

RELAZIONE D'UDIENZA

presentata nella causa C-41/90*

I — Antefatti e procedimento

1. Il contesto normativo

a) Diritto internazionale

1. Nel corso della trentunesima sessione della conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro è stata adottata, il 9 luglio 1948, la convenzione n. 88 sull'organizzazione del servizio del lavoro (*Convenzioni e raccomandazioni adottate dalla conferenza internazionale del lavoro, 1919-1966*, Ufficio internazionale del lavoro, Ginevra, 1966, pag. 756). L'art. 1 di questa convenzione obbliga ciascun membro per il quale la convenzione è in vigore, a predisporre o a far sì che sia predisposto un servizio pubblico gratuito dell'occupazione. Questo servizio deve, secondo l'art. 2, essere costituito da un sistema nazionale di uffici per l'occupazione posti sotto il controllo di un'autorità nazionale. L'art. 6 dispone che l'organizzazione del servizio deve poter assicurare un'efficace ricerca e collocamento dei lavoratori.

2. L'art. 10 prevede che tutti i possibili provvedimenti debbono essere adottati dal servizio dell'occupazione e, se del caso, da altre autorità pubbliche, in collaborazione con le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori e con le altre organizzazioni interessate al fine di incoraggiare la piena utilizzazione del servizio dell'occupazione da parte dei datori di lavoro e dei lavoratori

su una base volontaria. Infine, l'art. 11 impone alle autorità competenti di adottare tutti i provvedimenti necessari per assicurare una cooperazione efficace tra il servizio pubblico del lavoro e gli uffici di collocamento privati a scopo non lucrativo.

3. La convenzione n. 96 adottata il 1° luglio 1949 dalla conferenza generale nel corso della sua trentaduesima sessione riguarda gli uffici di collocamento a pagamento (*Convenzioni e raccomandazioni adottate dalle conferenze internazionali del lavoro, 1919-1966*, Ufficio internazionale del lavoro, Ginevra, 1966, pag. 835). L'art. 1 distingue tra gli uffici di collocamento a pagamento a scopo di lucro e quelli a scopo non lucrativo. Gli uffici a scopo lucrativo sono definiti come tutte le persone, società, istituzioni, agenzie o altre organizzazioni che fungono da intermediari per procurare un impiego a un lavoratore o un lavoratore a un datore di lavoro, al fine di trarre dall'uno o dall'altro un vantaggio materiale diretto o indiretto.

4. L'art. 2 della convenzione offre ai membri che la ratificano la scelta di accettare le disposizioni della seconda parte che prevede la soppressione graduale degli uffici di collocamento a pagamento a scopo di lucro e la regolamentazione degli altri uffici di collocamento, oppure le disposizioni della terza parte che prevedono la regolamentazione degli uffici di collocamento a pagamento, compresi gli uffici di collocamento a scopo di lucro. La graduale soppressione di questi ultimi uffici secondo le modalità della seconda parte della convenzione non è tut-

* Lingua processuale: il tedesco.

tavia assoluta. L'art. 5, n. 1, precisa, infatti, che deroghe alla soppressione saranno accordate in via eccezionale dall'autorità competente nei confronti delle categorie di persone, definite in modo preciso dalla normativa nazionale, al cui collocamento non è possibile provvedere in modo convenevole nel contesto di un servizio pubblico dell'occupazione, solo previa consultazione, attraverso i canali appropriati, delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori interessati. Il n. 2 enumera le condizioni alle quali è soggetta la deroga. L'ufficio interessato sarà sottoposto al controllo dell'autorità competente, dovrà essere in possesso di una licenza speciale, potrà riscuotere soltanto le tasse e le spese risultanti da una tariffa approvata dall'autorità competente e potrà collocare o ricercare lavoratori all'estero solo se autorizzato dall'autorità competente e alle condizioni stabilite dalla normativa in vigore.

5. L'art. 8 prevede che sanzioni penali appropriate, compreso, all'occorrenza, il ritiro della licenza prevista dalla convenzione, saranno stabilite nei riguardi di qualsiasi infrazione alla seconda parte della convenzione o alle disposizioni contenute nelle norme che ad essa attribuiscono operatività.

6. La convenzione n. 96 è stata ratificata da tutti gli Stati membri della Comunità, ad eccezione della Danimarca e del Regno Unito.

b) *La normativa nazionale*

7. Il mercato del lavoro in Germania è disciplinato dall'*Arbeitsförderungsgesetz* (legge sulla promozione del lavoro, in pro-

siegio: « AFG »). L'art. 1 precisa l'obiettivo della AFG; i provvedimenti adottati conformemente alla AFG sono intesi, nel contesto della politica economica e sociale del governo federale, a realizzare e a mantenere un elevato livello di occupazione, a migliorare costantemente la ripartizione degli impieghi e a promuovere in tal modo la crescita dell'economia. L'art. 3 affida la realizzazione di questo obiettivo generale, precisato all'art. 2, alla *Bundesanstalt für Arbeit* (Ufficio federale per il lavoro, in prosieguito: « BA »). Tra i compiti ai quali essa deve provvedere rientra il collocamento e la gestione delle indennità di disoccupazione.

