

Тема 8

ВІЛЬНЕ ПЕРЕСУВАННЯ ОСІБ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

§ 8.1. Засади вільного пересування осіб

Стаття 8 Договору про діяльність ЄС передбачає скасування між державами-членами будь-якої нерівності, у тому числі у вільному пересуванні осіб у межах ЄС. Подібно до вільного руху товарів свобода пересування осіб допускає винятки на підставі захисту публічного порядку та громадського здоров'я.

Норми Договору про діяльність ЄС, що стосуються вільного пересування осіб, є нормами прямої дії¹, причому вони можуть мати як вертикальну, так й горизонтальну пряму дію².

Норми Договору про діяльність ЄС щодо вільного пересування осіб на відміну від норм, що регулюють вільний рух товарів, стосуються лише деяких категорій осіб. По-перше, ці особи повинні мати громадянство ЄС, тобто громадянство будь-якої з держав-членів ЄС (детальніше про інститут громадянства ЄС див. тему 18). А відтак, якщо громадянин України законно працює, наприклад, у Греції, це не означає, що він автоматично користується свободою вільного пересування працівників у межах ЄС, що поширюється на його колег – громадян Греції. Проте громадяни інших країн мають деякі права з вільного пересування в межах ЄС як члени родин громадян ЄС. Громадянин ЄС користується вільним пересуванням з метою проживання на території іншої держави-члена та здійснення економічної діяльності на території ЄС як: працівник (ст.ст. 45–48 Договору про діяльність ЄС); підприємець (ст.ст. 49–54 Договору про діяльність ЄС); особа, яка надає чи отримує послуги (ст.ст. 56–62 Договору про діяльність ЄС).

¹ Див.: Справа 167/73, *Commission v. France (French Merchant Seamen)* (1974) ECR 359, справа 2/74, *Reyners v. Belgium* (1974) ECR 631, (1974) 2 CMLR 305, справа 33/74, *Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* (1974) ECR 1299, (1975) 1 CMLR 298.

² Див.: Справа 36/74, *Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale* (1975) ECR 1405, (1975) 1 CMLR 320.

Отже, право ЄС забороняє дискримінацію осіб на підставі національності, але лише щодо громадян ЄС. Така дискримінація осіб може бути прямою чи непрямою. Пряма дискримінація – це неоднакове ставлення до громадян ЄС на підставі їх національності¹. З цієї заборони можуть встановлюватися винятки, але за умови, що вони відповідають вимогам, переліченим у ст. 45(3) Договору про діяльність ЄС. Непряма (прихована) дискримінація наявна в разі, коли норми національного законодавства, хоч і застосовуються незалежно від національності, фактично впливають більшою мірою на працівників, що мігрують у межах Співтовариства². Встановлення таких приписів дозволяється лише на підставі об'єктивної необхідності незалежно від національності працівників, та якщо це відповідає цілям, яких прагне досягти запроваджуюча держава-член ЄС. Можливі також ситуації, коли недискримінаційні заходи (які не дискримінують осіб, що мігрують ні юридично, ні фактично) все ж перешкоджають доступу громадян ЄС до іншої, ніж держава їх походження, держави-члена ЄС. Якщо таким перешкодам немає об'єктивного виправдання, встановлення таких вимог також забороняється Договором про діяльність ЄС.

Принципи вільного пересування осіб в межах ЄС поширюються на: 1) регулювання вільного пересування працюючих (працівників і підприємців) і непрацюючих (студентів, пенсіонерів) – громадян ЄС за умови, що вони мають достатньо фінансових ресурсів для того, щоб не обтяжувати систему соціального забезпечення держави перебування; 2) свободу ділового заснування та свободу надання й одержання послуг громадянами ЄС.

§ 8.2. Вільне пересування працівників

Стаття 45 Договору про діяльність ЄС передбачає, що працівники мають право вільного пересування у межах ЄС, що включає заборону будь-якої дискримінації, яка ґрунтується на національності (тобто належності до певної держави чи громадянства) працівника, а також щодо працевлаштування, заробітної плати та інших умов праці й відносин з роботодавцем.

¹ Див.: Справа C-415/93, *Union Royale Belge des Societes de Football Association ASBL v. Jaen Marc Bosman* (1995) ECR I-4921, (1995) 3 CMLR 422.

² Див.: Справа C-237/94, *O'Flynn v. Adjudication Officer* (1996) ECR I-2617.

