzi e dare inizio a un lavoro penoso, consistente nel curare inserzioni nella stampa straniera e nel selezionare candidati stranieri in relazione ai quali potrà incontrare difficoltà nel valutarne i titoli e le altre qualifiche. E, nel caso che facesse ricorso ai servizi della Bundesanstalt, che, per definizione, deve avere una ottica nazionale, detto ente è in grado di soddisfare le specifiche esigenze di un cliente di un altro Stato membro? Faccio un altro esempio: supponiamo che una società tedesca, la quale esercita la sua attività sul mercato comune nel suo insieme, desiderasse che l'assunzione del suo personale direttivo di grado superiore fosse effettuata su scala comunitaria. Va di per sé che detta società si rivolgerà a un ufficio di collocamento tedesco il quale possiede agenzie in altri Stati membri. Ma una siffatta società non può esistere se il monopolio della Bundesanstalt viene applicato. È, inoltre, poco probabile che la Bundesanstalt sia in grado di fornire un servizio che richiede una ottica comunitaria. In queste condizioni, mi sembra difficile sfuggire alla conclusione che, in caso di sfruttamento abusivo dovuto al monopolio della Bundesanstalt, questo abuso è tale da incidere sul commercio tra Stati membri.

50. Anche a supporre che il giudice nazionale arrivi alla conclusione che ci si trovi in presenza di uno sfruttamento abusivo di posizione dominante e che questo sfruttamento abusivo sia tale da incidere sul commercio tra gli Stati membri, le conseguenze di questa constatazione in relazione al carattere esecutivo del contratto tra le parti della causa principale devono essere esaminate alla luce dell'art. 90, n. 1. Le disposizioni della normativa tedesca che producono l'effetto di conferire un monopolio alla Bundesanstalt, di vietare ad altre persone di svolgere attività di collocamento e di renderne i contratti inapplicabili, debbono essere considerate, nella misura in cui hanno dato luogo ad uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, provvedimenti in contrasto con le norme del Trattato e, come

tali, non possono essere mantenute in vigore. Gli Stati membri non possono, in ogni caso, adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche aventi carattere di legge, idonei a rendere praticamente inefficaci le norme di concorrenza da applicarsi alle imprese: v., per esempio, causa 267/86, Van Eycke/ASPA, punto 16 della motivazione (Racc. 1988, pag. 4769, in particolare pag. 4791).

51. Non si può pretendere che la convenzione n. 96 osti a che le autorità tedesche modifichino i provvedimenti considerati. È vero che l'art. 234 del Trattato è inteso a mantenere gli effetti delle convenzioni internazionali stipulate prima dell'entrata in vigore del Trattato. Tuttavia, come osservato dalla Corte, sarebbe auspicabile che il governo tedesco prevedesse, conformemente al menzionato art. 5 della convenzione (v. punto 4, supra), deroghe al divieto generale nei riguardi di talune categorie di persone.

52. Occorre infine formulare alcuni rilievi a proposito dell'efficacia diretta dell'art. 90. Il n. 1 di questa disposizione deve, a mio avviso, produrre effetti diretti nella misura in cui vieta gli Stati membri di emanare o di mantenere in vigore qualsiasi provvedimento in contrasto con una norma avente essa stessa efficacia diretta: v. Wyatt e Dashwood, *The Substantive Law of the ECC*, seconda edizione, pag. 524.

53. La Corte ha talvolta dichiarato che l'art. 90, n. 2, non può produrre effetti diretti, in particolare perché il numero successivo attribuisce alla Commissione un potere discrezionale di valutazione circa l'applicazione dell'art. 90: v., in particolare, causa 10/71, Pubblico Ministero lussemburghese/Müller (Racc. 1971, pag. 723). Tuttavia, come risulta dalla successiva giurisprudenza della Corte, il fatto di negare efficacia diretta all'art. 90, n. 2, significa in effetti solo che la deroga parziale che da esso deriva alle norme generali del Trattato a favore di talune imprese non è direttamente efficace: v. cause 155/73, Sacchi (Racc. 1974, pag. 409), 172/82, Fabricants raffineurs d'huiles de graissage e a./Inter-Huiles e a. (Racc. 1983, pag. 555), e 66/86, Ahmeed Saeed e a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Racc. 1989, pag. 803). Nella misura in cui l'art. 90, n. 2, conferma che le imprese considerate sono in linea di principio soggette a norme come l'art. 86, è chiaro che non è possibile impedire al giudice nazionale di applicare queste norme, soprattutto quando è stata data piena dimostrazione che dalla loro applicazione non verrebbe vanificato l'adempimento dello specifico servizio assegnato all'impresa considerata.

54. Di conseguenza, ritengo che le questioni sottoposte alla Corte dall'Oberlandesgericht di Monaco debbano essere risolte come segue:

« 1) Le attività di una impresa che mette in contatto richiedenti lavoro con eventuali datori di lavoro sono servizi, ai sensi dell'art. 60, primo comma, del Trattato CEE.

2) Una persona che ha il diritto di avvalersi degli artt. 59 e seguenti del Trattato al fine di fornire questo tipo di servizi non può esserne impedita per il motivo che le attività considerate rientrino nell'esercizio del pubblico potere ai sensi dell'art. 55 del Trattato.

3) Laddove la normativa di uno Stato membro istituisca un monopolio di Stato nel settore del collocamento e vieti alle imprese private di esercitare siffatte attività, un'impresa avente sede in detto Stato membro non può avvalersi degli artt. 7 e 59 del Trattato per esigere la libertà di collocare, in una impresa stabilita in questo Stato membro, persone in possesso della nazionalità di questo stesso Stato membro e residenti sul suo territorio.

4) Laddove la normativa di uno Stato membro istituisca questo tipo di monopolio e l'ente incaricato di gestirlo con tutta evidenza non soddisfa la domanda per i servizi considerati, una simile carenza può, considerate le disposizioni dell'art. 90, n. 2, del Trattato, costituire sfruttamento abusivo di posizione dominante, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, nella misura in cui è idonea ad incidere sul commercio tra gli Stati membri.

5) Alla luce delle predette condizioni l'art. 90, n. 1, del Trattato osta all'applicazione di disposizioni di diritto nazionale che avrebbero l'effetto di vietare ad altre persone la prestazione di siffatti servizi e di impedire alle stesse l'esecuzione dei loro contratti ».