8. La nozione di collocamento è definita nell'art. 13 della AFG; il collocamento ai sensi di questa legge è un'attività diretta a mettere in contatto i richiedenti lavoro con i datori di lavoro al fine di costituire dei rapporti di lavoro. Per compiere il suo compito di collocamento, la BA beneficia, ai sensi dell'art. 4, di un diritto esclusivo. L'art. 18 precisa a questo proposito che l'assunzione e il collocamento per un impiego all'estero come pure l'assunzione all'estero e il collocamento per un'occupazione in Germania sono attività riservate alla BA. Altre istituzioni o persone possono, tuttavia, svolgere tali attività transfrontaliere dopo aver ottenuto una previa autorizzazione della BA. Quest'ultima decide a tal riguardo tenendo conto degli interessi dei lavoratori tedeschi e dell'economia tedesca come pure dello stato del mercato del lavoro. La BA può ricollegare alla sua decisione condizioni e obblighi. Ai sensi dell'art. 18, n. 2, non debbono essere violate le norme di diritto comunitario.

9. L'art. 23 prevede un'altra possibile deroga al diritto esclusivo di collocamento. La BA può, in casi eccezionali e previa consultazione delle associazioni dei lavoratori in-

teressate, incaricare altre istituzioni o persone del collocamento relativo a talune professioni. Le loro attività, tuttavia, restano soggette al controllo della BA.

rie associazioni professionali, talune attività in materia di consulenza per la ricerca del personale. Questa circolare è stata sostituita, il 6 novembre 1970, da un nuovo testo (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit*, 1970, pag. 889).

10. La BA esercita, secondo gli artt. 20 e 21 il suo diritto esclusivo di collocamento in modo imparziale e gratuito. Il titolo sei dell'AFG verte sui mezzi finanziari che consentono alla BA di svolgere le sue attività in questo modo. L'art. 167 permette così alla BA di percepire dei contributi da parte dei datori di lavoro e dei lavoratori.

13. In secondo luogo, la BA ha deciso di aprire un ufficio per dirigenti (*Büro für Führungskräfte der Wirtschaft*), incaricato del collocamento di persone altamente qualificate a posti di personale direttivo nelle grandi aziende.

11. L'ottavo titolo dell'AFG contiene disposizioni relative alle sanzioni e all'ammenda. L'art. 227 precisa che chi intraprende, senza la previa autorizzazione di cui all'art. 18 o senza esserne stato incaricato dalla BA conformemente all'art. 23, attività di collocamento riguardanti un lavoratore tedesco all'estero o un lavoratore straniero in Germania è punibile con la reclusione o l'ammenda. L'art. 228 prevede la possibilità di un'ammenda per qualsiasi attività di collocamento in contrasto con le disposizioni dell'AFG.

14. Si deve infine segnalare che la portata del monopolio del collocamento della BA è stato oggetto di varie decisioni giudiziarie in Germania. Il Bundesverfassungsgericht ha in tal modo, con sentenza 4 aprile 1967 (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, BVerfGE 21, pag. 245), deciso che, tenuto conto dell'interesse generale, questo monopolio non era incompatibile con il diritto alla libera scelta dell'attività professionale. Il monopolio deve essere considerato indispensabile per evitare gli abusi rilevati in passato e per porre rimedio alle carenze del collocamento privato a scopo di lucro. Esso si estende altresì, secondo il Bundesverfassungsgericht, al settore del collocamento del personale direttivo delle aziende, anche se questo settore si distingue dal collocamento in generale. Una differenziazione della portata del monopolio in funzione delle varie professioni sarebbe di difficile attuazione e comprometterebbe l'efficacia dell'azione della BA. Da parte sua, il Bundesgerichtshof considera che il monopolio si applica al personale direttivo delle aziende (sentenza 23 ottobre 1974, IV ZR 7/73, *Betriebsberater* 2-20, gennaio 1975, pag. 96). Le attività di consulenza per la ricerca del personale vi si sottraggono solo se consistono essenzialmente nel fornire pareri e se l'assistenza nella ricerca non dà luogo a onorari parti-

12. Nonostante l'esistenza del diritto esclusivo di collocamento della BA, in Germania è andata sviluppandosi un'attività di collocamento specifica per quanto riguarda il personale direttivo delle aziende. Questa attività è esercitata da consulenti per la ricerca del personale che assistono le imprese nella politica del personale. La BA ha reagito a questo sviluppo in due modi. In primo luogo, nel settembre 1957, la BA ha emanato una circolare sui criteri di delimitazione tra le attività di consulenza per la ricerca del personale e il collocamento propriamente detto (*Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit*, 1957, pag. 457). In questa circolare, la BA si dichiara disposta a tollerare, nel contesto di un accordo con va-

colari. Gli onorari richiesti per le attività di collocamento del personale direttivo, che non rispondono a queste condizioni, non possono essere giuridicamente sanzionati (sentenza 12 aprile 1978, IV ZR 157/75, *Betriebsberater* 28, ottobre 1978, pag. 1415). L'art. 134 del Codice civile tedesco dispone, infatti, che i contratti stipulati in violazione di un divieto di legge sono nulli.

