

ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)
23 avril 1991 *

Dans l'affaire C-41/90,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par l'Oberlandesgericht München (République fédérale d'Allemagne) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Klaus Höfner et Fritz Elser, d'une part,

et

Macrotron GmbH, d'autre part,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 7, 55, 56, 59, 86 et 90 du traité CEE,

LA COUR (sixième chambre),

composée de MM. G. F. Mancini, président de chambre, T. F. O'Higgins, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler et P. J. G. Kapteyn, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs
greffier f. f.: M. V. Di Bucci, administrateur

considérant les observations écrites présentées:

— pour le D^r K. Höfner et M. F. Elser, par le D^r Joachim Müller, avocat au barreau de Munich, et par le P^r D^r Volker Emmerich, professeur de droit à l'université de Bayreuth,

* Langue de procédure: l'allemand.

- pour Macrotron, par M^e Holm Tippner, avocat au barreau de Munich,
- pour le gouvernement allemand, par le D^r Ernst Röder, Regierungsdirektor au ministère fédéral de l'Économie, en qualité d'agent,
- pour la Commission, par M. Étienne Lasnet, conseiller juridique, et par le D^r Bernhard Jansen, membre du service juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de M. Höfner, de M. Elser, de Macrotron GmbH, du gouvernement allemand et de la Commission, à l'audience du 13 novembre 1990,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 15 janvier 1991,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par ordonnance du 31 janvier 1990, parvenue à la Cour le 14 février suivant, l'Oberlandesgericht München a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, quatre questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 7, 55, 56, 59, 60, 66, 86 et 90 du traité CEE.
- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant MM. Höfner et Elser, conseils en recrutement, à Macrotron GmbH, société de droit allemand établie à Munich. Le litige porte sur les honoraires réclamés à cette société par Höfner et Elser, en vertu d'un contrat aux termes duquel ces derniers devaient l'assister pour le recrutement d'un directeur du service des ventes.

- 3 L'emploi est régi en Allemagne par l'Arbeitsförderungsgesetz (loi sur la promotion de l'emploi, ci-après « AFG »). Selon son article 1^{er}, les mesures prises conformément à l'AFG visent, dans le cadre de la politique économique et sociale du gouvernement fédéral, à réaliser et à maintenir un haut niveau d'emploi, à améliorer constamment la répartition des emplois et à promouvoir ainsi la croissance de l'économie. L'article 3 confie la réalisation de cet objectif général, élaboré à l'article 2, à la Bundesanstalt für Arbeit (Office fédéral pour l'emploi, ci-après « BA »), dont l'activité consiste essentiellement, d'une part, à mettre les demandeurs d'emploi en contact avec des employeurs et, d'autre part, à gérer les allocations de chômage.
- 4 La première des activités susmentionnées, définie à l'article 13 de l'AFG, est exercée par la BA au titre du droit exclusif qui lui a été conféré à cette fin, en vertu de l'article 4 de l'AFG (ci-après « droit exclusif de placement »).
- 5 L'article 23 de l'AFG prévoit, toutefois, une possibilité de dérogation au droit exclusif de placement. La BA peut, en effet, dans des cas exceptionnels et après consultation des associations de travailleurs et d'employeurs concernées, charger d'autres institutions ou personnes du placement relatif à certaines professions. Leurs activités restent cependant soumises au contrôle de la BA.
- 6 La BA exerce, selon les articles 20 et 21 de l'AFG, son droit exclusif de placement de façon impartiale et gratuite. Le sixième titre de l'AFG, qui a trait aux moyens financiers permettant à la BA d'exercer ses activités de cette façon, autorise, en son article 167, la BA à percevoir des contributions de la part des employeurs et des travailleurs.
- 7 Le huitième titre de l'AFG contient des dispositions en matière de sanction et d'amende. Son article 228 prévoit que toute activité de placement contraire aux dispositions de l'AFG est passible d'une amende.
- 8 Malgré l'existence du droit exclusif de placement de la BA, il s'est développé en Allemagne une activité spécifique de recrutement et de placement en ce qui

concerne des cadres et dirigeants d'entreprises. Cette activité est exercée par des conseils en recrutement qui assistent les entreprises en matière de politique du personnel.

