CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 15 januari 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In deze zaak verzoekt het Oberlandesgericht München het Hof om een prejudiciële beslissing. Het stelt een aantal vragen over de toepasselijkheid van de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en inzake de mededinging op een situatie die ogenschijnlijk geheel binnen de interne sfeer van een Lid-Staat valt.

2. Verzoekers in het hoofdgeding, van Duitse nationaliteit, zijn in Duitsland gevestigde adviseurs voor de werving en selectie van personeel (hierna: „personeelsconsulenten"). Verweerster is een in München gevestigde Duitse onderneming. Partijen sloten een overeenkomst op grond waarvan verzoekers verweerster behulpzaam moesten zijn bij het zoeken van gegadigden voor de functie van hoofd van de verkoopafdeling. Verzoekers stelden een huns inziens voor deze functie geschikte kandidaat voor, namelijk R. Dechert, van Duitse nationaliteit. Verweerster besloot evenwel Dechert niet aan te stellen en weigerde verzoekers het contractueel overeengekomen honorarium te betalen, waarop dezen zich tot de Duitse rechter wendden. Verzoekers' beroep lijkt naar Duits recht niet te kunnen slagen, omdat de overeenkomst nietig is. In Duitsland bezit de Bundesanstalt für Arbeit (hierna: „Bundesanstalt"), een overheidsorgaan, een monopolie op het gebied van de arbeidsbemiddeling en overeenkomstig een verdrag van de Internationale Arbeidsorganisatie (hierna: „IAO") zijn particuliere bemiddelingsbureaus verboden. Volgens verzoekers is dat verbod in strijd met een aantal bepalingen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 59 en 86 EEG-Verdrag. Het Oberlandesgericht heeft verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel door adviesbureaus voor werving en selectie een dienst in de zin van artikel 60, eerste alinea, EEG-Verdrag en valt de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel onder de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van de artikelen 66 en 55 EEG-Verdrag?

2) Vormt het in de §§ 4 en 13 van het AFG neergelegde algehele verbod op de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel door Duitse adviesbureaus voor werving en selectie een door het algemeen belang gerechtvaardigde regeling inzake beroepen of een uit hoofde van de openbare orde en de openbare veiligheid (artikelen 66 en 56, lid 1, EEG-Verdrag) gerechtvaardigd monopolie?

* Oorspronkelijke taal: Engels.

3) Kan een Duits adviesbureau voor werving en selectie zich bij het bemiddelen tussen Duitse onderdanen en Duitse ondernemingen beroepen op de artikelen 7 en 59 EEG-Verdrag?

4) Is de Bundesanstalt für Arbeit gezien artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag bij de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel gebonden aan de bepalingen van het EEG-Verdrag, in het bijzonder artikel 59 daarvan, en vormt een monopolisering van de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel misbruik van een machtspositie op de markt in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag?"

De achtergrond van de zaak

a) *De verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO)*

3. Alvorens de betrokken vragen kunnen worden beantwoord, moet eerst de achtergrond van de zaak worden onderzocht. De Duitse bepalingen die de Bundesanstalt een uitsluitend recht tot arbeidsbemiddeling verlenen en particuliere bemiddelingsbureaus verbieden, vinden hun oorsprong in het internationale recht. Het verdrag betreffende de organisatie van de dienst voor de werkgelegenheid van 1948 (IAO-verdrag nr. 88; Stb. J 547) verplicht elk lid van de IAO, ten aanzien van wie het verdrag van kracht is, een openbare, kosteloze dienst voor de werkgelegenheid in stand te houden of ervoor te zorgen, dat een dergelijke dienst in stand wordt gehouden (artikel 1, lid 1). Het is een essentiële taak van de dienst voor de werkgelegenheid „om, in samenwerking, waar nodig, met andere openbare en bijzondere daarvoor in aanmerking komende lichamen, de best mogelijke organisatie van de arbeidsmarkt te verwezenlijken als een integrerend deel van het nationale welvaartsprogramma, dat de strekking heeft om ‚werk aan iedereen' te verzekeren en zulks te handhaven, alsmede om de produktieve hulpbronnen te ontwikkelen en te gebruiken" (artikel 1, lid 2).

4. Het verdrag betreffende de bureaus voor arbeidsbemiddeling, welke voor hun bemiddeling betaling vragen (herzien) van 1949 (IAO-verdrag nr. 96; Trb. 1951, 33) geeft elk lid dat het verdrag bekrachtigt, de keuze om hetzij deel II van het verdrag te aanvaarden, waarin voorzieningen worden getroffen voor de geleidelijke afschaffing van bureaus voor arbeidsbemiddeling welke voor hun bemiddeling betaling vragen en worden gedreven met winstoogmerk, hetzij deel III van het verdrag, dat een regeling geeft voor dergelijke bureaus. Ingevolge het in deel II van het verdrag opgenomen artikel 5 kunnen uitzonderingen op de verplichting tot afschaffing van die bureaus „in buitengewone gevallen worden toegestaan door de bevoegde autoriteit ten aanzien van categorieën van personen, welke nauwkeurig zijn aangegeven bij nationale wettelijke maatregelen, voor wier plaatsing geschikte regelingen niet gemakkelijk kunnen worden gemaakt binnen het kader van de openbare dienst voor de werkgelegenheid, zulks echter slechts na overleg, door passende methoden, met de betrokken organisaties van werkgevers en van arbeiders".

