CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS apresentadas em 15 de Janeiro de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Este processo tem por objecto um pedido de decisão prejudicial dirigido ao Tribunal de Justiça pelo Oberlandesgericht München (República Federal da Alemanha). Este tribunal coloca diversas questões sobre a aplicabilidade de disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços e às regras de concorrência ao que constitui, aparentemente, uma situação puramente interna de um Estado-membro.

2. As recorrentes no processo principal são empresas alemãs de consultadoria em recrutamento estabelecidas na República Federal da Alemanha. A recorrida é uma sociedade de direito alemão com sede em Munique. As partes concluíram um contrato nos termos do qual as recorrentes deviam prestar assistência à recorrida no recrutamento de um director do serviço de vendas. As recorrentes apresentaram um candidato em seu entender idóneo, R. Dechert, cidadão alemão. A recorrida decidiu no entanto não recrutar R. Dechert, recusando pagar os honorários estipulados no contrato às recorrentes, que intentaram então uma acção perante os tribunais alemães. Parece que as recorrentes não podem obter ganho de causa com base no direito alemão, dado que o contrato é nulo; na República Federal da Alemanha, o Bundesanstalt für Arbeit, organismo do Estado, tem o monopólio dos serviços de recrutamento, e as agências de recrutamento privadas são proibidas nos termos de uma convenção da Organização Internacional do Trabalho. As recorrentes alegam que a legislação alemã que proíbe os serviços de recrutamento privados é contrária a determinadas disposições do direito comunitário, designadamente aos artigos 59.° e 86.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia. O Oberlandesgericht München solicitou uma decisão a título prejudicial sobre as seguintes questões:

«1) A mediação de empresas de consultadoria sobre questões de pessoal no recrutamento de quadros directivos do sector empresarial constitui uma prestação de serviços, na acepção do primeiro parágrafo do artigo 60.° do Tratado CEE, e está relacionada com o exercício de autoridade pública, na acepção dos artigos 66.° e 55.° do Tratado CEE?

2) A proibição absoluta da mediação de empresas alemãs de consultadoria sobre questões de pessoal no recrutamento de quadros directivos, estabelecida pelos artigos 4.° e 13.° da AFG, constitui uma disposição laboral justificada pelo interesse geral ou um monopólio justificado por razões de ordem pública e de segurança pública (artigos 66.° e 56.°, n.° 1, do Tratado CEE)?

* Língua original: inglês.

3) Uma empresa alemã de consultadoria sobre questões de pessoal pode invocar os artigos 7.° e 59.° do Tratado CEE para exercer a mediação no recrutamento de nacionais alemães para empresas alemãs?

4) Atendendo ao disposto no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado CEE, o Bundesanstalt für Arbeit (serviço federal de emprego) está submetido, ao servir de intermediário no recrutamento de quadros directivos, às disposições do Tratado CEE e, em especial, ao seu artigo 59.°? A exclusividade dessa mediação constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, na acepção do artigo 86.° do Tratado CEE?»

Antecedentes do processo

a) *Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT)*

3. Para responder a estas questões convém, antes de mais, analisar os antecedentes do processo. A legislação alemã que confere um monopólio de recrutamento ao Bundesanstalt für Arbeit (a seguir «Bundesanstalt») e proíbe os serviços de recrutamento privados tem a sua origem no direito internacional. A convenção sobre a organização do serviço de emprego de 1948 (convenção n.° 88 da OIT; International Labour Convention and Recommendations, 1919-1981, p. 93) obriga cada Estado-membro da OIT no qual esteja em vigor a manter ou procurar que seja mantido um serviço público e gratuito de emprego (artigo 1.°, n.° 1). A função essencial do serviço de emprego é «a de realizar, em cooperação, se for caso disso, com outros organismos públicos e privados interessados, a melhor organização possível do mercado de emprego como parte integrante do programa nacional tendente a assegurar a manter o pleno emprego, assim como a desenvolver e a utilizar os recursos produtivos» (artigo 1.°, n.° 2).

4. A convenção relativa às agências de colocação não gratuitas (revista) de 1949 (convenção n.° 96 da OIT; International Labour Convention and Recommendations, 1919-1981, p. 102) permite aos membros que a ratifiquem a opção entre aceitar as disposições da parte II, que prevêem a supressão progressiva das agências de colocação não gratuita com fins lucrativos, quer as da parte III, que prevêem a regulamentação dessas mesmas agências, incluindo as com fins lucrativos. O artigo 5.° da convenção, que pertence à parte II, estabelece que derrogações à regra que impõe a eliminação das agências em questão serão concedidas excepcionalmente pela «autoridade competente relativamente a categorias de pessoas, definidas de forma precisa pela legislação nacional, cujo pedido de colocação não possa ser atendido convenientemente no âmbito do serviço público de emprego, mas somente após consulta, por meios apropriados, às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas».

5. A convenção n.° 96.° foi ratificada por todos os Estados-membros da Comunidade com excepção da Dinamarca e do Reino Unido. Note-se que a República Federal da Alemanha decidiu aceitar as disposições da parte II, e não as da parte III (lei de 15 de Abril de 1954, BGBl. 1954, Teil II, p. 456).

b) *Legislação nacional*

6. A Arbeitsförderungsgesetz (lei do fomento do emprego, a seguir «AFG») contém a maior parte da legislação nacional aplicável. Os principais objectivos da AFG consistem em garantir um elevado nível de emprego, melhorar a estrutura do mercado de emprego e promover assim o crescimento económico (artigo 1.°). A realização destes objectivos é confiada ao Bundesanstalt (artigo 3.°). Nos termos do artigo 4.°, a actividade de mediação na colocação apenas pode ser exercida pelo Bundesanstalt, sem prejuízo do disposto nos artigos 18.°, n.° 1, segunda parte, e 23.°, n.° 1. A noção de mediação em matéria de colocação é definida no artigo 13.°, n.° 1; considera-se como tal qualquer actividade que tenha em vista pôr em contacto os candidatos a emprego com os eventuais empregadores, com vista à celebração de contratos de trabalho.