- 9 La BA a réagi à ce développement de deux façons. Elle a, en premier lieu, décidé de créer en 1954 un bureau spécial chargé du placement de personnes hautement qualifiées dans des fonctions de direction au sein des entreprises. La BA a, en second lieu, publié des circulaires dans lesquelles elle s'est déclarée disposée à tolérer, dans le cadre d'une convention conclue entre la BA, le ministre fédéral du Travail et plusieurs fédérations professionnelles, certaines activités des conseils en recrutement pour ce qui concerne les cadres et dirigeants d'entreprises. Cette attitude de tolérance est également reflétée par le fait que la BA n'a pas engagé de façon systématique des poursuites judiciaires, au titre de l'article 228 de l'AFG, contre les conseils en recrutement en raison de leurs activités.
- 10 Si les activités de conseils en recrutement bénéficient ainsi d'une certaine tolérance de la part de la BA, il n'en demeure pas moins que tout acte juridique qui contrevient à une interdiction légale est nul en vertu de l'article 134 du code civil allemand et que, selon la jurisprudence des juridictions allemandes, cette interdiction s'applique aux activités de placement exercées en violation des règles de l'AFG.
- 11 Le litige au principal concerne la compatibilité du contrat de recrutement, conclu entre Höfner et Elser, d'une part, et Macrotron, d'autre part, avec les dispositions de l'AFG. En application de leur mission contractuelle, Höfner et Elser ont présenté à Macrotron un candidat pour la fonction de directeur du service des ventes. Il s'agissait d'un ressortissant allemand qui, selon les conseils en recrutement, convenait parfaitement pour occuper le poste en question. Macrotron a cependant décidé de ne pas embaucher ce candidat et a refusé de payer les honoraires stipulés dans le contrat.
- 12 Höfner et Elser ont alors assigné Macrotron devant le Landgericht München I aux fins d'obtenir les honoraires convenus. Le Landgericht a rejeté leur demande par jugement du 27 octobre 1987. Les intéressés ont fait appel de ce jugement devant l'Oberlandesgericht München, qui a considéré que le contrat litigieux était nul, en vertu de l'article 134 du code civil allemand, pour violation de l'article 13

de l'AFG. Cette juridiction a, toutefois, estimé que l'issue du litige dépendait en définitive de l'interprétation du droit communautaire et a, en conséquence, posé les questions préjudicielles suivantes:

- « 1) Le placement de cadres et de dirigeants d'entreprises par des sociétés de conseil en recrutement constitue-t-il un service au sens de l'article 60, premier alinéa, du traité CEE, et le placement de cadres et de dirigeants participe-t-il à l'exercice de l'autorité publique au sens des articles 66 et 55 du traité CEE?
 - 2) L'interdiction totale du placement des cadres et des dirigeants d'entreprises par les sociétés allemandes de conseil en recrutement, établie aux articles 4 et 13 de l'AFG, constitue-t-elle une réglementation professionnelle justifiée par l'intérêt général ou un monopole justifié par des raisons d'ordre public et de sécurité publique (articles 66 et 56, paragraphe 1, du traité CEE)?
 - 3) Une société allemande de conseil en recrutement peut-elle, pour le placement de ressortissants allemands auprès d'entreprises allemandes, invoquer les articles 7 et 59 du traité CEE?
 - 4) Compte tenu de l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE, l'Office fédéral pour l'emploi est-il lié par les dispositions du traité CEE, et en particulier par son article 59, pour le placement des cadres et des dirigeants d'entreprises, et le monopole du placement des cadres et des dirigeants d'entreprise constitue-t-il une exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, au sens de l'article 86 du traité CEE? »
- 13 Pour un plus ample exposé du cadre juridique et des antécédents du litige au principal, du déroulement de la procédure ainsi que des observations écrites déposées devant la Cour, il est renvoyé au rapport d'audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-après que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.
- 14 Par ses trois premières questions et la partie de sa quatrième question relative à l'article 59 du traité, la juridiction de renvoi cherche, en substance, à savoir si les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services s'opposent à une interdiction légale, pour les sociétés privées de conseil en recrutement, de placer des cadres et des dirigeants d'entreprises. La quatrième question vise essentielle-

ment l'interprétation des articles 86 et 90 du traité, eu égard aux relations concurrentielles qu'entretiennent ces sociétés avec un office public pour l'emploi bénéficiant d'un droit exclusif de placement.