5. Verdrag nr. 96 is door alle Lid-Staten, met uitzondering van Denemarken en het Verenigd Koninkrijk, geratificeerd. De Bondsrepubliek Duitsland heeft gekozen voor aanvaarding van de bepalingen van deel II van het verdrag (wet van 15 april 1954; BGBl. 1954, deel II, blz. 456).

b) *Het nationale recht*

6. Het in casu relevante nationale recht is hoofdzakelijk vervat in het Arbeitsförderungsgesetz (hierna: „AFG"). Deze wet heeft met name tot doel, een hoog werkgelegenheidsniveau te verzekeren, de structuur van de arbeidsmarkt te verbeteren en aldus de economische groei te bevorderen (§ 1). De verwezenlijking van deze doelstellingen is opgedragen aan de Bundesanstalt (§ 3). Ingevolge § 4 heeft de Bundesanstalt, behoudens het bepaalde in §§ 18, lid 1, tweede volzin, en 23, lid 1, een uitsluitend recht tot arbeidsbemiddeling. Volgens § 13, lid 1, wordt onder arbeidsbemiddeling verstaan elke activiteit die erop is gericht, werkzoekenden en werkgevers met elkaar in contact te brengen met het oog op het sluiten van een arbeidsovereenkomst.

7. § 18 luidt als volgt:

„1) De Bundesanstalt houdt zich bezig met de aanwerving en arbeidsbemiddeling met het oog op tewerkstelling in het buitenland en met de aanwerving in het buitenland en de arbeidsbemiddeling met het oog op tewerkstelling in Duitsland. Andere instellingen en personen kunnen dergelijke activiteiten slechts met toestemming van de Bundesanstalt verrichten, tenzij hun een bijzondere opdracht overeenkomstig § 23, lid 1, tweede volzin is gegeven. Bij haar beslissing om die toestemming al dan niet te verlenen, houdt de Bundesanstalt rekening met de legitieme belangen van Duitse werknemers en van de Duitse economie in het licht van de situatie op de arbeidsmarkt. (...)

2) Het gemeenschapsrecht blijft onverlet.

(...)"

8. § 23, lid 1, bepaalt:

„In uitzonderingsgevallen mag de Bundesanstalt, na raadpleging van de betrokken organisaties van werkgevers en werknemers, desgevraagd de arbeidsbemiddeling voor bepaalde beroepen of categorieën van personen aan andere instellingen of personen opdragen, wanneer zij zulks doelmatig acht. De aanwerving en arbeidsbemiddeling met het oog op tewerkstelling in het buitenland alsmede de aanwerving in het buitenland en de arbeidsbemiddeling met het oog op tewerkstelling in Duitsland, is, onverminderd het bepaalde in § 18, lid 1, slechts toegestaan op grond van een bijzondere opdracht van de Bundesanstalt."

9. Anders dan § 18 zegt § 23 niets over het gemeenschapsrecht.

10. In beginsel verleent de Bundesanstalt haar diensten gratis. Wanneer echter haar uitgaven bovengemiddeld zijn, mag zij van de werkgever een bijdrage verlangen (§ 21). Haar werkzaamheden worden gefinancierd door van werkgevers en werknemers geheven bijdragen (§ 167).

11. Een ieder die bemiddelingsactiviteiten verricht zonder daartoe door de Bundesanstalt krachtens § 23 te zijn gemachtigd, begaat een overtreding waarop een geldboete van maximaal 30 000 DM staat (§ 228). Een ieder die zich zonder de in § 18 bedoelde voorafgaande toestemming of zonder de in § 23 bedoelde opdracht van de Bundesanstalt bezighoudt met grensoverschrijdende aanwervings- of bemiddelingsactiviteiten, begaat een misdrijf waarop een vrijheidsstraf van maximaal drie jaar of een geldboete staat (§ 227).

12. Krachtens § 134 BGB is een rechtshandeling die in strijd is met een wettelijk verbod, in beginsel nietig. De verwijzingsbeschikking noemt diverse arresten van het Bundesgerichtshof, waarin een in strijd met het AFG gesloten bemiddelingsovereenkomst op grond van die bepaling nietig wordt geacht.

13. De verenigbaarheid van het monopolie van de Bundesanstalt met het Duitse constitutionele recht is nogal eens ter discussie gesteld. Zo werd in 1967 voor het Bundesverfassungsgericht betoogd, dat het monopolie in strijd was met artikel 12, lid 1, van het Grundgesetz, dat alle Duitse burgers het recht verleent om hun beroep en hun plaats van arbeid of opleiding, vrij te kiezen. In een arrest van 4 april 1967 (BVerfGE, deel 21, blz. 245) besliste het Bundesverfassungsgericht, dat het monopolie niet in strijd was met het Grundgesetz. Het zou weliswaar afbreuk doen aan het recht op vrije beroepskeuze, maar gelet op de in het verleden geconstateerde misbruiken en gezien het feit dat aan de algemene behoeften van de arbeidsmarkt beter kon worden voldaan door één enkele instantie dan door een groot aantal verschillende ondernemingen, zou het uit hoofde van het algemeen belang gerechtvaardigd zijn. Met betrekking tot de vraag of het monopolie gezien de bijzondere kenmerken van die sector, ook gerechtvaardigd was waar het de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel betrof, concludeerde het Bundesverfassungsgericht, dat de wetgever niet verplicht was de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel van het monopolie uit te sluiten, omdat het monopolie hierdoor aan doeltreffendheid zou inboeten. Bovendien zou het in de praktijk moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn, verschillende beroepen en categorieën van werknemers duidelijk van elkaar te onderscheiden.

c) *De feitelijke situatie op het gebied van de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel*

14. In de loop van de jaren vijftig werd duidelijk (aldus de Commissie), dat er voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel een afzonderlijke markt bestond. Als gevolg hiervan begonnen particuliere ondernemingen, optredend als „personeelsconsulenten", zich met die bemiddeling bezig te houden. De Bundesanstalt reageerde op twee manieren op deze ontwikkeling:

i) in 1954 richtte zij een speciaal bureau op voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel en van ander hooggekwalificeerd personeel (*Kommentar zum AFG* door A. Knigge, J. V. Ketelsen, D. Marschall en A. Wittrock, tweede druk, aantekening 5 bij § 189, blz. 1427). Blijkens de opmerkingen van de Commissie heeft dit bureau tot taak,