7. O artigo 18.° estabelece o seguinte:

«1. O recrutamento e a mediação na colocação de trabalhador por conta de outrem no estrangeiro, bem como o recrutamento no estrangeiro e a colocação em emprego na Alemanha, constituem actividades reservadas ao Bundesanstalt. Outras instituições ou pessoas podem exercer tais actividades, desde que tenham obtido, em cada caso concreto, uma autorização prévia do Bundesanstalt, na medida em que não tenham sido especialmente mandatadas, nos termos do artigo 23.°, n.° 1, segunda parte. O Bundasanstalt decidirá tendo em conta os legítimos interesses dos trabalhadores alemães e da economia alemã, à luz da situação no mercado laboral...

2. Não poderão ser violadas as normas adoptadas pelas Comunidades Europeias.

...»

8. O artigo 23.°, n.° 1, estabelece o seguinte:

«Em casos excepcionais, o Bundesanstalt pode, a pedido e após consulta dos organismos representativos dos trabalhadores e empregadores interessados, encarregar instituições ou pessoas do recrutamento relativamente a determinadas profissões ou categorias de pessoas, quando tal seja conveniente. O recrutamento e a colocação num emprego estrangeiro, na qualidade de assalariado, bem como o recrutamento no estrangeiro e a colocação num lugar de assalariado na Alemanha, apenas são possíveis com base num mandato especial concedido pelo Bundesanstalt, sem prejuízo do disposto no artigo 18.°, n.° 1.»

9. O artigo 23.°, ao contrário do artigo 18.°, não contém qualquer reserva respeitante ao direito comunitário.

10. O Bundesanstalt presta os seus serviços em princípio a título gratuito. Em caso de despesas excessivas, pode aplicar uma taxa ao empregador (artigo 21.°). O Bundesanstalt é financiado por cotizações cobradas aos empregadores e trabalhadores (artigo 167.°).

11. Quem exercer actividades de mediação em matéria de emprego sem ter recebido correspondente mandato do Bundesanstalt, nos termos do artigo 23.°, comete uma infracção passível de multa até 30 000 DM (artigo 228.°). Quem agenciar emprego para um trabalhador no estrangeiro ou recrutar ou colocar um trabalhador no estrangeiro num emprego na Alemanha sem a autorização prévia prevista no artigo 18.°, ou sem disso ser encarregado pelo Bundesanstalt, nos termos do artigo 23.°, comete um delito passível de prisão até três anos ou de multa (artigo 227.°).

12. Nos termos do artigo 134.° do Código Civil alemão, é nulo qualquer acto jurídico que viole uma proibição legal. A decisão de reenvio cita diversos acórdãos do Bundesgerichtshof nos termos dos quais esta disposição implica a nulidade de qualquer contrato de mediação de emprego que viole as disposições da AFG.

13. A compatibilidade do monopólio do Bundesanstalt com o direito constitucional alemão não deixou de suscitar reparos. Designadamente, alegou-se, num processo que decorreu no Bundesverfassungsgericht em 1967, que o monopólio era contrário ao artigo 12.°, n.° 1, da Lei Fundamental que confere a todos os alemães o direito de escolherem livremente a respectiva profissão, emprego e lugar de formação. Por acórdão de 4 de Abril de 1967 (BVerfGE, volume 21, p. 245), o Bundesverfassungsgericht decidiu que o monopólio não era incompatível com a Grundgesetz. Segundo Bundesverfassungsgericht, ainda que o monopólio viole o direito de os cidadãos escolherem livremente a sua profissão ou emprego, justifica-se pelo interesse geral, dados os abusos verificados no passado e devido ao facto de as necessidades globais do mercado de trabalho poderem ser satisfeitas de forma mais eficaz através de um único organismo que mediante várias empresas. O Bundesverfassungsgericht analisou uma outra questão, a de saber se o monopólio se justificava igualmente no que respeita ao recrutamento de quadros e dirigentes de empresas, tendo em conta as características específicas deste sector. Concluiu que o legislador não era obrigado a excluir o recrutamento de quadros e dirigentes de empresas do monopólio, dado que a eficácia deste último sairia afectada se fosse quebrado. Além disso, era difícil, se não impossível, estabelecer uma distinção na prática entre as diferentes profissões e categorias de empregados.

c) *A situação de facto no sector do recrutamento de quadros e dirigentes de empresas*

14. Durante os anos 50, parecia (segundo a Comissão) que existia um mercado autónomo para o recrutamento de quadros de empresa. Em consequência, empresas, actuando na qualidade de «consultores em matéria de recrutamento», iniciaram a sua actividade no sector do recrutamento de quadros e dirigentes de empresas. O Bundesanstalt reagiu a esta evolução de duas formas:

i) Em 1954, o Bundesanstalt criou um serviço especial encarregado do recrutamento de quadros e dirigentes, bem como de outras categorias de pessoal altamente qualificado (*Kommentar zum AFG*, de A. Knigge, J. V. Ketelsen, D. Marschall e A. Wittrock, segunda edição, n.° 5 relativo ao artigo 189.°, p. 1427). De acordo com as observações da Comissão, a missão deste serviço con-

sistia em fornecer pessoal altamente qualificado a grandes empresas. É sabido que o serviço em questão não tem possibilidade de satisfazer integralmente a procura de assistência no recrutamento de quadros e dirigentes de empresas. De acordo com os elementos de informação fornecidos pela Comissão, aquele serviço apenas serve de intermediário no preenchimento de cerca de 28 % dos lugares de quadros e dirigentes de empresas declarados vagos no mercado livre de emprego alemão. Em consequência, as empresas de consultadoria em recrutamento subsistem e continuam activas na colocação de quadros e dirigentes de empresas, apesar das restrições impostas; segundo os recorrente no processo principal, existem entre 700 e 800 empresas de consultadoria de recrutamento que realizam um volume de negócios global de 750 000 milhões a 1 200 milhões de DM por ano.

