DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)
23. april 1991 *

I sag C-41/90,

angående en anmodning, som Oberlandesgericht München (Forbundsrepublikken Tyskland) i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag

Klaus Höfner og Fritz Elser

mod

Macrotron GmbH,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 7, 55, 56, 59, 86 og 90,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden G. F. Mancini, dommerne T. F. O'Higgins, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler og P. J. G. Kapteyn,

generaladvokat: F. G. Jacobs
fungerende justitssekretær: fuldmægtig V. Di Bucci,

efter at der er afgivet skriftlige indlæg af:

— Dr. K. Höfner og F. Elser ved advokat dr. Joachim Müller, München, og af professor i retsvidenskab ved Universitetet i Bayreuth Volker Emmerich

* Processprog: tysk.

— Macrotron ved advokat Holm Tippner, München

— den tyske regering ved Regierungsdirektor Ernst Röder, Økonomiministeriet, som befuldmægtiget

— Kommissionen ved juridisk konsulent Étienne Lasnet og ved dr. Bernhard Jansen, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der er afgivet mundtlige indlæg af Höfner, Elser, Macrotron GmbH, den tyske regering og Kommissionen i retsmødet den 13. november 1990,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 15. januar 1991,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 31. januar 1990, indgået til Domstolen den 14. februar s.å., har Oberlandesgericht München i henhold til EØF-Traktatens artikel 177 stillet fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 7, 55, 56, 59, 60, 66, 86 og 90.

2 Disse spørgsmål er blevet rejst under en tvist mellem Höfner og Elser, som er ansættelseskonsulenter, og Macrotron GmbH, et tysk selskab med hjemsted i München. Tvisten vedrører de honorarer, som Höfner og Elser har afkrævet selskabet i henhold til en kontrakt, ifølge hvilken de førstnævnte skulle bistå ved ansættelsen af en direktør i selskabets salgstjeneste.

3 Beskæftigelse er i Tyskland omfattet af Arbeitsförderungsgesetz (lov om fremme af beskæftigelse, herefter benævnt »AFG«). Ifølge lovens § 1 har de foranstaltninger, der træffes i henhold til AFG som led i forbundsregeringens økonomiske og sociale politik, til formål at opnå og opretholde et højt beskæftigelsesniveau, bestandigt at forbedre fordelingen af stillinger og således fremme økonomisk vækst. Ifølge artikel 3 overdrages gennemførelsen af dette generelle formål, som nærmere beskrives i artikel 2, til Bundesanstalt für Arbeit (Forbundskontoret for Beskæftigelse, herefter benævnt »BA«), hvis virksomhed i det væsentlige består i dels at bringe beskæftigelsessøgende i kontakt med arbejdsgivere og dels i at forvalte arbejdsløshedsydelser.

4 Den første af de nævnte virksomheder, som er defineret i AFG's § 13, udøves af BA med eneret, som er indrømmet BA i henhold til AFG § 4 (herefter benævnt »eneret til arbejdsanvisning«).

5 AFG's § 23 indeholder dog en mulighed for at fravige eneretten til arbejdsanvisning. BA kan nemlig i undtagelsestilfælde og efter høring af de pågældende arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer for visse fags vedkommende overdrage arbejdsanvisning til andre institutioner eller personer. Deres virksomhed er dog undergivet BA's kontrol.

6 Ifølge AFG's §§ 20 og 21 skal BA udøve sin eneret til arbejdsanvisning upartisk og gratis. AFG's kapitel 6, som vedrører de økonomiske midler, der gør det muligt for BA at udøve sin virksomhed på denne måde, bemyndiger i § 167 BA til at opkræve bidrag fra arbejdsgivere og arbejdstagere.

7 AFG's kapitel 8 indeholder bestemmelser om sanktioner og bøde. Dens § 228 bestemmer, at udøvelse af arbejdsanvisningsvirksomhed i strid med AFG's bestemmelser straffes med bøde.

8 Trods BA's eneret til arbejdsanvisning har der i Tyskland udviklet sig en særlig virksomhed med formidling og anvisning af virksomhedsledere. Denne virksomhed

udøves af ansættelseskonsulentfirmaer, som bistår virksomhederne i deres personalepolitik.