grote ondernemingen van hooggekwalificeerd personeel te voorzien. Het is algemeen bekend, dat het bureau niet in staat is aan de totale vraag op de betrokken markt te voldoen. Uit door de Commissie verstrekte inlichtingen blijkt, dat het slechts voor 28% van de vacatures kandidaten levert. Bijgevolg bestaan er nog steeds personeelsconsulenten die zich, ondanks de hun opgelegde beperkingen, blijven bezighouden met de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel. Volgens verzoekers zijn er in Duitsland 700 à 800 van dergelijke adviesbureaus, met een totale omzet van 750 miljoen DM à 1,2 miljard DM per jaar;

ii) in 1957 publiceerde de Bundesanstalt een circulaire waarin zij verklaarde, dat de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel voortaan ook door personeelsconsulenten mocht worden verzorgd. Een van 1970 daterende versie van de circulaire, die als bijlage bij de opmerkingen van de Commissie is gevoegd, bevat de tekst van een overeenkomst — tussen de Bundesanstalt, de Bondsminister van Arbeid en twee organisaties die Duitse werkgevers en personeelsconsulenten vertegenwoordigen — inzake de „beginselen met betrekking tot het onderscheid tussen advieswerkzaamheden en arbeidsbemiddeling in verband met de vervulling van vacatures voor hoger en leidinggevend personeel". De overeenkomst moet worden gezien als een uitlegging van de relevante bepalingen van het AFG. Zij begint met een definitie van de term „hoger en leidinggevend personeel" (Führungskräfte der Wirtschaft). Hieronder zijn te verstaan personen die, krachtens een speciale vertrouwenspositie ten opzichte van hun werkgever, een voor het voortbestaan en de ontwikkeling van de onderneming beslissende sleutelpositie innemen, doordat zij belangrijke leidinggevende functies vervullen of hooggekwalificeerd werk verrichten op het gebied van planning, toezicht, design, onderzoek of advisering, voornamelijk op eigen initiatief en met een hoge mate van verantwoordelijkheid (punt 1.1.1 van de circulaire).

15. Vervolgens maakt de overeenkomst onderscheid tussen enerzijds advieswerkzaamheden, die door particuliere ondernemingen mogen worden verricht, en anderzijds arbeidsbemiddeling, een aan de Bundesanstalt voorbehouden activiteit. De definitie van arbeidsbemiddeling is te vinden in § 13, lid 1, AFG. Van advieswerkzaamheden is sprake, wanneer een personeelsconsulent krachtens overeenkomst medewerking verleent bij, onder meer, de werving en selectie van gegadigden voor hogere en leidinggevende functies (punt 1.2). Een personeelsconsulent die door een onderneming wordt ingeschakeld bij het zoeken naar gegadigden voor een specifieke functie, mag voor die onderneming advertenties in kranten en tijdschriften plaatsen (punt 2.1). Volgens punt 2.2 is het een personeelsconsulent — onder meer — verboden:

— mee te werken bij de werving en selectie van ander dan hoger en leidinggevend personeel;

— dergelijke advieswerkzaamheden te verrichten zonder daartoe een concrete opdracht van een onderneming te hebben gekregen;

— advertenties te plaatsen waarin hij zich in eigen naam tot hoger en leidinggevend personeel of tot ondernemingen richt;

— sollicitanten die zich met het oog op een specifieke vacature tot hem hebben gewend, voor andere vacatures voor te stellen;

— een kaartsysteem van sollicitanten bij te houden;

— lijsten van sollicitanten of vacatures te publiceren;

— gegevens van sollicitanten bij zich te houden nadat de betrokken vacature is vervuld;

— van sollicitanten een honorarium te verlangen of aan te nemen.

16. Ten slotte voorziet de overeenkomst in bepaalde vormen van samenwerking tussen personeelsconsulenten en de dienst voor arbeidsbemiddeling van de Bundesanstalt.

17. Hoewel de in de circulaire van de Bundesanstalt weergegeven overeenkomst wordt voorgesteld als een „uitlegging" van het AFG, is het duidelijk dat zij eigenlijk in zoverre van die wet afwijkt, dat het personeelsconsulenten wordt toegestaan bepaalde activiteiten te verrichten die zeer veel weg hebben van arbeidsbemiddeling in de zin van § 13, lid 1, AFG en derhalve krachtens § 4 van deze wet uitsluitend aan de Bundesanstalt zijn voorbehouden. De circulaire verandert echter niets aan het feit dat dergelijke activiteiten, wanneer zij door particuliere ondernemingen worden verricht, onwettig zijn en te dien einde gesloten overeenkomsten nietig. Adviesbureaus voor de werving en selectie van hoger en leidinggevend personeel bevinden zich dan ook in een hoogst abnormale situatie: hun activiteiten worden door de autoriteiten openlijk geduld, zodat zij geen strafrechtelijke of administratieve boetes riskeren; maar hun activiteiten zijn niettemin onwettig, zodat zij de nakoming van hun overeenkomsten niet in rechte kunnen afdwingen.

Vraag 1

18. Ingeval de derde vraag ontkennend wordt beantwoord, behoeft de eerste noch de tweede vraag beantwoording. Waar echter de in de eerste vraag aan de orde gestelde problemen niet al te gecompliceerd zijn en aan de hand van de bestaande rechtspraak van het Hof kunnen worden opgelost, zal ik ze terstond behandelen.

Het eerste onderdeel van de vraag

19. In het eerste onderdeel van de eerste vraag gaat het erom, of de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel door personeelsconsulenten een dienst is in de zin van artikel 60, eerste alinea, EEG-Verdrag. Deze bepaling definieert het begrip „diensten" als volgt:

„In de zin van dit Verdrag worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn."