ii) Em 1957, o Bundesanstalt publicou uma circular em que se declarava disposto a permitir às empresas de consultadoria o exercício de actividades de recrutamento de dirigentes de empresas. Uma versão da circular datada de 1970, anexa às observações da Comissão, enuncia os termos de uma convenção (entre o Bundesanstalt, o ministro federal do Trabalho e duas federações profissionais que representam os patrões alemães e as empresas de consultadoria de recrutamento alemãs) relativa aos «princípios caracterizadores das actividades de consultadoria em matéria de pessoal e de mediação no recrutamento para lugares de quadros e dirigentes de empresas». Parte-se do princípio de que a convenção constitui uma interpretação das disposições aplicáveis da AFG. Começa por definir a noção de «quadros e dirigentes de empresas» (Führungskräfte der Wirtschaft): considera-se como quadro a pessoa que ocupa, em resultado de uma relação especial de confiança com o empregador, um lugar-chave, importante para a existência e o desenvolvimento da empresa pelo facto de exercer funções patronais importantes ou um trabalho altamente qualificado relacionado com a programação, o controlo, os projectos, a investigação ou a actividade de consultor, essencialmente com base em iniciativa própria e com elevado grau de responsabilidade (ponto 1.1.1. da circular).

15. A convenção estabelece em seguida uma distinção entre a consultadoria de recrutamento, actividade que as empresas privadas podem exercer, e a mediação na obtenção de emprego, reservada ao Bundesanstalt. A mediação na obtenção de emprego é definida como no artigo 13.°, n.° 1, da AFG. A consultadoria de recrutamento é definida como a actividade que tem lugar quando a empresa de consultadoria, no quadro de um contrato de consultadoria, participa igualmente na procura e na selecção de quadros e dirigentes de empresas com vista ao provimento de lugares vagos (ponto 1. 2.). Uma empresa de consultadoria mandatada por uma empresa para cooperar no provimento de lugares vagos de quadros ou dirigentes pode publicar, em nome dessa empresa, anúncios em jornais diários ou periódicos (ponto 2.1.). O ponto 2.2 prevê que uma empresa de consultadoria de recrutamento não pode, designadamente:

— participar no recrutamento de pessoas que não sejam quadros ou dirigentes;

— participar no recrutamento sem ter sido mandatada por uma empresa no caso concreto;

— publicar, em seu próprio nome, anúncios destinados a quadros ou dirigentes de empresas ou a empresas;

— propor para outros lugares vagos candidatos que a contactaram para um determinado lugar;

— manter um ficheiro de candidatos;

— publicar listas de candidatos ou de lugares vagos;

— conservar documentos enviados pelos candidatos após ter sido provida a vaga em questão;

— exigir ou aceitar comissões dos candidatos.

16. A convenção prevê, por último, determinadas formas de cooperação entre as empresas de consultadoria de recrutamento e o serviço de colocação profissional do próprio Bundesanstalt.

17. Embora a convenção referida na circular do Bundesanstalt seja apresentada como uma «interpretação» da AFG, é evidente que visa de facto estabelecer derrogações a esta lei, autorizando empresas de consultadoria de recrutamento a levar a cabo determinadas actividades que parecem constituir uma colocação, nos termos do artigo 13.°, n.° 1, da AFG, sendo portanto reservadas exclusivamente ao Bundesanstalt, nos termos do artigo 4.° da referida lei. No entanto, a circular em nada altera o facto de tais actividades, quando exercidas por empresas privadas, serem ilegais, e os contratos concluídos para o efeito serem nulos. Donde resulta que as agências de colocação de quadros e dirigentes de empresas se encontram numa situação perfeitamente anormal: se as suas actividades são publicamente toleradas pelas autoridades de modo a não correrem o risco de sofrerem sanções penais ou administrativas, são no entanto ilegais, de modo que não podem invocar os contratos correspondentes perante os tribunais.

Questão 1

18. No caso em apreço, apenas será necessário responder às questões 1 e 2 se for afirmativa a resposta à questão 3. No entanto, dado que os pontos levantados na questão 1 são relativamente claros e podem ser decididos com base na actual jurisprudência do Tribunal de Justiça, abordá-los-ei directamente.

Primeira parte da questão

19. A primeira parte da questão 1 visa apurar se a colocação de quadros e dirigentes de empresas por empresas de consultadoria de recrutamento constitui um serviço na acepção do artigo 60.°, primeiro parágrafo, do Tratado. Esta disposição dá a seguinte definição de serviços:

«Para efeitos do disposto no presente Tratado, consideram-se "serviços" as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas.»