2. *Gli antefatti e il procedimento di cui alla causa principale*

15. La controversia relativa alla causa principale contrappone i consulenti per la ricerca del personale sigg. Höfner e Elser, cittadini tedeschi residenti in Germania, alla società Macrotron, con sede sociale in Monaco. Le due parti avevano concluso un contratto per la ricerca e la selezione di candidati a un posto di direttore del servizio vendite della Macrotron. A conclusione del loro incarico, i sigg. Höfner e Elser presentavano a detta società un candidato, a loro parere idoneo, il sig. R. Dechert, cittadino tedesco. La società Macrotron decideva tuttavia di non assumere il sig. Dechert e rifiutava di pagare gli onorari ai consulenti per la ricerca del personale. Questi in seguito citavano in giudizio la Macrotron dinanzi al Landgericht di Monaco I chiedendo alla convenuta di corrispondere loro gli onorari convenuti. Il Landgericht con sentenza 27 ottobre 1987 respingeva detta domanda. Gli attori presentavano appello dinanzi all'Oberlandesgericht di Monaco.

3. *Le questioni pregiudiziali*

16. La Sezione dell'Oberlandesgericht alla quale era stato proposto l'appello con ordinanza 31 gennaio 1990 ha considerato che il contratto concluso dalle parti era un contratto di locazione di servizi e che questo

contratto era nullo ai sensi del combinato disposto dell'art. 134 del Codice civile tedesco (Bundesgesetzbuch) e dell'art. 13 della AFG. Il giudice a quo si riferisce, in questo contesto, alla giurisprudenza del Bundesgerichtshof secondo la quale l'obbligo di pagamento degli onorari decade qualora siano stati pattuiti per retribuire un collocamento non autorizzato a norma della AFG. Ritiene che nel caso di specie si tratti di un siffatto collocamento. Ha altresì considerato che la domanda non poteva essere fondata sull'art. 812 del Codice civile, disposizione relativa all'arricchimento senza causa, poiché gli attori non avevano fornito le prove necessarie a questo riguardo.

17. A parere di detta Sezione, la richiesta deve essere dunque respinta, nella misura in cui è basata sul diritto nazionale. Tuttavia, non deve necessariamente essere altrettanto per quanto riguarda il diritto comunitario. In questo contesto, l'Oberlandesgericht di Monaco, con ordinanza 31 gennaio 1990, sopra citata, ha sospeso il procedimento e, a norma dell'art. 177 del Trattato CEE, ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

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

2) Se il divieto assoluto di collocamento di personale direttivo di aziende da parte di società tedesche di consulenza e ricerca del personale, sancito dagli artt. 4 e 13 dell'Arbeitsförderungs-gesetz (legge sulla promozione del lavoro, in prosieguo: "AFG"), rappresenti una norma in materia professionale giustificata da motivi di interesse generale ovvero un monopolio giustifi-

cato da motivi d'ordine e sicurezza pubblici (artt. 66 e 56, n. 1, del Trattato CEE).

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

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

4. *Procedimento dinanzi alla Corte*

18. L'ordinanza di rinvio è stata registrata nella cancelleria della Corte il 14 febbraio 1990.

19. Conformemente all'art. 20 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia della CEE, hanno presentato osservazioni scritte gli attori nella causa principale, rappresentati dall'avv. Dr. Joachim Müller, del foro di Monaco, e dal Prof. Dr. Volker Emmerich, professore di diritto all'università di Bayreuth, la convenuta nella causa principale, rappresentata dall'avv. Holm Tipper, del foro di Monaco, il governo tedesco, rappresentato dal Dr. Ernst Röder, Regierungsdirektor presso il ministero federale dell'Economia, in qualità di agente, nonché

la Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. Étienne Lasnet, consigliere giuridico e dal Dr. Bernhard Jansen, membro del servizio giuridico, in qualità di agenti.

20. Con decisione 10 ottobre 1990, adottata in applicazione dell'art. 95, nn. 1 e 2, del regolamento di procedura, la Corte ha attribuito la causa alla Sesta Sezione. Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte ha inoltre deciso di passare alla fase orale senza procedere ad istruttoria.

II — Riassunto delle osservazioni scritte presentate alla Corte

1. *Sulla nozione di servizio*

21. I sigg. Höfner e Elser osservano che la nozione di servizio ai sensi dell'art. 60 del Trattato CEE deve essere interpretata in modo lato. Essa comprende tutti i tipi di attività svolte in modo indipendente dietro retribuzione, a prescindere dallo scopo perseguito da dette attività. Il fatto che il servizio debba essere fornito dietro retribuzione vuol semplicemente dire che esso deve essere pagato. Il pagamento non deve essere necessariamente effettuato dal beneficiario del servizio, ma può anche provenire da un terzo. La natura, l'importo e il momento del pagamento sono privi d'importanza. Può anche trattarsi di un finanziamento pubblico tramite tasse o prelievi.

22. Secondo gli attori nella causa principale, dalla sentenza della Corte 18 gennaio 1979, Van Wesemael (cause riunite 110/78 e 111/78, Racc. pag. 35), emerge che il collocamento è un servizio ai sensi dell'art. 60

del Trattato CEE. Questo vale in particolare per il collocamento del personale direttivo delle aziende. Questo servizio si distingue dal collocamento generico dei lavoratori per alcune caratteristiche. Contrariamente al collocamento generico, il collocamento del personale direttivo delle aziende non dipende dall'iniziativa del richiedente lavoro. È l'impresa che contatta di propria iniziativa il consulente per la ricerca del personale, al fine di ottenere la sua assistenza nella ricerca e nella selezione del personale direttivo. Il consulente si occupa raramente della scelta definitiva del candidato, ma offre piuttosto tutte le agevolazioni necessarie a questo proposito. È pertanto escluso, sempre secondo i *sigg. Höfner e Elser*, che le attività di consulenza in materia di reclutamento comportino gli stessi rischi di sfruttamento abusivo dei lavoratori che presentano in generale gli uffici privati di collocamento.