- 15 Cette dernière question soulève le problème de l'étendue de ce droit exclusif et, partant, de l'interdiction légale de placement de cadres et de dirigeants par des sociétés privées, telles que celle visée en l'espèce au principal. Il convient donc de l'aborder en premier lieu.

Sur l'interprétation des articles 86 et 90 du traité CEE

- 16 Par sa quatrième question, le juge de renvoi demande plus précisément si le monopole du placement de cadres et de dirigeants réservé à un office public pour l'emploi constitue un abus de position dominante, au sens de l'article 86, compte tenu des dispositions de l'article 90, paragraphe 2. Afin de donner une réponse utile à cette question, il est nécessaire d'examiner ce droit exclusif également au regard de l'article 90, paragraphe 1, qui vise les conditions que les États membres doivent respecter lorsqu'ils accordent des droits exclusifs ou spéciaux. Les observations déposées devant la Cour portent d'ailleurs tant sur le paragraphe 1 que sur le paragraphe 2 de l'article 90 du traité.
- 17 Selon les parties demanderesses au principal, un office, tel que la BA, est tout à la fois une entreprise publique, au sens de l'article 90, paragraphe 1, et une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité. La BA serait, dès lors, soumise aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à la mission particulière qui lui a été impartie, ce qui ne serait pas le cas en l'occurrence. Les demanderesses au principal ont fait valoir également que la BA, qui étendait son monopole légal en matière de placement à des activités pour lesquelles l'établissement d'un monopole n'est pas justifié dans l'intérêt général, agissait d'une façon abusive, au sens de l'article 86 du traité. Elles ont estimé, en outre, qu'un État membre qui rendait un tel abus possible contrevenait à l'article 90, paragraphe 1, et au principe général en vertu duquel les États membres s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence communautaires.

- 18 La Commission a défendu un point de vue quelque peu différent. Le maintien d'un monopole de placement des cadres et dirigeants d'entreprises constitue, à son avis, une infraction aux dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et de l'article 86 du traité, lorsque le bénéficiaire du monopole n'est pas disposé ou apte à assurer intégralement cette activité, conformément à la demande qui existe sur le marché, et dès lors que ce comportement est de nature à affecter le commerce entre États membres.
- 19 La partie défenderesse au principal et le gouvernement allemand ont estimé, en revanche, que les activités d'un office pour l'emploi ne relevaient plus du champ d'application des règles de concurrence dès lors qu'elles étaient exercées par un organisme public. Le gouvernement allemand a précisé à cet égard qu'un office public pour l'emploi ne pouvait être qualifié d'entreprise, au sens de l'article 86 du traité, dans la mesure où les services de placement étaient fournis à titre gratuit. La circonstance que ces activités sont financées principalement par les contributions des employeurs et des travailleurs n'affecterait pas, à son avis, leur gratuité, car il s'agirait de contributions générales qui n'ont aucun lien avec chaque service concret rendu.
- 20 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de vérifier si un office public pour l'emploi, tel que la BA, peut être considéré comme une entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité CEE.
- 21 A cet égard, il y a lieu de préciser, dans le contexte du droit de la concurrence, que, d'une part, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et que, d'autre part, l'activité de placement est une activité économique.
- 22 La circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités. Les activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques. Cette constatation vaut, en particulier, pour les activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises.