20. Não há dúvida de que a colocação de quadros e dirigentes por empresas de consultadoria de recrutamento ou de agências de colocação é abrangida pela referida definição de serviço. De facto, nenhuma das partes no caso em apreço contesta este ponto. O único argumento susceptível de ser invocado contra esta conclusão é o de que, na Alemanha, o serviço em questão é normalmente prestado a título gratuito por um organismo do Estado. Mas isto em nada altera o facto de o serviço ser igualmente prestado por empresas privadas (tanto nos outros Estados-membros, como na Alemanha, na medida em que o Bundesanstalt não procura impor o seu monopólio), e de estas serem normalmente remuneradas pelos seus serviços. De qualquer modo, ressalta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os serviços prestados pelas agências de colocação remuneradas são abrangidas pela noção de «serviços» dada no artigo 60.°, primeiro parágrafo: ver os processos apensos 110/78 e 111/78, Van Wesemael (Recueil 1979, p. 35), e processo 279/80, Webb (Recueil 1981, p. 3305).

Segunda parte da questão

21. A segunda parte da questão 1 visa apurar se a colocação de quadros e dirigentes de empresas está ligada ao exercício da autoridade pública, na acepção do artigo 55.° do Tratado, em conjugação com o artigo 66.°.

22. Não vejo como seria possível invocar o artigo 55.° em relação à colocação profissional. Enquanto excepção a uma regra fundamental do Tratado, o artigo 55.° deve ser interpretado restritivamente: ver processo 2/74, Reyners/Bélgica, n.° 43 (Recueil 1974, p. 631). A noção de «autoridade pública» foi definida, no mesmo processo, pelo advogado-geral Mayras nos seguintes termos (p. 664):

«A autoridade pública é a que resulta da soberania e autoridade do Estado; implica, para quem a exerce, a faculdade de utilizar prorrogativas alheias ao direito comum, privilégios de autoridade pública e poderes de coerção sobre os cidadãos.»

23. É duvidoso que mesmo o Bundesanstalt exerça no desempenho das suas funções legais uma autoridade pública no referido sentido quando as empresas privadas não exerceriam certamente qualquer autoridade pública se fossem autorizadas a exercer actividades de colocação profissional. Os próprios recorrentes não exercem poderes de autoridade pública, nem o faria uma empresa estabelecida num outro Estado-membro se usasse o seu alegado direito à livre prestação de serviços nos termos do artigo 59.° Em consequência, se a regra geral do artigo 59.° autoriza determinadas empresas a levarem a cabo actividades de colocação profissional na Alemanha, estas não podem ser privadas desse direito em virtude da excepção estabelecida pelo artigo 55.°

24. Ainda que, a propósito do artigo 55.°, exista um outro aspecto que merece ser invocado, não está directamente em causa no presente caso. Quando o Bundesanstalt autoriza outras pessoas a levar a cabo actividades de colocação profissional, nos termos do artigo 23.° da AFG, trata-se, em direito alemão, de uma delegação de poderes de autoridade pública (*Delegation hoheitlicher Befugnisse*): ver Gagel, *Arbeitsförderungsgesetz-Kommentar*, n.° 13, sobre o artigo 23.° No entanto, não penso que isso seja sufi-

ciente para autorizar o Bundesanstalt a invocar a reserva enunciada no artigo 55.°, recusando assim considerar a concessão de uma autorização a uma empresa de outro Estado-membro. Digo isto porque uma empresa privada que actua ao abrigo de tal autorização não exerce qualquer prorrogativa especial em relação ao público. Em consequência, na medida em que o Bundesanstalt aplique o artigo 23.°, deve fazê-lo de forma não discriminatória.

Questão 2

25. A questão 2 levanta vários problemas que são complexos e novos. Proponho, assim, analisar primeiro a questão 3, e voltar à questão 2 apenas se necessário em função da resposta dada à questão 3.

Questão 3

26. Esta questão visa apurar se uma sociedade alemã de consultadoria de recrutamento pode invocar os artigos 7.° e 59.° do Tratado CEE em relação à colocação de cidadãos alemães em empresas alemãs.

27. É necessário analisar antes de mais se os artigos 59.° e seguintes do Tratado podem ser, de alguma forma, aplicáveis a uma situação puramente interna de um Estado-membro. A letra dos artigos 59.° e 60.° não fornece certamente qualquer elemento que permita pensar que um cidadão alemão estabelecido na Alemanha pode invocar estas disposições a fim de reivindicar o direito de exercer neste país uma actividade proibida pela legislação alemã. O artigo 59.°, primeiro parágrafo, impõe a supressão das restrições à livre prestação de serviços «em relação aos nacionais dos Estados-membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação». O artigo 60.°, terceiro parágrafo, prevê que o prestador de serviços pode «exercer, a título temporário, a sua actividade no Estado onde a prestação é realizada, nas mesmas condições que esse Estado impõe aos seus próprios nacionais». É difícil ver como podem estas disposições ser invocadas nas circunstâncias do presente caso. Pode ver-se no processo 115/78, Knoors/Secretário de Estado dos Assuntos Económicos (Recueil 1979, p. 399), que o Tribunal de Justiça declarou que as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços «não podem ser aplicadas a situações puramente internas de um Estado-membro».

28. Os recorrentes no processo principal tentam superar este obstáculo alegando que o artigo 59.° autoriza as agências de colocação profissional estabelecidas noutro Estado-membro a realizarem prestações na Alemanha e que tal possibilidade deve ser alargada às empresas alemãs, de acordo com a regra enunciada no artigo 7.°, que proíbe qualquer discriminação em razão da nacionalidade.