23. A parere degli attori nella causa principale, questa differenza è peraltro confermata dalla prassi del mercato del lavoro in Germania e negli altri Stati membri. Il fatto che la BA abbia aperto un ufficio specializzato nel collocamento del personale direttivo delle aziende è senz'altro un indizio che si tratta di un settore specifico. In questo settore operano in Germania, secondo le cifre fornite dai *sigg. Höfner e Elser*, da 700 a 800 imprese di consulenza e ricerca del personale che occupano approssimativamente 2 000 consulenti con un fatturato tra 750 milioni e 1,2 miliardi di DM. In ragione della loro particolarità, le attività di questi consulenti non sono peraltro neppure considerate collocamento di personale propriamente detto.

24. Secondo i *sigg. Höfner e Elser*, la circostanza che il monopolio di legge della BA si estenda in linea di principio a queste attività non la sottrae all'influenza delle norme comunitarie in materia di libera prestazione di servizi. Queste norme riguardano anche i servizi forniti a titolo di pubblico servizio

(v., ad esempio, sentenza 30 aprile 1974, *Sacchi*, causa 155/73, Racc. pag. 409). Non vale ad eludere l'applicazione di queste norme neppure il fatto che la BA offra i suoi servizi gratuitamente, poiché la remunerazione ha comunque luogo attraverso i contributi dei datori di lavoro e dei lavoratori, conformemente all'art. 167 della AFG. I *sigg. Höfner e Elser* ritengono che, se fosse altrimenti, gli Stati membri potrebbero sottrarre taluni servizi all'art. 59 e seguenti del Trattato CEE facendoli fornire da un monopolio finanziato da contributi obbligatori.

25. Il governo tedesco segnala che la Corte ha già affermato nella sentenza 18 gennaio 1979, *Van Wesemael* (cause riunite 110/78 e 111/78, Racc. pag. 35), che il collocamento degli artisti è un servizio ai sensi dell'art. 60 del Trattato CEE. La categoria delle persone considerate dall'operazione di collocamento è poco rilevante a questo proposito.

26. La Commissione fa pure riferimento a detta giurisprudenza della Corte. Il fatto che non vi siano soltanto società di consulenza e di ricerca del personale che offrano i servizi di collocamento di personale direttivo di aziende, ma anche un ente pubblico, quale la BA, che li fornisce gratuitamente, non cambia nulla a questa valutazione. L'esistenza di queste imprese dimostra che, certamente, esistono operazioni effettuate dietro retribuzione. Secondo la Commissione in questo contesto è poco rilevante che l'esistenza di dette operazioni si spieghi con il comportamento della BA che tollera una siffatta lesione del suo monopolio.

2. Sull'esercizio dei pubblici poteri

27. Secondo i *sigg. Höfner e Elser*, dalla sentenza della Corte 21 giugno 1974, *Reyners* (causa 2/74, Racc. pag. 631), emerge

che la nozione di esercizio di pubblici poteri è una nozione comunitaria cui deve essere data una interpretazione restrittiva. Interviene solo quando l'attività considerata costituisce una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. Questa condizione non è soddisfatta dalla semplice circostanza che l'attività considerata rientri in pubbliche funzioni e che sia esercitata da un ente pubblico, quale la BA. I sigg. Höfner e Elser considerano, peraltro, che è inconcepibile qualificare la selezione del personale direttivo delle aziende esercizio di pubblici poteri.

28. La *Macrotron* osserva che uno degli obiettivi essenziali dello Stato sociale sta nella piena occupazione. Ciò esige una politica attiva da parte dello Stato, alla quale, in Germania, provvede, tra l'altro, l'AFG. Il diritto esclusivo di collocamento della BA per qualsiasi categoria di lavoratori dipendenti corrisponde così direttamente e specificamente all'assunzione delle funzioni spettanti ai pubblici poteri. Il collocamento del personale direttivo delle aziende rientra dunque nell'art. 55 del Trattato CEE.

29. Il *governo tedesco* condivide il parere della convenuta nella causa principale. Ritiene che il sussistere o meno dell'esercizio di pubblici poteri debba essere determinato in funzione del diritto nazionale. Questa nozione, a suo avviso, contempla non solo l'applicazione di mezzi coercitivi nelle sfere delle libertà del cittadino, ma altresì tutte le forme di azione amministrativa in cui il cittadino si trova posto di fronte ad un ente dotato di una parte del potere dello Stato. Un siffatto trasferimento di pubblici poteri è stato effettuato, nel contesto della AFG, a favore della BA in ragione dell'importanza del suo servizio. Questa deve, infatti, vegliare sugli interessi dei lavoratori dipendenti e dell'economia in generale, limitando al massimo gli scompensi provocati dai fenomeni di riequilibrio del mercato del la-

voro e fornendo un'adeguata copertura sociale. Si tratta, nella specie, di un servizio di fronte al quale lo Stato federale assume una particolare responsabilità in forza delle citate convenzioni nn. 88 e 96, a cui la BA, a norma dell'art. 3 della AFG, deve dare attuazione « nel contesto della politica economica e sociale del governo tedesco federale ». Per adempiere il suo servizio, la BA deve disporre di un monopolio di collocamento generale che le consenta di avere una visione globale del mercato del lavoro. Questa visione sarebbe compromessa se si differenziassero i servizi di collocamento in funzione della qualifica delle persone interessate. Il governo tedesco rileva, peraltro, che i bisogni di protezione in materia di collocamento non cambiano in ragione delle diverse professioni.