20. Het lijdt geen enkele twijfel, dat de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel door personeelsconsulenten of bemiddelingsbureaus onder deze definitie valt. Dit wordt dan ook door geen van de betrokkenen in deze procedure betwist. Het enige wat men hiertegen zou kunnen inbrengen, is dat de betrokken dienst in Duitsland gewoonlijk door een overheidsorgaan wordt verricht, dat voor zijn diensten geen vergoeding vraagt. Maar dit verandert niets aan het feit, dat de dienst ook door particuliere ondernemingen wordt verricht — zowel in andere Lid-Staten als in Duitsland, voor zover de Bundesanstalt haar monopolie heeft prijsgegeven — en dat die ondernemingen gewoonlijk voor hun diensten worden betaald. In elk geval blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat de diensten verricht door bureaus voor arbeidsbemiddeling die voor hun bemiddeling betaling vragen, onder de in artikel 60, eerste alinea, EEG-Verdrag gegeven definitie van het begrip „diensten" vallen (zie gevoegde zaken 110/78 en 111/78, Van Wesemael, Jurispr. 1979, blz. 35, en zaak 279/80, Webb, Jurispr. 1981, blz. 3305).

Het tweede onderdeel van de vraag

21. In het tweede onderdeel van de eerste vraag gaat het erom, of de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel valt onder de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 55 juncto artikel 66 EEG-Verdrag.

22. Ik zie niet in hoe met betrekking tot arbeidsbemiddeling een beroep op artikel 55 kan worden gedaan. Als een uitzondering op een fundamentele regel van het Verdrag moet artikel 55 eng worden uitgelegd (zie zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631, r. o. 43). De uitdrukking „openbaar gezag" werd in die zaak door advocaat-generaal Mayras als volgt gedefinieerd (blz. 665):

„Het openbaar gezag is het gezag dat zijn bron vindt in de soevereiniteit, het imperium van de staat; voor degene die het uitoefent, impliceert het het gebruik van bijzondere bevoegdheden van publiekrechtelijke aard, van overheidsprivileges, van zeggenschap over burgers."

23. Het valt zelfs al te betwijfelen, of de Bundesanstalt bij het uitoefenen van haar wettelijke taken „openbaar gezag" in bovenbedoelde zin uitoefent. Wat particuliere ondernemingen betreft, bestaat er op dit punt geen enkele twijfel: zo zij gerechtigd waren zich met arbeidsbemiddeling bezig te houden, zou er hoe dan ook geen sprake zijn van uitoefening van openbaar gezag. Verzoekers zelf oefenen geen openbaar gezag uit; hetzelfde zou gelden voor een in een andere Lid-Staat gevestigde onderneming die gebruik maakt van haar — vermeende — recht op vrije dienstverrichting krachtens artikel 59. Wanneer dus bepaalde ondernemingen ingevolge de algemene regel van artikel 59 gerechtigd zijn, in Duitsland bemiddelingsactiviteiten te verrichten, kan hun dit recht niet krachtens de in artikel 55 voorziene uitzondering worden ontnomen.

24. Er is met betrekking tot artikel 55 nog een ander punt dat de aandacht verdient, hoewel het in casu niet rechtstreeks aan de orde is. Wanneer de Bundesanstalt krachtens § 23 AFG andere personen machtiging verleent om bemiddelingsactiviteiten te verrichten, wordt dit naar Duits recht beschouwd als een overdracht van overheidsbevoegdheden („Delegation hoheitlicher Befugnisse": zie Gagel, *Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar*, aantekening 13 bij § 23). Dit betekent mijns inziens echter nog niet, dat de Bundesanstalt met een beroep op ar-

tikel 55 een onderneming uit een andere Lid-Staat bedoelde machtiging kan onthouden. Een particuliere onderneming die haar bemiddelingsactiviteiten krachtens een dergelijke machtiging verricht, oefent immers ten opzichte van de burgers geen enkel bijzonder prerogatief uit. Voor zover de Bundesanstalt dus van § 23 gebruik maakt, moet zij dit doen zonder te discrimineren.

Vraag 2

25. De tweede vraag werpt diverse ingewikkelde en nieuwe problemen op. Ik stel daarom voor, eerst de derde vraag te behandelen en enkel op de tweede vraag terug te komen, wanneer dit gezien het antwoord op de derde vraag noodzakelijk is.

Vraag 3

26. Deze vraag strekt ertoe te vernemen, of een Duitse personeelsconsulent zich met betrekking tot het bemiddelen tussen Duitse onderdanen en Duitse ondernemingen kan beroepen op de artikelen 7 en 59 EEG-Verdrag.

27. In de eerste plaats moet worden vastgesteld, of de artikelen 59 en volgende EEG-Verdrag in een zuiver interne aangelegenheid van een Lid-Staat eigenlijk wel een rol spelen. Er is stellig niets in de bewoordingen van de artikelen 59 en 60 dat erop wijst, dat een in Duitsland woonachtig Duits onderdaan aan deze bepalingen het recht kan ontlenen, in Duitsland een naar Duits recht verboden activiteit uit te oefenen. Artikel 59, eerste alinea, verlangt, dat de beperkingen op het vrij verrichten van diensten worden opgeheven „ten aanzien van de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht". Volgens artikel 60, derde alinea, kan degene die de diensten verricht, „zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt". Een beroep op deze bepalingen lijkt in casu echter te zijn uitgesloten. In dit verband wijs ik erop, dat het Hof in zaak 115/78 (Knoors, Jurispr. 1979, blz. 399) heeft verklaard, dat de verdragsbepalingen op het gebied van de vestiging en de dienstverlening niet kunnen worden toegepast „op zuiver interne situaties van een Lid-Staat".

28. Verzoekers trachten dit obstakel te omzeilen met het argument, dat een in een andere Lid-Staat gevestigd bemiddelingsbureau ingevolge artikel 59 in Duitsland diensten mag verrichten en dat het in artikel 7 EEG-Verdrag neergelegde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit meebrengt, dat ook Duitse ondernemingen die mogelijkheid moeten hebben.