Свобода вільного пересування працівника включає (ст. 45 Договору про діяльність ЄС):

а) право приймати пропозиції щодо працевлаштування, оголошені в будь-якій державі-члені ЄС;

б) право вільно пересуватися територією держав-членів з метою працевлаштування;

в) право перебувати в державі-члені з метою працевлаштування;

г) право залишатися в державі-члені після закінчення трудових відносин.

Право вільного пересування працівників, однак, може бути обмежено на підставі охорони публічного порядку, державної безпеки та громадського здоров'я. Ці права з вільного пересування працівників не поширюються на відносини працевлаштування у так званій «державній службі».

Слід зазначити, що, хоча роль СПЄС у розвитку доктрини вільного пересування працівників є великою, все ж судову практику у цій сфері опрацьовано значно меншою мірою, ніж з вільного руху товарів. Принцип вільного пересування працівників більш врегульовано на «законодавчому» рівні, тому більше уваги треба приділити відповідним регламентам та директивам. Це, зокрема, Регламент 492/2011¹ (свобода вільного руху працівників, доступ та умови працевлаштування), Регламент 1251/70² (право залишатися в країні після закінчення строку працевлаштування), Директива 2004/38³ (права громадян ЄС і членів їх родини вільно пересуватись та мешкати в ЄС), Директива 2014/54⁴ (права працівників під час вільного руху в ЄС), директиви 2014/50 та 98/49⁵ (забезпечення існуючих і доступ працівників до додаткових пенсійних пільг). Директива 2004/38 фактично прирівнює

¹ Див.: Регламент 492/2011 від 05 квітня 2011 р. (О. J. 2011 L141/1), який кодифікує зміни до Регламенту 1612/68 Ради ЄС щодо свободи руху працівників у Співтоваристві від 15 жовтня 1968 р. (О. J. 1968 L257/2).

² Див.: Регламент 1251/70 щодо права працівників залишатися на території держави-члена ЄС від 29 червня 1970 р. (О. J. 1970 L142/24).

³ Див.: Директива 2004/38 ЄС щодо прав громадян ЄС і членів їх родини вільно пересуватись та мешкати в ЄС (О. J. 2004 L158/77).

⁴ Див.: Директива 2014/54 ЄС щодо прав працівників під час вільного руху в ЄС (О. J. 2014 L128/8).

⁵ Див.: Директива 2014/50 ЄС щодо прав працівників з забезпечення існуючих і доступу до додаткових пенсійних пільг в ЄС (О. J. 2014 L128/1); Директива 98/49 ЄС щодо прав працівників з забезпечення існуючих і доступу до додаткових пенсійних пільг в ЄС (О. J. 1998 L209/46).

права громадян ЄС та членів їх родини до прав працівників та членів їх родини щодо їх вільного пересування і умов проживання та виїзду з території держави-члена перебування.

§ 8.2.1. Коло осіб, що можуть користуватися правом вільного пересування працівників

Право вільного пересування працівників та членів родини (що передбачено ст. 45 Договору про діяльність ЄС та вторинним законодавством, яке імплементує ст. 45 Договору про діяльність ЄС) надається працівникам та їх родинам.

Договір про діяльність ЄС не визначає терміна «*працівник*», але СПЕС тлумачить його досить ліберально, підкреслюючи, однак, що головною ознакою відносин праці є те, що «*у певний проміжок часу особа виконує роботу (надає послугу) для та під керівництвом іншої особи, а в обмін отримує винагороду*»¹. У кожному разі статус працівника визначається виключно правом ЄС, а не національним законодавством держав-членів. Сфера праці так само, як і природа юридичних відносин між роботодавцем та працівником (публічно-правовий статус чи приватноправовий договір), є несуттєвими. Під поняття «працівник» підпадають також і працівники, що зайняті частково, за умови, що вони залучені у реальну та ефективну економічну діяльність², навіть якщо їх зарплата є меншою, ніж розмір мінімальної заробітної плати у відповідній державі-члені³. Але економічна діяльність не повинна мати «додаткового характеру» щодо загальної діяльності працівника⁴. СПЕС визнав, що до категорії «працівників» входять: професійні спортсмени; професійні учні; сантехніки релігійної громади, повії та ін.