29. É certo que podem existir circunstâncias em que uma empresa estabelecida num Estado-membro pode invocar o artigo 59.° a fim de reivindicar o direito de realizar uma prestação num outro Estado-membro, mesmo que a actividade em questão esteja sujeita a um monopólio de Estado neste outro Estado-membro. O advogado-geral Warner, nas conclusões apresentadas no processo 52/79, Procureur du Roi/Debauve (Recueil 1980, p. 833, 872), sugeriu que, quando um determinado serviço tenha sido sujeito a monopólio de Estado, a consequente proibição de os particulares prestarem o mesmo serviço não abrange necessariamente as pessoas estabelecidas noutros

Estados-membros. Isto todavia não significa que as empresas estabelecidas num Estado-membro em que o monopólio foi criado possam violar uma proibição imposta pela legislação nacional e prestar o serviço sujeito a monopólio. De outro modo, nenhuma actividade de prestação de serviços podia ser sujeita a um monopólio de Estado; ora, resulta do disposto nos artigos 90.° e 222.° do Tratado que os Estados-membros mantêm a faculdade de estabelecer tais monopólios.

30. Não vejo como o exposto no artigo 7.° do Tratado poderia prejudicar a referida conclusão. Note-se que o artigo 7.° visa, principalmente, uma «discriminação em razão da nacionalidade» e não uma discriminação baseada no lugar do estabelecimento de uma pessoa. É certo que este último tipo de discriminação pode ser abrangido pelo artigo 7.°, se for aplicável. Mas este apenas o é «no âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais». O artigo 59.° constitui, em relação ao artigo 7.°, uma norma especial. Os artigos 59.° e seguintes podem ser considerados disposições que, no domínio da livre prestação de serviços, concretizam o princípio da discriminação consagrado no artigo 7.°, mas fazem-no de acordo com as suas próprias regras, entre as quais as contidas no artigo 60.°, terceiro parágrafo. Se a legislação nacional é compatível com as regras especiais dos artigos 59.° e seguintes, também o é com o artigo 7.°: ver processo 90/76, Van Ameyde/UCI, n.° 27 (Recueil 1977, p. 1091, 1126). No entanto, o artigo 59.° visa apenas as prestações de serviços internacionais, consistindo o seu objectivo principal em garantir que as empresas estabelecidas num Estado-membro possam realizar prestações de serviços noutro Estado-membro. Este objectivo não é de modo algum contrariado por uma lei alemã que proíba às empresas estabelecidas na Alemanha a realização, na Alemanha, de determinadas prestações a empresas alemãs.

31. Em consequência, a questão 3 deve ser respondida negativamente. Considero assim desnecessário analisar a questão 2.

Questão 4

32. A questão 4 visa fundamentalmente apurar se, tendo em conta o artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, o Bundesanstalt está sujeito às regras deste, designadamente ao artigo 59.° e às regras da concorrência, e se a extensão do monopólio do Bundesanstalt ao sector da colocação profissional de quadros e dirigentes de empresas, bem como a manutenção em vigor de uma legislação que implica a nulidade dos contratos celebrados por agências de colocação profissional privadas são contrários a estas regras.

33. O artigo 90.° tem o seguinte teor:

«1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 7.° e 85.° a 94.°, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente

Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. ...»

34. Deve notar-se que a questão 4 apenas se refere expressamente ao n.° 2 do artigo 90.°. O n.° 1 não é referido na decisão de reenvio. As alegações escritas e a discussão oral concentraram-se sobre o n.° 2, ainda que o n.° 1 tenha sido aflorado. Considero, no entanto, que ressalta dos antecedentes do processo que o Oberlandesgericht pretende obter esclarecimentos sobre as implicações, para o presente caso, do artigo 90.° no seu conjunto. De qualquer modo, a ligação entre os n.os 1 e 2 no caso em apreço é tal que não é possível analisá-los separadamente.

35. No que respeita aos efeitos do artigo 90.° conjugado com o artigo 59.°, não me parece que haja muito a dizer. No âmbito da análise da questão 3, já cheguei à conclusão de que o artigo 59.° não se opõe a que um Estado-membro estabeleça um monopólio de Estado para a prestação de determinados serviços e proíba as empresas estabelecidas nesse Estado-membro de nele efectuarem as prestações em questão. Se o artigo 59.° não pode por si só ter este efeito, não o pode ter em conjugação com o artigo 90.°, n.° 1, que apenas impõe aos Estados-membros a supressão, no que respeita às empresas públicas, das medidas contrárias ao disposto no Tratado, ou em conjugação como artigo 90.°, n.° 2, que se limita a submeter essas empresas ao disposto no Tratado.

36. A tese dos recorrentes no processo principal baseada nas regras da concorrência do Tratado é mais sólida. Articula-se em torno dos seguintes argumentos: o Bundesanstalt é «uma empresa pública», na acepção do artigo 90.°, n.° 1, e uma «empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral», na acepção do artigo 90.°, n.° 2. Enquanto tal, está sujeito às regras do Tratado, designadamente às de concorrência, na medida em que a aplicação destas não prejudica o cumprimento, de direito ou de facto, da missão especial que lhe foi atribuída. O cumprimento da missão do Bundesanstalt não é afectado se for obrigado a defrontar a concorrência de agências privadas no sector do recrutamento de quadros de empresas. O Bundesanstalt ocupa uma posição dominante no sector do recrutamento, dado que beneficia de um monopólio legal. Explorou de forma abusiva esta posição dominante, violando o artigo 86.° do Tratado. O abuso traduz-se no simples facto de o monopólio abranger actividades em relação às quais não se justifica no interesse geral o estabelecimento de um monopólio. Na medida em que, ao manter em vigor as disposições aplicáveis da AFG, a República Federal da Alemanha permitiu que tal abuso fosse cometido, violou o artigo 90.°, n.° 1, e o princípio geral em virtude do qual os Estados-membros se deverão abster de qualquer medida susceptível de eliminar o efeito útil das regras de concorrência comunitárias (ver o processo 13/77, GB-Inno/Atab, n.os 30 e 31, Recueil 1977, p. 2215).