29. Er kunnen zich inderdaad omstandigheden voordoen waarin een in de ene Lid-Staat gevestigde onderneming met een beroep op artikel 59 het recht kan opeisen, in een andere Lid-Staat een dienst te verrichten, ook al is de betrokken activiteit in die andere Lid-Staat een staatsmonopolie. In zijn conclusie in zaak 52/79 (Debauve, Jurispr. 1980, blz. 833, 872) wees advocaat-generaal Warner erop, dat wanneer een bepaalde dienst tot een staatsmonopolie is gemaakt, het hieruit voor particulieren voortvloeiende verbod om die dienst te verrichten, zich niet noodzakelijkerwijs uitstrekt tot in andere Lid-Staten gevestigde personen. Dit betekent echter niet, dat on-

dernemingen die zijn gevestigd in de staat waar het monopolie is ingesteld, met voorbijgaan aan een wettelijk verbod de gemonopoliseerde dienst mogen verrichten. Anders zou geen enkele dienst tot een staatsmonopolie kunnen worden gemaakt; dat de Lid-Staten bevoegd blijven dergelijke monopolies in te stellen, blijkt echter duidelijk uit de bewoordingen van de artikelen 90 en 222 EEG-Verdrag.

30. Het is mij niet duidelijk, hoe artikel 7 iets aan deze conclusie zou kunnen veranderen. In dit artikel gaat het namelijk in de eerste plaats om „discriminatie op grond van nationaliteit", en niet om discriminatie op grond van iemands plaats van vestiging. Uiteraard zou ook die laatste vorm van discriminatie wel onder artikel 7 kunnen vallen, vooropgesteld althans dat deze bepaling daarop van toepassing is. Artikel 7 werkt echter enkel „binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld". Ten opzichte van artikel 7 heeft artikel 59 eigenlijk het karakter van een *lex specialis.* De artikelen 59 en volgende kunnen weliswaar worden gezien als bepalingen die het in artikel 7 neergelegde non-discriminatiebeginsel doortrekken naar de vrije dienstverrichting, maar dit neemt niet weg dat zij hiertoe eigen, gedetailleerde regels bevatten, zoals die van artikel 60, derde alinea. Een met de artikelen 59 en volgende verenigbare regeling is ook verenigbaar met artikel 7 (zie zaak 90/76, Van Ameyde, Jurispr. 1977, blz. 1091, r. o. 27). Artikel 59 heeft echter enkel betrekking op grensoverschrijdende dienstverrichtingen en heeft als voornaamste doel te verzekeren, dat in de ene Lid-Staat gevestigde ondernemingen ook in de andere Lid-Staten diensten kunnen verrichten. Deze doelstelling wordt geenszins verijdeld door een Duitse wet op grond waarvan het in Duitsland gevestigde ondernemingen is verboden, in Duitsland aan Duitse ondernemingen bepaalde diensten te verlenen.

31. Hieruit volgt, dat de derde vraag ontkennend moet worden beantwoord. Het is dus niet nodig de tweede vraag te onderzoeken.

Vraag 4

32. De vierde vraag strekt er in wezen toe te vernemen, of de Bundesanstalt gelet op artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag is gebonden aan de regels van het Verdrag, in het bijzonder artikel 59 en de mededingingsregels, en of deze regels worden geschonden doordat het monopolie van de Bundesanstalt ook geldt voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel en doordat er wetgeving wordt gehandhaafd op grond waarvan door particuliere bemiddelingsbureaus gesloten overeenkomsten nietig moeten worden geacht.

33. Artikel 90 luidt als volgt:

„1. De Lid-Staten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 7 en 85 tot en met 94.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch be-

lang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

3. (...)"

34. Ik wijs erop, dat de vierde vraag alleen met zoveel woorden verwijst naar artikel 90, lid 2. Lid 1 wordt in de verwijzingsbeschikking niet genoemd. In de schriftelijke opmerkingen en bij de mondelinge behandeling was de aandacht gericht op lid 2, hoewel lid 1 wel even is aangestipt. Uit de context van de zaak blijkt mijns inziens echter duidelijk, dat de vierde vraag van het Oberlandesgericht betrekking heeft op artikel 90 als geheel. In elk geval zijn de leden 1 en 2 in casu zo nauw met elkaar verweven, dat zij niet los van elkaar kunnen worden onderzocht.

35. Over de werking van artikel 90 in verband met artikel 59 kan ik kort zijn. Bij de behandeling van de derde vraag heb ik reeds geconcludeerd, dat artikel 59 er niet aan in de weg staat, dat een Lid-Staat bepaalde diensten tot een staatsmonopolie maakt en de op zijn grondgebied gevestigde ondernemingen verbiedt de betrokken diensten aldaar te verrichten. Als artikel 59 op zich al niet aan een dergelijk monopolie in de weg kan staan, kan het dat ook niet in combinatie met artikel 90, lid 1, dat van de Lid-Staten enkel verlangt dat zij met betrekking tot openbare bedrijven geen maatregelen nemen of handhaven die in strijd zijn met de regels van het Verdrag, dan wel in combinatie met artikel 90, lid 2, dat niet meer doet dan de regels van het Verdrag op dergelijke ondernemingen van toepassing verklaren.

36. Het argument dat verzoekers aan de mededingingsregels van het Verdrag ontlenen, lijkt overtuigender. Het luidt als volgt: de Bundesanstalt is een openbaar bedrijf in de zin van artikel 90, lid 1, en een „onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang", in de zin van artikel 90, lid 2. Als zodanig valt zij onder de regels van het Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling van de haar toevertrouwde bijzondere taken niet rechtens of feitelijk verhindert. De Bundesanstalt zou niet bij de vervulling van haar taken worden gehinderd wanneer zij op de markt voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel moest concurreren met particuliere ondernemingen. De Bundesanstalt neemt op de markt voor arbeidsbemiddeling een machtspositie in, aangezien zij een wettelijk monopolie heeft. Zij heeft die machtspositie in strijd met artikel 86 EEG-Verdrag misbruikt. Het misbruik bestaat in het enkele feit, dat het monopolie activiteiten bestrijkt waarvoor de instelling van een monopolie niet door het algemeen belang wordt gerechtvaardigd. Voor zover de Bondsrepubliek Duitsland dat misbruik mogelijk heeft gemaakt door de desbetreffende bepalingen van het AFG te handhaven, heeft zij inbreuk gemaakt op artikel 90, lid 1, en op het algemene beginsel, dat de Lid-Staten geen maatregelen mogen nemen die de communautaire mededingingsregels hun nuttig effect ontnemen (zie zaak 13/77, Inno, Jurispr. 1977, blz. 2215, r. o. 30 en 31).