30. La *Commissione* ritiene, per contro, che l'esercizio di pubblici poteri è una nozione di diritto comunitario e che il suo contenuto non può dipendere dal fatto che le attività considerate siano riservate in taluni Stati membri a enti pubblici. È decisivo sapere se l'attività considerata rappresenta esercizio del pubblico potere da parte dello Stato. Questo non è certamente il caso delle attività di collocamento che sono state poste sotto l'egida pubblica per proteggere i lavoratori dagli abusi. Il fatto che il collocamento del personale direttivo delle aziende private sia tollerato conferma che non si tratta di esercizio di pubblico potere.

3. Della giustificazione del divieto

31. I sigg. *Höfner e Elser* osservano che l'art. 59 del Trattato CEE osta non solo a normative discriminatorie, ma anche a normative che, pur non discriminando i prestatori di servizi stranieri, frappongono ostacoli

alla libera circolazione dei servizi. Nel caso di specie, si tratta di una normativa indistintamente applicabile ai cittadini stranieri e tedeschi che frapponesse ostacoli a tale libertà in vari modi. Il monopolio della BA impedisce alle società di consulenza e di ricerca del personale degli altri Stati membri di prestare servizi di collocamento in Germania e obbliga le imprese tedesche a fare capo alla BA.

32. A parere degli attori nella causa principale, questo genere di restrizioni può, tuttavia, essere giustificato, secondo la giurisprudenza della Corte, da considerazioni di interesse generale, come la protezione dei lavoratori e la salvaguardia delle buone relazioni sul mercato del lavoro (sentenza 18 gennaio 1979, Van Wesemael, cause riunite 110/78 e 111/78, Racc. pag. 35, e sentenza 17 settembre 1981, Webb, causa 279/80, Racc. pag. 3305). Questa giustificazione vale soltanto nella misura in cui la normativa sia proporzionale rispetto al legittimo obiettivo perseguito. Secondo i sigg. Höfner e Elser, questa condizione di proporzionalità non è soddisfatta se lo Stato membro dove la prestazione deve essere fornita non tiene conto delle norme alle quali il prestatore è soggetto nello Stato membro dove è stabilito. Orbene, nel caso di specie, il divieto tedesco non tiene in alcun modo conto delle normative straniere in materia di collocamento. Il divieto è categorico sebbene l'AFG preveda la possibilità di autorizzare detta attività.

33. Gli attori nella causa principale deducono che questa violazione del principio di proporzionalità vale, in particolare, per le attività di consulenza e di ricerca del personale che non sono considerate in alcuno Stato membro costitutive di un interesse generale. Osservano che nelle circolari del 1957 e 1970 la stessa BA riconosce che queste attività si distinguono dal collocamento in generale. Malgrado questo riconosci-

mento, la BA tenta di monopolizzare questo settore, senza essere in grado di soddisfare la domanda in maniera convenevole.

34. La *Macrotron* nega che la BA non sia in grado di soddisfare questa domanda. Rileva che la BA ha raggiunto nel 1988 una quota del mercato tedesco di collocamento del personale direttivo nelle aziende pari al 16% per l'accesso all'impiego e a circa il 30% per i candidati. Queste cifre non sono ottenute da alcuna società privata di collocamento.

35. La *Macrotron* considera, inoltre, che la normativa tedesca che istituisce il monopolio soddisfa tutte le condizioni formulate dalla giurisprudenza della Corte per giustificare una deroga alla libera prestazione di servizi (v. sentenze 18 gennaio 1979 e 17 dicembre 1981, nonché sentenza 3 dicembre 1974, Van Binsbergen, causa 33/74, Racc. pag. 1299). Il monopolio della BA costituisce una scelta politica effettuata nell'interesse generale. Esso è indispensabile per raggiungere condizioni favorevoli sul mercato del lavoro in Germania, caratterizzato da un numero considerevole di disoccupati, e per garantire la sicurezza dei lavoratori sul piano sociale. A parere della *Macrotron*, il divieto di qualsiasi attività di collocamento al di fuori del contesto del monopolio si applica, inoltre, tanto nei confronti dei cittadini tedeschi quanto di quelli degli altri Stati membri. Non si può, del resto, parlare di un monopolio eccessivo. Sono sempre possibili delle deroghe: gli attori nella causa principale avrebbero dovuto tenere in considerazione simile possibilità.

36. Il governo tedesco osserva che gli artt. 66 e 56 del Trattato CEE non sono pertinenti nel caso di specie. In effetti, il monopolio in

materia di collocamento non è un « regime particolare per i cittadini stranieri ».