37. A Comissão defende um ponto de vista semelhante, com a diferença de que, em seu entender, a exploração abusiva da posição dominante do Bundesanstalt reside no facto de não satisfazer a procura em relação a uma categoria de prestações (nomeadamente a colocação de quadros e dirigentes de empresas) em relação à qual dispõe de um monopólio.

38. As outras partes mal se pronunciaram a propósito do artigo 90.° A Macrotron, recorrida no processo principal, salienta apenas não ser possível verificar a violação dos artigo 96.° e 90.°, dado que a decisão de confiar um monopólio ao Bundesanstalt se baseou em considerações de ordem superior relacionadas com o interesse geral. O Governo alemão alega que a aplicação das regras de concorrência é de excluir no que respeita ao recrutamento, dado que todo o sector foi subtraído ao âmbito de aplicação da regulamentação da concorrência, na sequência da decisão de criar um monopólio de Estado a explorar no interesse geral, sem fins lucrativos.

39. Há que apurar um determinado número de aspectos para que possa ser acolhida a tese defendida pelos recorrentes e pela Comissão. Em meu entender, nenhum desses aspectos suscita grandes dificuldades, com excepção da questão-chave de saber se o Bundesanstalt abusou da sua posição dominante.

40. Não custa certamente aceitar que o Bundesanstalt, definido no artigo 189.° da AFG como «eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung», é uma «empresa pública», na acepção do artigo 90.°, n.° 1, e uma «empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral», na acepção do artigo 90.°, n.° 2. Nessa qualidade, e contrariamente ao ponto de vista do Governo alemão, está sujeito às regras de concorrência e às demais regras do Tratado, a não ser que se demonstre que a aplicação destas regras prejudicaria o desempenho da sua missão. As tarefas confiadas ao Bundesanstalt encontram-se enunciadas no artigo 3.° da AFG; a mais importante, no que respeita ao caso em apreço, é a da colocação profissional. Não pode pretender-se que obrigar o Bundesanstalt a suportar a concorrência de operadores privados no sector do recrutamento de quadros e dirigentes de empresas constitui um obstáculo ao desempenho desta tarefa ou de qualquer outra missão atribuída ao Bundesanstalt. O que se prova, como referiu a Comissão, pela circular em que o Bundesanstalt se declarou disposto a tolerar o exercício de determinadas actividades de colocação profissional por parte de empresas privadas, sob a forma de consultadoria em matéria de recrutamento.

41. Não levanta igualmente dúvidas que o Bundesanstalt detém uma posição dominante no mercado dos serviços de recrutamento, dado que a AFG lhe confere um monopólio legal que abrange o conjunto do mercado. Nestas condições, parece-me desnecessário analisar se o recrutamento de quadros e dirigentes de empresas constitui um mercado autónomo.

42. Saber se o Bundesanstalt explorou de forma abusiva a sua posição dominante e se tal exploração é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros é, em última análise, questão cuja decisão caberá ao tribunal nacional, à luz do conjunto das circunstâncias. O Tribunal de Justiça apenas pode prestar esclarecimentos relativamente a

elementos determinantes de direito comunitário.

43. Deve antes de mais salientar-se que o simples facto de ocupar uma posição dominante não constitui, por si só, uma exploração abusiva. Tomada à letra, a segunda parte da questão 4, que visa apurar se o monopólio de recrutamento de quadros e dirigentes de empresas constitui uma exploração abusiva, deve ser respondida pela negativa. Ainda que o Tribunal de Justiça tenha declarado que o facto de uma empresa em posição dominante reforçar esta posição ao adquirir o controlo de um concorrente pode constituir um abuso (processo 6/72, Europemballage e Continental Can/Comissão, Recueil 1973, p. 215), parece-me inconcebível que os artigos 86.° e 90.° possam ser interpretados no sentido de que existe abuso quando um Estado-membro confere um monopólio a uma empresa ou a um organismo público. Os recorrentes forçam, em meu entender, a letra do artigo 86.° quando afirmam que o simples facto de o monopólio se estender para além do necessário ao interesse geral constitui um abuso de posição dominante. Se esta análise fosse acolhida, isso significaria que o artigo 90.°, conjugado com o artigo 96.°, impõe uma limitação genérica ao poder dos Estados-membros de colocarem determinados sectores da economia sob controlo estatal; só poderia haver nacionalizações no caso de estas se justificarem pelo interesse geral. É certo que algumas constituições nacionais impõem tais limitações (por exemplo, o artigo 43.° da Constituição italiana e o artigo 128.° da Constituição espanhola). No entanto, o direito comunitário não contém qualquer disposição deste tipo. Pelo contrário, o artigo 222.° do Tratado estabelece que compete à lei nacional determinar em que medida os Estados-membros podem nacionalizar determinados sectores da economia.