37. De Commissie neemt een vergelijkbaar standpunt in, met dien verstande dat het misbruik haars inziens is gelegen in het feit, dat de Bundesanstalt niet voldoet aan de vraag naar een bepaald soort dienstverlening (namelijk de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel), waarvoor zij een monopolie bezit.

38. De overige partijen hebben over artikel 90 zeer weinig gezegd. Macrotron, verweerster in het hoofdgeding, merkt enkel op, dat er geen sprake kan zijn van schending van de artikelen 86 en 90, omdat het monopolie van de Bundesanstalt verband houdt met zwaarwegende maatschappelijke belangen. Volgens de Duitse regering is op het gebied van de arbeidsbemiddeling voor toepassing van de mededingingsregels geen plaats, omdat het door overwegingen van algemeen belang ingegeven besluit om de arbeidsbemiddeling tot een staatsmonopolie te maken, dat op niet-commerciële basis moet worden geëxploiteerd, de hele sector uit de sfeer van het mededingingsrecht heeft gehaald.

39. Wil het argument van verzoekers en van de Commissie slagen, dan moet een aantal punten vaststaan. Geen van deze punten geeft volgens mij aanleiding tot grote problemen, behalve de kernvraag of de Bundesanstalt haar machtspositie heeft misbruikt.

40. Ik erken zonder meer, dat de Bundesanstalt, die in § 189 AFG wordt omschreven als „eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung", een „openbaar bedrijf" is in de zin van artikel 90, lid 1, en een „onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang", in de zin van artikel 90, lid 2. Anders dan de Duitse regering meent, valt zij als zodanig onder de mededingingsregels en de overige regels van het Verdrag, tenzij kan worden aangetoond dat toepassing van die regels de vervulling van haar taken zou verhinderen. Die taken zijn vastgelegd in § 3 AFG. In casu gaat het om de arbeidsbemiddeling. Men kan niet staande houden, dat de Bundesanstalt in de uitoefening van die taak — of een van haar andere taken — zou worden gehinderd, zo zij op de markt voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel moest concurreren met particuliere ondernemingen. Gelijk de Commissie heeft opgemerkt, blijkt dit uit de circulaire waarin de Bundesanstalt zich bereid heeft verklaard, particuliere ondernemingen toe te staan zich bezig te houden met bepaalde vormen van arbeidsbemiddeling, zulks onder het mom van „advieswerkzaamheden".

41. Ook staat het buiten kijf, dat de Bundesanstalt op de markt voor arbeidsbemiddeling een machtspositie inneemt, aangezien het haar krachtens het AFG toekomende uitsluitend recht tot bemiddeling zich uitstrekt over die hele markt. Mijns inziens behoeft dan ook niet te worden onderzocht, of de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel een afzonderlijke markt vormt.

42. De vraag of de Bundesanstalt haar machtspositie heeft misbruikt en of een dergelijk misbruik de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, moet uiteindelijk door de nationale rechter worden be-

antwoord in het licht van alle omstandigheden. Het Hof kan niets anders doen dan de relevante gemeenschapsrechtelijke criteria aanwijzen.

43. Om te beginnen wijs ik erop, dat het innemen van een machtspositie als zodanig nog geen misbruik oplevert. Naar de letter genomen moet derhalve het tweede onderdeel van de vierde vraag, waarin wordt gevraagd of een monopolisering van de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel misbruik van een machtspositie vormt, ontkennend worden beantwoord. Hoewel het Hof heeft verklaard, dat er sprake kan zijn van misbruik wanneer een onderneming met een machtspositie deze versterkt door de aankoop van een meerderheidsbelang in een concurrerende onderneming (zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215), kunnen de artikelen 86 en 90 mijns inziens niet aldus worden uitgelegd, dat er sprake is van misbruik wanneer een Lid-Staat een staatsonderneming of -orgaan een monopolie verleent. Verzoekers geven aan artikel 86 een te ruime uitlegging wanneer zij stellen, dat reeds het enkele feit dat het monopolie verder reikt dan in het algemeen belang noodzakelijk is, misbruik van een machtspositie oplevert. Aanvaarding van deze opvatting zou betekenen, dat artikel 90, gezien in samenhang met artikel 86, een algemene beperking oplegt aan de bevoegdheid van de Lid-Staten bepaalde sectoren van de economie te nationaliseren; nationalisatie zou dan enkel kunnen plaatsvinden voor zover het algemeen belang zulks rechtvaardigt. Een dergelijke beperking is weliswaar te vinden in de grondwet van enkele Lid-Staten (bij voorbeeld artikel 43 van de Italiaanse en artikel 128 van de Spaanse grondwet), maar in het gemeenschapsrecht is zij onbekend. Integendeel: uit artikel 222 EEG-Verdrag blijkt duidelijk, dat het de aangelegenheid van het recht van de Lid-Staten is om te bepalen, in hoeverre bepaalde sectoren van de economie mogen worden genationaliseerd.

44. Volgens de Commissie kan er sprake zijn van misbruik, wanneer het openbaar bedrijf waaraan een monopolie is verleend, niet aan de vraag naar de gemonopoliseerde dienst voldoet. De Commissie merkt op, dat de Bundesanstalt al jaren niet meer in staat is aan de vraag naar bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel te voldoen. Dit zou zowel blijken uit het feit dat zij slechts voor 28 % van de vacatures kandidaten levert, als uit meergenoemde circulaire, waarin zij haar monopolie op het gebied van de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel prijsgeeft. Het feit dat de Duitse wettelijke regeling particuliere arbeidsbemiddelingsbureaus verbiedt en dat bovendien de Bundesanstalt niet in staat is aan een duidelijk bestaande vraag te voldoen, leidt tot een beperking van de produktie, de afzet of de technische ontwikkeling in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b. Deze opvatting vindt volgens de Commissie bevestiging in het arrest van het Hof in zaak 238/87 (Volvo, Jurispr. 1988, blz. 6211). Hierin overwoog het Hof, dat artikel 86 aan de uitoefening van een uitsluitend recht door de houder van een gedeponeerd model voor carrosserieonderdelen van auto's in de weg kan staan, wanneer deze misbruik maakt van een machtspositie door te weigeren vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn. Deze overweging is ook terug te vinden in het op dezelfde dag gewezen arrest in zaak 53/87 (Cicra e. a., Jurispr. 1988, blz. 6039).