37. Il governo tedesco attira l'attenzione sullo sviluppo storico che ha giustificato l'istituzione di questo monopolio. In passato, gli uffici di collocamento privato privilegiavano, al fine di ottenere un rapporto costi/utili favorevoli, il collocamento di specialisti altamente qualificati e abusavano della loro posizione sfruttando la difficile situazione dei disoccupati o incoraggiando i lavoratori a risolvere i loro contratti onde incassare la commissione di intermediazione. Il collocamento imparziale e gratuito da parte della BA ha posto fine a queste pratiche. Questo servizio deve essere a disposizione di ciascun lavoratore subordinato, indipendentemente dalla sua qualifica e dalla sua competitività. Al fine di proteggere i meno favoriti fra detti lavoratori, occorre, secondo il governo tedesco, evitare la suddivisione del mercato del lavoro in un settore che si occupa del collocamento dei lavoratori specializzati e qualificati tramite intermediari privati, da una parte, e in un settore che si occupa del collocamento di persone di debole capacità produttiva, tramite l'amministrazione pubblica del lavoro, dall'altra. Questo vale, in particolare, per il mercato tedesco del lavoro che è attualmente caratterizzato da un tasso di disoccupazione considerevole e da una mancanza di manodopera in talune professioni.

38. La Commissione, a proposito della seconda questione sollevata dal giudice a quo, sottolinea che il divieto considerato non è assoluto. Questo divieto è assoluto soltanto per le attività che non costituiscono oggetto della circolare del 1970. Anche se osservano la circolare, i consulenti per la ricerca del personale non possono far valere i loro diritti contrattuali, perché vi osta l'art. 134 del Codice civile. La Commissione ritiene che questa sanzione civile costituisca una restrizione alla libera prestazione di servizi.

39. La Commissione vede tre possibilità per giustificare la restrizione così definita. La prima si riferisce a una lotta efficace contro la disoccupazione. Le attività dei consulenti per la ricerca del personale non sembrano recare pregiudizio a questo obiettivo. Si tratta di un settore relativamente ristretto e specifico, la cui incidenza sul mercato generale è debole. Il fatto che la BA, che è responsabile in primo luogo della lotta contro la disoccupazione, tolleri l'attività privata in questo settore conferma questa analisi. La restrizione posta a questa attività è, in queste circostanze, sproporzionata.

40. Secondo la Commissione altrettanto vale per quanto riguarda la seconda possibilità relativa alla prevenzione di abusi. Il personale direttivo delle aziende che costituisce oggetto delle attività di consulenza per la ricerca del personale non si trova nella situazione di dipendenza nella quale si trova il disoccupato classico. L'esistenza della circolare è pure in questo contesto un indizio del carattere sproporzionato della restrizione.

41. A parere della Commissione, una terza giustificazione potrebbe eventualmente derivare dalle obbligazioni internazionali contenute nelle convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro. La Commissione rileva che l'art. 5 della convenzione n. 96 prevede, tuttavia, espressamente la possibilità di derogare al divieto degli uffici di collocamento privati a scopo lucrativo per il collocamento di talune categorie di persone. A questa disposizione si è probabilmente ispirata la BA al momento della pubblicazione delle circolari. Dette circolari tuttavia non legalizzano pertanto la situazione dei consulenti per la ricerca del personale. La Commissione ritiene, di conseguenza, che la Repubblica federale di Germania sia venuta meno all'obbligo che le deriva dall'art. 59 del Trattato CEE in quanto non accorda una deroga specifica ai consulenti per la ri-

cerca del personale conformemente all'art. 5 della convenzione n. 96.

42. La Commissione ritiene, peraltro, che il giudice a quo dovrebbe prevedere di porre una nuova questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 177, se nel corso del procedimento principale emergesse che esistono altre possibilità per giustificare la restrizione alla libera prestazione di servizi.

4. Sulla possibilità di invocare gli artt. 7 e 59 del Trattato CEE

43. I sigg. Höfner e Elser osservano, in primo luogo, che, secondo la costante giurisprudenza, spetta al giudice a quo, nel contesto della ripartizione delle competenze tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali nell'ambito dell'art. 177 del Trattato CEE, decidere della pertinenza delle questioni pregiudiziali. Queste questioni riguardano, in questo caso, il problema della discriminazione alla rovescia.

44. A questo proposito, i sigg. Höfner e Elser ritengono che occorra constatare, in primo luogo, che le attività dei consulenti per la ricerca del personale includono di norma un numero sufficiente di elementi transfrontalieri per farle rientrare nel campo di applicazione del diritto comunitario. Possono presentarsi varie situazioni di fatto; può essere che il consulente straniero svolga la sua ricerca in Germania o l'inverso, ovvero che il committente straniero contatti un dirigente d'azienda tedesco o viceversa. A parere degli attori nella causa principale, il caso di specie presenta pure un siffatto legame comunitario. Infatti, il contratto da loro concluso con la Macrotron includeva la possibilità di ricercare candidati tedeschi o stranieri residenti in altri Stati membri.

45. I sigg. Höfner e Elser sottolineano inoltre che l'art. 7 del Trattato CEE è una disposizione fondamentale che, secondo la sua formulazione, vieta qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità e che produce pertanto effetti a favore di tutti i cittadini comunitari indipendentemente dalle situazioni di fatto nelle quali essi si trovano. Questa parità di opportunità osta a che si svantaggino i propri cittadini rispetto agli stranieri. I sigg. Höfner e Elser fanno osservare che queste constatazioni sono conformi alla giurisprudenza della Corte (v., per esempio, sentenza 7 febbraio 1979, Knoors, causa 115/78, Racc. pag. 399). Nei casi in cui la Corte ha deciso che l'art. 7 non escludeva la presenza di norme più severe di quelle in vigore all'estero, si trattava di norme nazionali compatibili con il diritto comunitario (sentenza 3 luglio 1979, Van Dam, cause riunite 185/78-204/78, Racc. pag. 2345, e sentenza 14 luglio 1981, Oebel, causa 155/80, Racc. pag. 1993). Nella specie, si è di fronte a una norma incompatibile e ingiustificata.