- 23 Il s'ensuit qu'une entité, telle qu'un office public pour l'emploi exerçant des activités de placement, peut être qualifiée d'entreprise aux fins d'application des règles de concurrence communautaires.
- 24 Il y a lieu de préciser qu'un office public pour l'emploi, qui est chargé, en vertu de la législation d'un État membre, de la gestion de services d'intérêt économique général, tels que ceux prévus à l'article 3 de l'AFG, reste soumis aux règles de concurrence, conformément à l'article 90, paragraphe 2, du traité, tant qu'il n'est pas démontré que leur application est incompatible avec l'exercice de sa mission (voir arrêt du 30 janvier 1974, Sacchi, point 15, 155/73, Rec. p. 409).
- 25 Pour ce qui concerne le comportement d'un office public pour l'emploi, bénéficiant d'un droit exclusif en matière de placement, par rapport aux activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, exercées par des sociétés privées de conseil en recrutement, il convient de constater que l'application de l'article 86 du traité ne saurait faire échec à la mission particulière impartie à cet office, dès lors que celui-ci n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché à cet égard et qu'il tolère, en fait, une atteinte à son droit exclusif par ces sociétés.
- 26 S'il est vrai que l'article 86 vise les entreprises et peut être appliqué dans les limites prévues à l'article 90, paragraphe 2, aux entreprises publiques ou disposant de droits exclusifs ou spécifiques, il n'en demeure pas moins que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition (voir arrêt du 16 novembre 1977, Inno, points 31 et 32, 13/77, Rec. p. 2115). L'article 90, paragraphe 1, prévoit, en effet, que les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, notamment à celles prévues aux articles 85 à 94 inclus.
- 27 Par conséquent, serait incompatible avec les règles du traité toute mesure d'un État membre qui maintiendrait en vigueur une disposition légale créant une situation dans laquelle un office public pour l'emploi serait nécessairement amené à contrevenir aux termes de l'article 86.

- 28 A cet égard, il y a lieu de rappeler, en premier lieu, qu'une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal peut être considérée comme occupant une position dominante, au sens de l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, CBEM, point 16, 311/84, Rec. p. 3261) et que le territoire d'un État membre, auquel ce monopole s'étend, est susceptible de constituer une partie substantielle du marché commun (voir arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, point 28, 322/81, Rec. p. 3461).
- 29 Il convient de préciser, en second lieu, que le simple fait de créer une telle position dominante par l'octroi d'un droit exclusif au sens de l'article 90, paragraphe 1, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, CBEM, précité, point 17). Un État membre n'enfreint, en effet, les interdictions contenues dans ces deux dispositions que si l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive.
- 30 Selon l'article 86, deuxième phrase, sous b), du traité, une telle pratique abusive peut, notamment, consister en une limitation de la prestation, au préjudice des demandeurs du service en cause.
- 31 Or, un État membre crée une situation dans laquelle la prestation est limitée, lorsque l'entreprise, à laquelle il a conféré un droit exclusif qui s'étend aux activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités, et lorsque l'exercice effectif de ces activités par des sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants.
- 32 Il convient de relever, en troisième lieu, que la responsabilité incombant à un État membre en vertu des articles 86 et 90, paragraphe 1, du traité n'est engagée que si le comportement abusif de l'office en question était susceptible d'affecter le commerce entre les États membres. Pour que cette condition d'application soit remplie, il n'est pas nécessaire que le comportement abusif en cause ait effectivement affecté ce commerce. Il suffit d'établir que ce comportement est de nature à avoir un tel effet (voir arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, précité, point 104).

33 Un tel effet, potentiel, sur les échanges interétatiques existe notamment lorsque les activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, exercées par des sociétés privées, peuvent s'étendre aux ressortissants ou aux territoires d'autres États membres.