45. Er valt veel te zeggen voor de opvatting van de Commissie. Het lijkt misschien wat

hard, de Bundesanstalt van misbruik te beschuldigen. Er is immers niets in het dossier dat erop wijst, dat zij niet haar uiterste best heeft gedaan aan de vraag naar bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel te voldoen. Bovendien heeft zij, door zich bereid te verklaren concurrentie van particuliere marktdeelnemers te dulden, vrijwillig een deel van haar monopolie prijsgegeven (ofschoon zij eigenlijk wel op grotere schaal gebruik had kunnen maken van haar bevoegdheden krachtens § 23 AFG, een bepaling die kennelijk alleen is toegepast met betrekking tot bemiddelingsbureaus voor mannequins en artiesten). Een en ander neemt echter niet weg, dat als gevolg van de Duitse wettelijke regeling en de omstandigheid dat de Bundesanstalt niet aan de vraag kan voldoen, de consument (dat wil zeggen de werkgever op zoek naar hoger en leidinggevend personeel of het hoger en leidinggevend personeel op zoek naar werk) niet het soort dienstverlening krijgt dat hij mag verwachten en vrijwel zeker zou krijgen wanneer er in de betrokken sector vrije mededinging als bedoeld in het Verdrag bestond. De werkgever of werkzoekende die gebruik wil maken van de diensten van een bureau voor de bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel, loopt derhalve de kans in dezelfde situatie te belanden als de Volvo-bezitter die geen nieuw carrosserieonderdeel voor zijn auto kan krijgen, omdat de houder van het gedeponeerd model voor dergelijke onderdelen deze niet vervaardigt en weigert anderen daartoe een licentie te verlenen.

46. Hoewel het verband tussen de onderhavige zaak en de zaken Volvo en Cicra op het eerste gezicht niet zo evident lijkt, zou men deze zaken kunnen zien als een illustratie van een algemeen beginsel, dat iemand die ingevolge een nationale wettelijke regeling over een uitsluitend recht beschikt — of dit nu verbonden is aan een octrooi, een gedeponeerd model of een monopolie voor bepaalde diensten —, doch nalaat de onder dat recht vallende goederen of diensten te produceren respectievelijk verrichten, kan worden geacht zich schuldig te maken aan misbruik van een machtspositie, welk misbruik, voor zover het de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, onder het verbod van artikel 86 valt. Dit verbod heeft tot gevolg, dat het exclusieve recht niet langer kan worden uitgeoefend.

47. Men zou kunnen verdedigen, dat een geval als het onderhavige niet onder artikel 86 valt, wanneer de onderneming met een machtspositie niet opzettelijk nalaat de betrokken diensten te verrichten. Er zou dan onderscheid kunnen worden gemaakt tussen gevallen waarin, zoals in casu, van opzet geen sprake is, en gevallen waarin de dienstverrichting opzettelijk wordt geweigerd: alleen de laatste zouden onder het verbod van artikel 86 vallen. Ik geloof echter niet, dat het begrip misbruik in artikel 86 een zo enge betekenis heeft. Zoals het Hof heeft beklemtoond, is het begrip misbruik een objectief begrip, dat betrekking heeft op de gedragingen van een dominerende onderneming, en is artikel 86 onder meer van toepassing wanneer die gedragingen ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan (zie zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, 541). Er kan derhalve sprake zijn van misbruik zonder dat de dominerende onderneming ook maar iets valt te verwijten. Mijns inziens kan artikel 86 in een situatie als de onderhavige dan ook zonder meer worden toegepast. Deze uitlegging vindt bevestiging in het doel van artikel 86, dat onder meer beoogt de consument te beschermen tegen de nadelige gevolgen van een onevenredig sterke marktpo-

sitie. Artikel 86 tracht zoveel mogelijk te verzekeren, dat het gedrag van de dominerende onderneming er niet toe leidt dat de consument slechter af is dan bij een vrije mededinging het geval zou zijn.

48. Wat de criteria betreft aan de hand waarvan moet worden bepaald, of het misbruik de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, wijs ik er in de eerste plaats op, dat het bewijs van een mogelijke beïnvloeding volstaat. Artikel 86 verlangt niet het bewijs, dat het handelsverkeer tussen Lid-Staten als gevolg van het gemaakte misbruik inderdaad merkbaar ongunstig is beïnvloed, doch slechts dat dit misbruik een dergelijk gevolg kan hebben (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461). Dat het onderhavige geding een zuiver interne situatie betreft, sluit de toepasselijkheid van artikel 86 dus nog niet uit.