9 BA har reageret på denne udvikling på to måder. Den har for det første i 1954 besluttet at oprette et særligt kontor til anvisning af højt kvalificerede personer til ledelsesfunktioner i virksomheder. For det andet har det udsendt rundskrivelser, hvori det erklærede sig villig til som led i en aftale indgået mellem BA, forbundsarbejdsministeren og en række faglige organisationer at tolerere visse former for ansættelsesrådgivningsvirksomhed med hensyn til virksomhedsledere. Denne tolerante holdning afspejles ligeledes af, at BA ikke systematisk har indledt retsforfølgning i henhold til AFG's § 228 af ansættelseskonsulentfirmaer på grund af deres virksomhed.

10 Selv om ansættelseskonsulentfirmaers virksomhed således i et vist omfang tolereres af BA, står det dog fast, at enhver retshandel, som er i strid med et lovbestemt forbud, er ugyldig i henhold til § 134 i den tyske Bürgerliches Gesetzbuch, og at dette forbud ifølge de tyske domstoles praksis også omfatter arbejdsformidlingsvirksomhed, der udøves i strid med AFG's bestemmelser.

11 Tvisten i hovedsagen drejer sig om, hvorvidt en kontrakt om arbejdsformidling, som er indgået mellem Höfner og Elser på den ene side og Macrotron på den anden side, er forenelig med AFG's bestemmelser. I henhold til deres opgave ifølge kontrakten præsenterede Höfner og Elser selskabet Macrotron for en ansøger til stillingen som direktør for dets salgstjeneste. Det drejede sig om en tysk statsborger, som ifølge ansættelseskonsulenterne var fuldt ud egnet til at beklæde den pågældende stilling. Macrotron besluttede imidlertid ikke at ansætte denne ansøger og nægtede at betale de i kontrakten fastsatte honorarer.

12 Höfner og Elser indstævnede derefter Macrotron for Landgericht München I med påstand om betaling af de aftalte honorarer. Landgericht frifandt sagsøgte ved dom af 27. oktober 1987. Sagsøgerne appellerede denne dom til Oberlandesgericht München, som statuerede, at den omtvistede kontrakt var ugyldig i henhold til Bürgerliches Gesetzbuch § 134, fordi den var i strid med AFG's § 13. Denne rets-

instans fandt dog, at tvistens udfald til syvende og sidst afhang af fortolkningen af fællesskabsretten, og stillede derfor følgende præjudicielle spørgsmål:

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

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

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

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

13 Vedrørende de relevante retsregler og hovedsagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb og de skriftlige indlæg, der er indgivet for Domstolen, henvises i øvrigt til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

14 Med de tre første spørgsmål og den del af det fjerde spørgsmål, der vedrører Traktatens artikel 59, ønsker den forelæggende ret i det væsentlige at få oplyst, om Traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser er til hinder for et lovbestemt forbud mod, at private ansættelseskonsulentfirmaer formidler ansættelse af virksomhedsledere. Det fjerde spørgsmål angår hovedsagelig fortolknin-

gen af Traktatens artikel 86 og 90 med henblik på disse firmaers konkurrenceforhold til et offentligt arbejdsformidlingskontor, som har en eneret til arbejdsanvisning.

15 Det sidstnævnte spørgsmål rejser problemet om denne enerets omfang og dermed om det lovbestemte forbud mod formidling af virksomhedsledere gennem private selskaber som det, hovedsagen drejer sig om. Det vil derfor være at behandle først.

Fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 86 og 90

16 Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det monopol på formidling af virksomhedsledere, som er forbeholdt et offentligt arbejdsformidlingskontor, er misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 86, når henses til bestemmelserne i artikel 90, stk. 2. For hensigtsmæssigt at kunne besvare dette spørgsmål findes det nødvendigt også at undersøge denne eneret på baggrund af artikel 90, stk. 1, der omhandler de betingelser, som medlemsstaterne skal overholde, når de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder. De indlæg, der er indgivet for Domstolen, vedrører i øvrigt såvel stk. 1 som stk. 2 i Traktatens artikel 90.