34 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la quatrième question préjudicielle qu'un office public pour l'emploi, exerçant des activités de placement, est soumis à l'interdiction de l'article 86 du traité, tant que l'application de cette disposition ne fait pas échec à la mission particulière qui lui a été impartie. L'État membre, qui lui a confié un droit exclusif de placement, enfreint l'article 90, paragraphe 1, du traité, lorsqu'il crée une situation dans laquelle l'office public pour l'emploi sera nécessairement amené à contrevenir aux termes de l'article 86 du traité. Il en est ainsi notamment lorsqu'il est satisfait aux conditions suivantes:

- le droit exclusif s'étend à des activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises;
- l'office public pour l'emploi n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités;
- l'exercice effectif des activités de placement par des sociétés privées de conseil en recrutement est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants;
- les activités de placement en cause sont susceptibles de s'étendre à des ressortissants ou aux territoires d'autres États membres.

Sur l'interprétation de l'article 59 du traité CEE

35 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si une société de conseil en recrutement d'un État membre peut invoquer les articles 7 et 59 du traité pour le placement de ressortissants de cet État membre auprès d'entreprises du même État.

36 Il y a lieu de rappeler, tout d'abord, que l'article 59 du traité garantit, dans le domaine de la libre prestation des services, l'application du principe consacré à l'article 7 de ce traité. Il s'ensuit, dès lors, que lorsqu'une réglementation est compatible avec l'article 59 elle l'est aussi avec l'article 7 (voir arrêt du 9 juin 1977, Van Ameyde, point 27, 90/76, Rec. p. 1091).

37 Il convient de signaler ensuite que, selon une jurisprudence constante, les dispositions du traité en matière de libre circulation de services ne peuvent être appliquées aux activités dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre et que la question de savoir si tel est le cas dépend de constatations de fait qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir (voir, notamment, arrêt du 18 mars 1980, Debauve, point 9, 52/79, Rec. p. 833).

38 Or, il résulte des faits, tels qu'établis par la juridiction nationale dans son ordonnance de renvoi, que le cas de l'espèce au principal a trait à un litige entre des conseils en recrutement allemands et une entreprise allemande, concernant le recrutement d'un ressortissant allemand.

39 Une telle situation ne présente aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire. Cette constatation ne saurait être infirmée par le fait qu'un contrat conclu entre les conseils en recrutement et l'entreprise inclut la possibilité théorique de rechercher des candidats allemands résidant dans d'autres États membres ou des ressortissants de ces États.

40 Il y a donc lieu de répondre à la troisième question préjudicielle qu'une société de conseil en recrutement d'un État membre ne peut invoquer les articles 7 et 59 du traité pour le placement de ressortissants de cet État membre auprès d'entreprises du même État.

41 Eu égard à la réponse ci-dessus énoncée, il n'y a pas lieu d'examiner les deux premières questions et la partie de la quatrième question qui visent le point de savoir si l'article 59 du traité s'oppose à une interdiction légale, pour les sociétés privées de conseil en recrutement d'un État membre, d'exercer l'activité de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises.

Sur les dépens

- 42 Les frais exposés par le gouvernement allemand et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par l'Oberlandesgericht München, par ordonnance du 31 janvier 1990, dit pour droit:

- 1) Un office public pour l'emploi, exerçant des activités de placement, est soumis à l'interdiction de l'article 86 du traité, tant que l'application de cette disposition ne fait pas échec à la mission particulière qui lui a été impartie. L'État membre, qui lui a confié un droit exclusif de placement, enfreint l'article 90, paragraphe 1, du traité, lorsqu'il crée une situation dans laquelle l'office public pour l'emploi sera nécessairement amené à contrevenir aux termes de l'article 86 du traité. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il est satisfait aux conditions suivantes:
 - le droit exclusif s'étend à des activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises;
 - l'office public pour l'emploi n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités;
 - l'exercice effectif des activités de placement par des sociétés privées de conseil en recrutement est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants;
 - les activités de placement en cause sont susceptibles de s'étendre à des ressortissants ou aux territoires d'autres États membres.

- 2) Une société de conseil en recrutement d'un État membre ne peut invoquer les articles 7 et 59 du traité pour le placement de ressortissants de cet État membre auprès d'entreprises du même État.**

Mancini

O'Higgins

Kakouris

Schockweiler

Kapteyn

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 23 avril 1991.

Le greffier

Le président de la sixième chambre

J.-G. Giraud

G. F. Mancini