46. Gli attori nella causa principale osservano, per quanto riguarda l'art. 59 del Trattato CEE, che questa disposizione comporta un divieto generale che va a vantaggio anche del cittadino nazionale che fornisce un servizio comprensivo di elementi transfrontalieri. Questo pare loro confermato dall'art. 60, terzo comma, del Trattato CEE il quale attribuisce agli stranieri il trattamento nazionale. Se si interpretassero queste disposizioni nel senso che consentono una discriminazione dei cittadini nazionali, l'art. 59 modificherebbe le condizioni di concorrenza a danno di questi. A parere degli attori nella causa principale, la Corte ha, peraltro, riconosciuto la possibilità per un cittadino nazionale di invocare l'art. 59 contro il suo proprio Stato membro (sentenza 7 febbraio 1979, già citata, e sentenza 12 luglio 1984, Klopp, causa 107/83, Racc. pag. 2971).

47. I sigg. Höfner e Elser rilevano che, se questa possibilità non fosse concessa ai cittadini nazionali, le conseguenze della discriminazione alla rovescia sarebbero in contrasto con gli obiettivi degli artt. 2, 3 e 8 A del Trattato CEE. Per poter esercitare le loro attività liberamente, i consulenti tedeschi dovrebbero stabilirsi in altri Stati membri, senza che ciò sia necessariamente giustificato sul piano economico. I sigg. Höfner e Elser osservano, inoltre, che la libera prestazione di servizi implica altresì la scelta di non far uso di servizi transfrontalieri. Se l'art. 59 non potesse essere invocato in un caso come quello di specie, le imprese tedesche sarebbero obbligate a ricorrere a dei consulenti stranieri.

48. La *Macrotron* osserva che l'applicabilità dell'art. 59 del Trattato CEE dipende dalla presenza di un elemento transfrontaliero nella situazione di fatto considerata. A suo parere, questo elemento manca nel caso di specie. Il fatto che gli attori nella causa principale hanno costruito in modo teorico e astratto un siffatto elemento non è sufficiente per far entrare in gioco gli artt. 7 e 59. Essi non si trovano nella stessa situazione di un consulente straniero sul quale si ripercuote il monopolio della BA.

49. Il *governo tedesco* ritiene altresì che i fatti di cui al caso di specie non abbiano rapporti con alcun paese straniero. Non risulta chiaramente dall'ordinanza di rinvio dell'*Oberlandesgericht* di Monaco dove la prestazione di servizio doveva essere fornita. In mancanza di indicazioni più precise si deve, secondo il governo tedesco, partire dall'ipotesi più normale cioè che il contratto trovi applicazione soltanto all'interno del paese.

50. Secondo la *Commissione*, l'art. 7 interviene solo se il Trattato non prevede disposizioni specifiche. Occorre, pertanto, riferirsi, nel caso di specie, all'art. 59. La Commissione rileva che non esiste ancora una giurisprudenza sull'applicazione di questa disposizione a situazioni di fatto puramente interne di uno Stato membro. La giurisprudenza relativa ad altre disposizioni del Trattato potrebbe far pensare che l'art. 59 non si applichi in assenza di elementi di fatto transfrontalieri (sentenza 28 marzo 1979, Saunders, causa 175/78, Racc. 1129, sentenza 27 ottobre 1982, Morson, cause riunite 35/82 e 36/82, Racc. pag. 3723, e sentenza 8 dicembre 1987, Gauchard, causa 20/87, Racc. pag. 4879). La Commissione rileva che la Corte nella sentenza 31 gennaio 1984, Luisi e Carbone (cause riunite 286/82 e 26/83, Racc. pag. 377), ha tuttavia dato un'interpretazione lata del campo di applicazione materiale dell'art. 59. La Commissione considera, di conseguenza, che l'art. 59 potrebbe essere invocato nel caso di specie, nella misura in cui il contratto controverso non escludesse espressamente la possibilità di ricercare dei candidati in altri Stati membri. Spetta pertanto al giudice a quo decidere a tal riguardo in maniera definitiva.

5. Sugli artt. 59, 86 e 90 del Trattato CEE

51. I sigg. Höfner e Elser rilevano che la nozione di impresa comprende, secondo la giurisprudenza della Corte e la Commissione, qualsiasi entità che esercita attività economiche. La BA deve essere qualificata come una impresa poiché esercita siffatte attività. Il suo carattere pubblico non la sottrae alle norme del Trattato (v. sentenza 30 aprile 1974, Sacchi, causa 155/73, Racc. pag. 409, e sentenza 20 marzo 1985, Italia/Commissione, causa 41/83, Racc. pag. 873). A parere dei sigg. Höfner e Elser, la BA è pertanto un'impresa pubblica ai sensi del-

l'art. 90, n. 1, del Trattato CEE alla quale l'AFG ha conferito un diritto esclusivo. Questo tipo di imprese è, con riserva dell'art. 90, n. 2, soggetto a tutte le disposizioni del Trattato, compreso l'art. 59.