17 Ifølge sagsøgerne i hovedsagen er et kontor som BA både en offentlig virksomhed som omhandlet i artikel 90, stk. 1, og en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse som omhandlet i Traktatens artikel 90, stk. 2. BA er derfor omfattet af konkurrencereglerne i det omfang, anvendelse af disse regler ikke umuliggør den særlige opgave, som er overdraget det, hvilket ikke er tilfældet her. Sagsøgerne i hovedsagen har ligeledes anført, at BA, som udstrakte sit lovbestemte monopol på arbejdsformidling til virksomhed, hvor monopolet ikke var berettiget af almene hensyn, handlede på en måde, der må anses for misbrug som omhandlet i Traktatens artikel 86. De mener desuden, at en medlemsstat, som har gjort et sådant misbrug muligt, har handlet i strid med artikel 90, stk. 1, og med det almindelige princip, hvorefter medlemsstaterne afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der kan berøve Fællesskabets konkurrenceregler deres tilsigtede virkning.

18 Kommissionen har fremført et andet synspunkt. Opretholdelse af et monopol på formidling af virksomhedsledere er efter dens opfattelse en tilsidesættelse af Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med dens artikel 86, når indehaveren af monopolet ikke er villig eller egnet til fuldt ud at varetage denne virksomhed i overensstemmelse med den efterspørgsel, som findes på markedet, og når denne adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

19 Sagsøgte i hovedsagen og den tyske regering mener derimod, at den virksomhed, der udøves af et arbejdsanvisningskontor, ikke længere henhører under konkurrencereglernes anvendelsesområde, når den udøves af et offentligt organ. Den tyske regering har i denne forbindelse anført, at et offentligt arbejdsformidlingskontor ikke kan betegnes som en virksomhed som omhandlet i Traktatens artikel 86, idet arbejdsformidlingen udføres gratis. Den omstændighed, at denne virksomhed hovedsaglig finansieres af bidrag fra arbejdsgivere og arbejdstagere, ændrer efter dens opfattelse intet i, at den er gratis, idet der er tale om almindelige bidrag, som ikke har nogen forbindelse med en konkret udført tjenesteydelse.

20 I betragtning af det anførte må det undersøges, om et offentligt arbejdsanvisningskontor som BA kan anses for en virksomhed i den i EØF-Traktatens artikel 85 og 86 forudsatte betydning.

21 Herved bemærkes, at inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning er en økonomisk virksomhed.

22 Den omstændighed, at arbejdsformidlingsvirksomhed normalt er overdraget offentlige kontorer, kan ikke påvirke denne virksomheds økonomiske karakter. Arbejdsformidlingsvirksomhed har ikke altid været og bliver ikke nødvendigvis udøvet af offentlige enheder. Denne konstatering gælder navnlig for formidling af virksomhedsledere.

23 Heraf følger, at en enhed som et offentligt arbejdsanvisningskontor, der udøver arbejdsformidlingsvirksomhed, kan betegnes som virksomhed med henblik på anvendelse af fællesskabskonkurrencereglerne.

24 Det bemærkes, at et offentligt arbejdsformidlingskontor, som i henhold til en medlemsstats lovgivning har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som f.eks. de i AFG § 3 omhandlede, i henhold til Traktatens artikel 90, stk. 2, fortsat er omfattet af konkurrencereglerne, når det ikke er påvist, at anvendelsen af disse bestemmelser er uforenelig med udøvelsen af dets opgave (jf. dom af 30.1.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 15).

25 Med hensyn til den adfærd, der udvises af et offentligt arbejdsformidlingskontor, som har en eneret til arbejdsformidling, i forhold til formidling af virksomhedsledere, som udøves af private ansættelseskonsulentfirmaer, bemærkes, at anvendelsen af Traktatens artikel 86 ikke er til hinder for opfyldelsen af den særlige opgave, der er overdraget dette kontor, når dette åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet, og faktisk tolererer, at disse firmaer gør indgreb i dets eneret.