44. Segundo a Comissão, pode existir um abuso quando a empresa pública que beneficia de um monopólio não satisfaz a procura correspondente ao serviço sujeito a monopólio. A Comissão observa que, durante bastantes anos, o Bundesanstalt foi incapaz de satisfazer a procura de serviços de recrutamento de quadros e dirigentes de empresas, como demonstra o facto de apenas fornecer candidatos para 28 % dos lugares vagos, bem como pelos próprios termos da sua circular em que renuncia ao monopólio no sector da colocação de quadros e dirigentes de empresas. O efeito combinado das disposições legislativas alemãs que proíbem as agências de colocação privadas e do comportamento do Bundesanstalt, que não satisfaz uma procura efectiva, traduz-se na limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico, na acepção do artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea b). A Comissão considera que a sua análise é confirmada pelo acórdão do Tribunal de Justiça no processo 238/87, Volvo/Veng (Colect. 1988, p. 6211). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 86.° pode obstar a que o titular de um modelo industrial relativo a peças de automóvel exerça o direito exclusivo caso abuse de uma posição dominante pondo termo à produção de peças sobresselente para um modelo de que existem ainda em circulação muitos exemplares. Note-se que o Tribunal de Justiça utilizou a mesma fórmula no processo 53/87, CICRA e outros/Renault (Colect. 1988, p. 6039), cujo acórdão foi proferido no mesmo dia.

45. Numerosos factores militam em favor da posição defendida pela Comissão. É

certo que pode parecer injusto qualificar de abusivo o comportamento do Bundesanstalt. Nada existe no processo que sugira que o Bundesanstalt se não tenha esforçado o mais que pôde para satisfazer a procura de assistência no recrutamento de dirigentes de empresas. Além disso, afrouxou deliberadamente o seu monopólio, declarando estar disposto a tolerar a concorrência de agentes privados (ainda que se possa dizer que podia ter usado mais amplamente os poderes que lhe são conferidos pelo artigo 23.° da AFG, que aparentemente foi aplicado em relação às agências de manequins e artistas). No entanto, o efeito combinado da legislação alemã e da não satisfação da procura pelo Bundesanstalt é os consumidores (isto é, os empregadores à procura de quadros ou os quadros candidatos a emprego) não beneficiarem da qualidade de serviço que têm o direito de exigir e que obteriam quase certamente se o sector em questão fosse sujeito ao regime de livre concorrência previsto no Tratado. O empregador ou o quadro que pretenda recorrer aos serviços de uma agência de colocação profissional corre assim o risco de se encontrar na situação do proprietário de um Volvo que não pode obter um novo elemento da carroçaria para o seu veículo porque o titular do modelo industrial correspondente a essas peças não autoriza ninguém a fazê-lo.

46. Ainda que a relação entre o presente caso e os da Volvo e da Renault seja à primeira vista remota, pode considerar-se que os acórdãos Volvo e Renault consagram um princípio geral nos termos do qual, quando uma legislação nacional confere um direito exclusivo a uma pessoa — quer sob a forma de patente, de modelo registado ou de um monopólio de prestação de certos serviços — e esta não fornece os bens ou os serviços abrangidos pelo direito exclusivo, esta falta pode ser considerada um abuso de posição dominante abrangido pela proibição enunciada no artigo 86.° na medida em que aquele abuso seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros. Esta proibição leva a que o direito exclusivo passe a não poder ser exercido.

47. Pode pensar-se que um caso como o presente não é abrangido pelo artigo 86.° no caso de a empresa em posição dominante não se ter abstido voluntariamente de prestar os serviços em questão. Pode estabelecer-se uma distinção entre o presente caso e o da recusa deliberada de prestação de serviços, único abrangido pela proibição enunciada no artigo 86.° No entanto, em meu entender, a noção de abuso, na acepção do artigo 86.°, não é tão restrita. Como referiu o Tribunal de Justiça, a noção de exploração abusiva é um conceito objectivo que visa o comportamento de uma empresa em posição dominante, aplicando-se o seu artigo 86.° quando, por exemplo, o comportamento em causa tem por efeito impedir a manutenção do nível da concorrência ainda existente no mercado e o desenvolvimento dessa concorrência: ver processo 85/76, Hoffmann-La Roche/Comissão (Recueil 1979, p. 461, 541). Enquanto conceito objectivo, o abuso pode existir independentemente de qualquer elemento de ilicitude imputável à empresa em posição dominante. Em consequência, considero que o artigo 86.° é aplicável a uma situação como a presente. Esta interpretação é corroborada pelos próprios objectivos do artigo 86.° que abrangem a protecção do consumidor contra as desvantagens que, de outro modo, poderiam resultar de um poder excessivo sobre o mercado; o artigo 86.° visa garantir, tanto quanto possível, que o comportamento

de uma empresa em posição dominante não venha a privar o consumidor das vantagens que podiam razoavelmente resultar do jogo normal das forças de mercado.

48. Quanto ao critério para determinar se o abuso é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, deve antes de mais observar-se que basta demonstrar a existência de um efeito potencial. Não é necessário, nos termos do artigo 86.°, provar que o comportamento abusivo afectou realmente o comércio entre os Estados-membros, mas apenas que tal comportamento pode ter esse efeito: ver processo 322/81, Michelin/Comissão (Recueil 1983, p. 3461). Em consequência, o artigo 86.° não deixa de aplicar-se pelo simples facto do processo em questão resultar de uma situação puramente interna.