49. In de tweede plaats vertoont het in geding zijnde monopolie een aantal aspecten die de conclusie zouden kunnen rechtvaardigen, dat de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed. Gesteld bij voorbeeld, dat een in Frankrijk gevestigde onderneming in Duitsland een verkoopnet wil opzetten waarvoor zij een verkoopleider nodig heeft die vertrouwd is met de Duitse markt. Het zou dan voor de hand liggen, dat die onderneming een Duitse personeelsconsulent opdraagt op zoek te gaan naar een geschikte kandidaat. Deze mogelijkheid is evenwel uitgesloten, wanneer wordt vastgehouden aan het monopolie van de Bundesanstalt. In dat geval zal de onderneming het moeten doen met de ontoereikende dienstverlening van de Bundesanstalt of zelf aan de slag moeten gaan en zich gaan bezighouden met het lastige karwei, een advertentie te plaatsen in de buitenlandse pers en buitenlandse sollicitanten te beoordelen wier opleiding en andere kwalificaties zij wellicht moeilijk op hun juiste waarde weet te schatten. En stel nu dat de onderneming een beroep doet op de Bundesanstalt, die per definitie vanuit een nationale invalshoek werkt, zou dit orgaan dan in staat zijn aan de speciale behoeften van een klant uit een andere Lid-Staat te voldoen? Een ander voorbeeld: gesteld dat een Duitse onderneming die op de gehele gemeenschappelijke markt werkzaam is, haar leidinggevend personeel uit de gehele Gemeenschap wenst te recruteren. Deze onderneming zou zich uiteraard wenden tot een Duits bemiddelingsbureau met vestigingen in andere Lid-Staten. Maar een dergelijk bureau zou niet bestaan wanneer werd vastgehouden aan het monopolie van de Bundesanstalt. En de Bundesanstalt zelf is waarschijnlijk niet in staat een dienst te verlenen waarbij het aankomt op een communautaire invalshoek. Mijns inziens valt onder deze omstandigheden moeilijk aan de conclusie te ontkomen, dat wanneer het monopolie van de Bundesanstalt tot misbruik leidt, dat misbruik de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

50. Wanneer de nationale rechter tot de conclusie komt, dat er sprake is van misbruik van een machtspositie en dat de handel tussen Lid-Staten hierdoor ongunstig kan worden beïnvloed, moeten de gevolgen van deze vaststelling voor de vraag of de nakoming van de tussen partijen in het hoofdgeding gesloten overeenkomst in rechte kan worden afgedwongen, worden onderzocht in het licht van artikel 90, lid 1. Voor zover de Duitse wettelijke bepalingen die de Bundesanstalt een monopolie verlenen, andere personen verbieden zich met arbeidsbemiddeling bezig te houden en tot gevolg hebben dat de nakoming van tussen die personen gesloten overeenkomsten niet kan worden afgedwongen, misbruik van een machtspositie opleveren, moeten zij worden beschouwd als met het Verdrag strijdige maatregelen en mogen zij als zodanig niet langer worden gehandhaafd. In elk geval

mogen de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken (zie bij voorbeeld zaak 267/86, Van Eycke, Jurispr. 1988, blz. 4769, 4791, r. o. 16).

51. Men kan niet beweren, dat verdrag nr. 96 de Duitse autoriteiten belet de betrokken maatregelen te wijzigen. Het is juist, dat artikel 234 EEG-Verdrag ertoe strekt de gevolgen van vóór de inwerkingtreding van het Verdrag gesloten overeenkomsten onaangetast te laten. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, biedt artikel 5 van verdrag nr. 96 (zie hierboven, nr. 4) de Duitse regering echter de mogelijkheid, voor bepaalde categorieën van personen uitzonderingen op het algemene verbod te maken.

52. Tot slot nog enkele opmerkingen over de rechtstreekse werking van artikel 90. Mijns inziens moet lid 1 van deze bepaling rechtstreekse werking hebben, voor zover het Lid-Staten verbiedt maatregelen te nemen of te handhaven die in strijd zijn met een regel die zelf rechtstreekse werking heeft (zie Wyatt en Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, tweede druk, blz. 524).

53. Het Hof heeft een enkele keer verklaard, dat artikel 90, lid 2, geen rechtstreekse werking kan hebben, onder meer omdat de volgende alinea de Commissie met betrekking tot de toepassing van artikel 90 een beoordelingsbevoegdheid verleent (zie met name zaak 10/71, Müller, Jurispr. 1971, blz. 723). Uit de latere rechtspraak van het Hof blijkt evenwel duidelijk, dat het Hof de rechtstreekse werking van artikel 90, lid 2, enkel heeft willen uitsluiten voor zover het de in deze bepaling voorziene gedeeltelijke afwijking van de gewone regels van het Verdrag ten gunste van bepaalde ondernemingen betreft (zie zaken 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409; 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage, Jurispr. 1983, blz. 555, en 66/86, Ahmeed Saeed, Jurispr. 1989, blz. 803). Voor zover artikel 90, lid 2, bevestigt, dat de betrokken ondernemingen in beginsel onder regels als artikel 86 vallen, is het duidelijk dat het niet aan toepassing van die regels door de nationale rechter in de weg kan staan, met name wanneer er geen enkele twijfel over bestaat dat die toepassing de vervulling van de aan de betrokken onderneming toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

54. Bij gevolg ben ik van mening, dat de door het Oberlandesgericht München gestelde vragen moeten worden beantwoord als volgt:

„1) De activiteiten van een onderneming die werkzoekenden in contact brengen met potentiële werkgevers, zijn te beschouwen als diensten in de zin van artikel 60, eerste alinea, EEG-Verdrag.

2) Het beroep dat met het oog op de verrichting van dergelijke diensten kan worden gedaan op de artikelen 59 en volgende EEG-Verdrag, kan niet worden uitgesloten op grond dat de betrokken activiteiten onder de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 55 EEG-Verdrag vallen.

3) Wanneer ingevolge de wettelijke regeling van een Lid-Staat de arbeidsbemiddeling tot een staatsmonopolie is gemaakt en de verrichting van bemiddelingsactiviteiten door particuliere ondernemingen is verboden, kan een in die Lid-Staat gevestigde onderneming niet aan de artikelen 7 en 59 EEG-Verdrag het recht ontlenen, te bemiddelen tussen onderdanen en ondernemingen van die Lid-Staat, die op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd zijn.

4) Wanneer een dergelijk wettelijk staatsmonopolie bestaat en het orgaan waaraan het uitsluitend recht is toegekend, kennelijk niet aan de vraag naar de betrokken diensten voldoet, kan er gelet op artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag sprake zijn van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, voor zover daardoor de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed.

5) Onder dergelijke omstandigheden verzet artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag zich tegen de toepassing van bepalingen van nationaal recht die tot gevolg zouden hebben, dat het andere personen is verboden dergelijke diensten te verrichten, zulks op straffe van nietigheid van de door hen gesloten overeenkomsten."