52. I sigg. Höfner e Elser riconoscono che la BA è un'impresa alla quale il legislatore ha conferito, con atto di autorità, nel caso di specie l'AFG, un servizio di interesse economico generale, quali che siano i dubbi che potrebbero sorgere a proposito dell'estensione di questo servizio alle attività delle società di consulenza per la ricerca del personale. Questa circostanza tuttavia non risponde, di per sé, alle condizioni di applicazione dell'art. 90, n. 2. È anche necessario che l'adempimento di tale servizio sia ostacolato dall'applicazione delle norme del Trattato. I sigg. Höfner e Elser ritengono, a questo proposito, che non è sufficiente che l'adempimento del servizio sia reso più difficile. L'eccezione dell'art. 90, n. 2, interviene solo se il servizio può essere adempiuto unicamente violando le norme del Trattato. L'applicazione di queste norme deve, in qualche modo, rendere lo svolgimento del servizio impossibile. Questa condizione non è soddisfatta nel caso di specie. Le attività dei consulenti per la ricerca del personale non impediscono in alcun modo alla BA di svolgere il servizio esplicitamente affidatole dall'AFG. Al contrario dette attività contribuiscono, grazie alla loro efficacia, allo svolgimento di questo servizio.

53. Secondo i sigg. Höfner e Elser, tutte le condizioni di applicazione dell'art. 86 sono soddisfatte. La BA occupa, in ragione del suo monopolio legale, una posizione dominante in una parte sostanziale della Comunità, cioè il territorio tedesco. Il fatto che la BA non sia forse dominante sul mercato della consulenza per la ricerca del personale è poco determinante. Innanzitutto, non è

assolutamente sicuro che questo mercato si distingua dal mercato del collocamento in generale. In secondo luogo, l'art. 86 si applica anche se l'impresa considerata occupa una posizione dominante su un mercato diverso da quello su cui compie l'abuso. I sigg. Höfner e Elser rilevano, infine, che la BA dispone comunque, nei confronti dei consulenti privati per la ricerca del personale di taluni mezzi coercitivi che le consentono di escluderli dal mercato della consulenza per la ricerca del personale.

54. I sigg. Höfner e Elser sostengono che la BA abusa della sua posizione dominante estendendo il suo monopolio di legge ad attività che imprese private possono effettuare altrettanto bene o più efficacemente. Questa estensione non pare loro giustificata da alcun interesse generale. I sigg. Höfner e Elser aggiungono che, in violazione dell'art. 86, n. 2, lett. d), la BA costringe le imprese tedesche a fare uso dei suoi servizi. Questi abusi incidono sul commercio tra gli Stati membri, perché impediscono alle società di consulenza tedesche e straniere di fornire i loro servizi tanto in Germania che all'estero.

55. I sigg. Höfner e Elser concludono che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 90, n. 1, consentendo siffatti abusi. Adottando misure che privano le norme di concorrenza comunitarie del loro effetto utile, avrebbe violato anche gli artt. 3, 5 e 86 (sentenza 16 novembre 1977, GB-Inno/Atab, causa 13/77, Racc. pag. 2115).

56. La *Macrotron* osserva che la normativa considerata si riferisce a un interesse pubblico superiore ai sensi della giurisprudenza della Corte ed è, di conseguenza, sottratta alle norme di concorrenza.

57. Il *governo tedesco* ritiene altresì che il servizio di collocamento non rientri fra i settori cui si applica la concorrenza. La BA svolge un servizio esclusivamente statale di interesse generale, senza perseguire un interesse economico. La Corte, del resto, ha affermato che un monopolio concesso dallo Stato a un'impresa di diritto privato può essere compatibile con gli artt. 86 e 90 (v. sentenza 30 aprile 1974, già citata).

58. La *Commissione* osserva che dalla giurisprudenza della Corte non risulta ancora se l'eccezione prevista dall'art. 90, n. 2, valga anche per l'art. 59. La Commissione spiega questa carenza con il fatto che l'art. 59 si rivolge agli Stati mentre le norme di concorrenza prendono in considerazione le imprese. Per il caso di specie, è sufficiente a suo avviso, constatare che i servizi affidati alla BA — la lotta contro la disoccupazione e la salvaguarda di relazioni equilibrate sul mercato del lavoro — non sono in alcun modo interessate dalla presenza di consulenti privati per la ricerca del personale. La prova migliore di questa constatazione si può trovare nella citata circolare del 1970.

59. La Commissione valuta ancora il monopolio di legge sotto l'ottica degli artt. 86 e

90. Le disposizioni di legge relative a questo monopolio e la prassi della BA producono l'effetto combinato di limitare la produzione ai sensi dell'art. 86, n. 2, lett. b). L'abuso sta nel fatto che la BA rifiuta in pratica di autorizzare l'attività di mediatore nel mercato del lavoro, ma nello stesso tempo non è in grado di soddisfare in modo adeguato la domanda esistente per siffatti servizi (v. sentenza 5 ottobre 1988, Volvo, causa 238/78, Racc. pag. 6211). Il monopolio di legge resta, ciononostante, in vigore. Ciò produce la conseguenza che i consulenti privati non possono svolgere le loro attività legalmente, a causa dell'art. 134 del Codice civile tedesco, e che l'offerta è limitata di fronte alla domanda reale. La Commissione ritiene che questo abuso sia tale da ripercuotersi potenzialmente sul commercio tra gli Stati membri poiché il collocamento del personale direttivo delle aziende riguarda sovente dirigenti di altri Stati membri. La Commissione annuncia che instaurerà le procedure previste dal Trattato per esaminare queste pratiche.

P. J. G. Kapteyn
giudice relatore