49. Em segundo lugar, o monopólio de que aqui se trata apresenta certos elementos que podem justificar a conclusão de que o comércio entre os Estados-membros pode ser afectado. Suponhamos, por exemplo, que uma sociedade estabelecida em França pretende criar uma rede de distribuição na Alemanha, procurando para o efeito um quadro com bons conhecimentos do mercado alemão. O caminho a seguir naturalmente seria encarregar uma empresa alemã de consultadoria em matéria de recrutamento de encontrar o candidato indicado. Tal via não poderá, no entanto, ser seguida, se for aplicado o monopólio do Bundesanstalt. Em vez disso, a sociedade em questão será obrigada a recorrer aos serviços inadequados do Bundesanstalt ou a utilizar os seus próprios meios, dedicando-se à tarefa penível de publicar anúncios na emprensa estrangeira e seleccionar os candidatos estrangeiros, em relação aos quais poderá ter dificuldade em apreciar as habilitações literárias e outras qualificações. Em caso de recurso aos serviços do Bundesanstalt, que, por definição, deve ter um carácter nacional, este último organismo está em condições de satisfazer as exigências particulares de um cliente num outro Estado-membro? Num outro exemplo, suponhamos que uma sociedade alemã que exerce a sua actividade em todo o mercado comum deseja que o recrutamento dos seus quadros superiores seja efectuado a nível comunitário. Recorrerá naturalmente aos serviços de uma empresa de recrutamento alemã que possua agências noutros Estados-membros. Mas tal sociedade não pode existir se for aplicado o monopólio do Bundesanstalt. Além disso, é pouco provável que o Bundesanstalt tenha condições para prestar um serviço que requer uma perspectiva comunitária. Nestas condições, parece-me difícil escapar à conclusão de que, em caso de abuso resultante do monopólio do Bundesanstalt, tal abuso é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros.

50. Se o tribunal nacional chegar à conclusão de que se está perante um abuso de posição dominante e de que tal abuso é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, as consequências de tal conclusão no que respeita à aplicabilidade do contrato entre as partes no processo principal devem ser analisadas à luz do artigo 90.°, n.° 1. Na medida em que as disposições da legislação alemã que conferem um monopólio ao Bundesanstalt, proibindo a outras pessoas o exercício de actividades de recrutamento e tornando os respectivos contratos juridicamente inexequíveis, deram origem a um abuso de posição dominante, tais disposições devem ser consideradas contrárias às regras do Tratado, não podendo, nessa medida, ser mantidas em vigor. Os Estados-membros não podem, de qualquer

modo, adoptar ou manter em vigor medidas, mesmo de carácter legislativo, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas: ver, por exemplo, o processo 267/86, Van Eycke/ASPA, n.° 16 (Colect. 1988, p. 4769, 4791).

51. Não pode dizer-se que a convenção n.° 96 se opõe à alteração pelas autoridades alemãs das medidas em questão. É certo que o artigo 234.° do Tratado se destina a salvaguardar os efeitos das convenções internacionais concluídas antes da entrada em vigor do Tratado. No entanto, como observa a Comissão, o Governo alemão pode estabelecer, nos termos do artigo 5.° da convenção, mencionado no n.° 4, derrogações à proibição geral em relação a determinadas categorias de pessoas.

52. Por último, há que formular algumas observações a propósito do efeito directo do artigo 90.° O n.° 1 desta disposição deve, em meu entender, ter efeito directo na medida em que proíbe os Estados-membros de tomar ou manter em vigor qualquer medida contrária a uma regra que tem, ela própria, efeito directo: ver Wyatt e Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, segunda edição, p. 524.

53. O Tribunal de Justiça decidiu algumas vezes que o artigo 90.°, n.° 2, não pode ter efeito directo, designadamente porque o número seguinte confere um poder de apreciação à Comissão no que respeita à aplicação do artigo 90.°: ver, designadamente, o processo 10/71, Ministério Público luxemburguês/Müller (Recueil 1971, p. 723). No entanto, como ressalta da jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça, o facto de recusar efeito directo ao artigo 90.°, n.° 2, significa, na verdade, apenas que a derrogação parcial que este introduz às regras gerais do Tratado a favor de certas empresas não tem efeito directo: ver os processos 155/73, Sacchi (Recueil 1974, p. 409), 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage/Inter-Huiles (Recueil 1983, p. 555), e 66/86, Ahmeed Saeed e outros/ /Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Colect. 1989, p. 803). Na medida em que o artigo 90.°, n.° 2, confirma que as empresas em questão estão em princípio sujeitas a regras como a do artigo 86.°, é evidente que esta disposição não pode impedir o tribunal nacional de aplicar essas regras, sobretudo quando se encontra amplamente provado que a respectiva aplicação não prejudicará o cumprimento da missão específica atribuída à empresa em questão.

54. Em consequência, considero que as questões submetidas ao Tribunal de Justiça pelo Oberlandesgericht München devem ser respondidas da seguinte forma:

«1) As actividades de uma empresa que põe em contacto candidatos a emprego com eventuais empregadores constituem serviços, na acepção do artigo 60.°, primeiro parágrafo, do Tratado CEE.

2) Quem tiver o direito de invocar os artigos 59.° e seguintes do Tratado para prestação deste tipo de serviços não pode ser impedido de o fazer pelo facto de as actividades em questão estarem ligadas ao exercício da autoridade pública, na acepção do artigo 55.° do Tratado.

3) Quando a legislação de um Estado-membro estabelece o monopólio do Estado no sector do recrutamento e proíbe às empresas privadas o exercício de tais actividades, as empresas estabelecidas neste Estado-membro não podem invocar os artigos 7.° e 59.° do Tratado para exigirem a liberdade de recrutar, para empresas estabelecidas neste Estado-membro, pessoas nacionais deste mesmo Estado-membro e que residam no seu território.

4) Quando a legislação de um Estado-membro estabelece este tipo de monopólio e o organismo encarregado de o gerir não responde manifestamente à procura dos serviços em questão, tal falta pode, atento o disposto no artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, constituir um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado, na medida em que possa afectar o comércio entre os Estados-membros.

5) Nestas condições, o artigo 90.°, n.° 1, do Tratado obsta à aplicação de disposições do direito nacional que tenham por efeito proibir outras pessoas de prestar tais serviços e de as impedir de fazer cumprir os respectivos contratos.»