26 Skønt artikel 86 omhandler virksomheder og inden for de i artikel 90, stk. 2, fastsatte grænser kan anvendes på offentlige virksomheder eller virksomheder, der har særlige eller eksklusive rettigheder, står det dog fast, at Traktaten pålægger medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse (jf. dom af 16.11.1977, sag 13/77, Inno, Sml. s. 2115, præmis 31 og 32). Artikel 90, stk. 1, bestemmer nemlig, at medlemsstaterne, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med Traktatens bestemmelser, navnlig med artikel 85-94.

27 Følgelig er enhver foranstaltning truffet af en medlemsstat, hvorved der opretholdes en lovbestemmelse, der skaber en situation, i hvilken et offentligt arbejdsformidlingskontor nødvendigvis foranlediges til at handle i strid med ordlyden af artikel 86, uforenelig med Traktatens bestemmelser.

28 I denne forbindelse bemærkes for det første, at en virksomhed, som har et lovbestemt monopol, kan anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i Traktatens artikel 86 (jf. dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, præmis 16), og at en medlemsstats område, som dette monopol omfatter, kan udgøre en væsentlig del af det fælles marked (jf. dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin, Sml. s. 3461, præmis 28).

29 Det bemærkes for det andet, at den blotte omstændighed, at der skabes en sådan dominerende stilling ved tildeling af en eneret som omhandlet i artikel 90, stk. 1, ikke i sig selv er uforenelig med Traktatens artikel 86 (jf. dom af 3.10.1985, CBEM, præmis 17). En medlemsstat overtræder nemlig kun forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af den eneret, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug.

30 Ifølge Traktatens artikel 86, stk. 2, litra b), kan et sådant misbrug især bestå i en begrænsning af ydelsen til skade for personer, der efterspørger den pågældende tjenesteydelse.

31 En medlemsstat skaber imidlertid en situation, i hvilken ydelsen er begrænset, når det organ, som den har indrømmet en eneret, som omfatter formidling af erhvervsledere, åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet for denne form for tjenesteydelser, og når private selskabers faktiske udøvelse af en sådan formidling umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne formidlingsvirksomhed og bestemmer, at kontrakter indgået som led heri er ugyldige.

32 For det tredje bemærkes, at det ansvar, der påhviler en medlemsstat i henhold til Traktatens artikel 86 og 90, stk. 1, kun pådrages, såfremt det pågældende kontors misbrug kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Denne betingelse er ikke kun opfyldt, hvis den adfærd, der må karakteriseres som et misbrug, faktisk har påvirket handelen. Det er tilstrækkeligt, at det bevises, at den omhandlede adfærd kan have en sådan virkning (jf. dom af 9.11.1983, Michelin, præmis 104).

33 En sådan potentiel virkning på samhandelen mellem medlemsstaterne består bl.a., når private selskabers virksomhed med formidling af virksomhedsledere kan omfatte andre medlemsstaters statsborgere eller områder.

34 På baggrund af samtlige de foregående betragtninger må det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares med, at et offentligt arbejdsformidlingskontor er omfattet af forbuddet i Traktatens artikel 86, i det omfang anvendelsen af denne bestemmelse ikke hindrer opfyldelsen af den særlige opgave, som er betroet det. Den medlemsstat, som har overdraget det en eneret til arbejdsformidling, tilsidesætter Traktatens artikel 90, stk. 1, når den skaber en situation, hvor det offentlige arbejdsformidlingskontor nødvendigvis foranlediges til at overtræde Traktatens artikel 86. Dette er navnlig tilfældet, når følgende betingelser er opfyldt:

— Eneretten omfatter formidling af virksomhedsledere.

— Det offentlige arbejdsformidlingskontor er åbenbart ikke i stand til at dække efterspørgslen på markedet for sådanne tjenesteydelser.

— Den faktiske udøvelse af arbejdsformidlingsvirksomhed, som udøves af private ansættelseskonsulentfirmaer, umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne form for virksomhed og bestemmer, at aftaler herom er ugyldige.

— Den pågældende arbejdsformidlingsvirksomhed kan udstrækkes til andre medlemsstaters statsborgere eller områder.

Fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 59

35 Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om et ansættelseskonsulentfirma i en medlemsstat kan påberåbe sig Traktatens artikel 7 og 59 med henblik på anvisning af arbejde til medlemsstatens statsborgere i virksomheder i samme stat.

36 Indledningsvis bemærkes, at Traktatens artikel 59 på området for fri udveksling af tjenesteydelser garanterer anvendelse af det princip, der er fastslået i Traktatens artikel 7. Heraf følger derfor, at når en lovgivning er forenelig med artikel 59, er den også forenelig med artikel 7 (jf. dom af 9.6.1977, sag 90/76, Van Ameyde, Sml. s. 1091, præmis 27).

37 Dernæst bemærkes, at ifølge fast retspraksis kan Traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser ikke anvendes på aktiviteter, hvis samtlige deres relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat, og at spørgsmålet, om dette er tilfældet, afhænger af konstateringer af faktiske forhold, som det tilkommer den nationale ret at foretage (jf. bl.a. dom af 18.3.1980, sag 52/79, Debauve, Sml. s. 833, præmis 9).

38 Det fremgår af sagens omstændigheder, således som de er fastslået af den nationale ret i dens forelæggelseskendelse, at hovedsagen vedrører en tvist mellem tyske ansættelseskonsulenter og en tysk virksomhed vedrørende ansættelse af en tysk statsborger.

39 En sådan situation har intet tilknytningsmoment til nogen af de situationer, der omhandles i fællesskabsretten. Dette kan ikke ændres af, at en kontrakt indgået mellem ansættelseskonsulenterne og virksomheden indeholder en teoretisk mulighed for, at der kan søges efter tyske ansøgere, som er bosat i andre medlemsstater, eller statsborgere i disse stater.

40 Det tredje spørgsmål vil derfor være at besvare med, at et ansættelseskonsulentfirma i en medlemsstat ikke kan påberåbe sig Traktatens artikel 7 og 59 med henblik på anvisning af arbejde til medlemsstatens statsborgere i virksomheder i samme stat.

41 Henset til denne besvarelse findes det unødvendigt at behandle de to første spørgsmål og den del af det fjerde spørgsmål, som går ud på, om Traktatens artikel 59 er til hinder for et lovbestemt forbud mod, at private ansættelseskonsulentfirmaer i en medlemsstat udøver formidling af virksomhedsledere.

Sagens omkostninger

42 De udgifter, der er afholdt af den tyske regering og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Oberlandesgericht München ved kendelse af 31. januar 1990, for ret:

1) **Et offentligt arbejdsformidlingskontor er omfattet af forbuddet i Traktatens artikel 86, i det omfang anvendelsen af denne bestemmelse ikke hindrer udøvelsen af den særlige opgave, som er tillagt det. Den medlemsstat, som har overdraget det en eneret til arbejdsformidling, tilsidesætter Traktatens artikel 90, stk. 1, når den skaber en situation, hvor det offentlige arbejdsformidlingskontor nødvendigvis foranlediges til at overtræde Traktatens artikel 86. Dette er navnlig tilfældet, når følgende betingelser er opfyldt:**

   — **Eneretten omfatter formidling af virksomhedsledere.**

   — **Det offentlige arbejdsformidlingskontor er åbenbart ikke i stand til at dække efterspørgslen på markedet for sådanne tjenesteydelser.**

   — **Den faktiske udøvelse af arbejdsformidlingsvirksomhed, som udøves af private ansættelseskonsulentfirmaer, umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne form for virksomhed og bestemmer, at aftaler herom er ugyldige.**

   — **Den pågældende arbejdsformidlingsvirksomhed kan udstrækkes til andre medlemsstaters statsborgere eller områder.**

2) Et ansættelseskonsulentfirma i en medlemsstat kan ikke påberåbe sig Traktatens artikel 7 og 59 med henblik på anvisning af arbejde til medlemsstatens statsborgere i virksomheder i samme stat.

Mancini O'Higgins

Kakouris Schockweiler Kapteyn

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. april 1991.

J.-G. Giraud
Justitssekretær

G. F. Mancini
Formand for Sjette Afdeling