До категорії «працівників» за законодавством ЄС входять також особи, які шукають роботу. Проміжок часу, протягом якого працівникові дозволяється залишатися у державі-члені, шукаючи роботу, різний

¹ Див.: Справа 66/85, *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg* (1986) ECR 2121, (1987) 3 CMLR 389.

² Див.: Справа 53/81, *Levin v. Staatssecretaris van Justitie* (1982) ECR 1035, (1982) CMLR454.

³ Див.: Справа 139/85, *Kempf v. Staatssecretaris van Justitie* (1986) ECR 1573, (1987) 1 CMLR 764.

⁴ Див.: Справа C-357/89 *Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen* (1992) ECR I-1027.

для різних держав-членів ЄС (залежить від національних приписів законодавства), але не може бути меншим, ніж 3 місяці (але у випадках, коли працівник залежить від соціальних виплат, йому може бути запропоновано виїхати раніше, ніж після закінчення тримісячного періоду). Якщо після закінчення цього строку працівник може довести, що він має реальні перспективи працевлаштування, його не може бути депортовано з держави-члена ЄС.

Директива 2004/38 визначає, що свобода вільного пересування громадян ЄС (працівників і непрацівників) поширюється на членів їх сімей. Стаття 2 Директиви 2004/38 дозволяє родині приєднатися до громадянина ЄС, який, знаходиться в іншій державі-члені. Членами родини громадянина ЄС, які мають право приєднатися до нього, вважаються інший з подружжя, включаючи зареєстроване партнерство, якщо воно визнається державою-членом перебування громадянина ЄС, родичі громадянина ЄС та іншого з подружжя за низхідною лінією (тобто діти, онуки тощо), молодші 21 року або якщо вони є утриманцями, і родичі громадянина ЄС та іншого з подружжя за висхідною лінією (тобто батьки, дід, баба тощо), які є утриманцями. Крім того, Директива 2004/38 закликає держави-члени полегшувати пересування територією ЄС членів родини, яких не включено до кола близьких родичів. Згідно з ч. 2 ст. 3 Директиви 2004/38 до кола родичів, яких перелічено вище, можна додати: утриманців громадянина ЄС або осіб, що мешкали разом з громадянином ЄС у країні, де родина мешкала до переїзду, або тяжко хворих осіб, які потребують опіки громадянина ЄС, та зареєстрованих партнерів.

При цьому національність (громадянство) членів родини громадянина ЄС, на відміну від національності самого громадянина ЄС не має значення (якщо, наприклад, громадянин Великої Британії влаштувався на роботу в Італії, він може переїхати до Італії зі своєю дружиною – громадянкою України та її неповнолітніми дітьми, навіть якщо останні не мають дозволу на проживання у Великій Британії). Ключовим, однак, в таких випадках завжди є *транскордонний елемент* – факт пересування громадянина ЄС з однієї держави-члена ЄС до іншої¹. Отже, громадяни ЄС не можуть посилатися на право ЄС щодо вільного пересування громадян ЄС для переселення членів своєї родини – негромадян ЄС

¹ Див.: Справа C-370/90, *R. v. Immigration Appeals Tribunal and Surinder Singh* (1992) ECR I-4265, (1992) 3 CMLR 35.

до власної держави¹, крім випадків, коли громадянин ЄС працював протягом певного часу в іншій державі-члені й потім повертається працювати до рідної країни (наприклад, якщо після перебування в Італії цей працівник повертається працювати у Велику Британію, британський уряд не може перешкоджати в'їзду разом з ним його дружини та її дітей – громадян України). Проте в таких випадках суди, як правило, прискіпливо перевіряють, чи немає зловживань з боку працівників та членів їх родин при користуванні нормами з вільного пересування осіб.

Під терміном «*інший з подружжя*» (чоловік/дружина) у праві ЄС розуміється будь-яка особа, яка перебуває в законному шлюбі з працівником, причому це включає також стан розведення (сепарації)², але не стан розлучення. Співмешканці прирівнюються до чоловіка/дружини, тільки якщо в державі-члені, про яку йдеться, імміграційне законодавство прирівнює статус співмешканців до статусу подружжя³.

Щодо «*дітей*» ще не існує чіткого визначення співвідношення понять «*утриманці*» та «*родичі по низсхідній лінії*» у практиці СПЕС, але існує тенденція досить ліберального тлумачення СПЕС цих понять. Часто «дітьми» вважаються члени родини, що не є в буквальному розумінні родичами по низсхідній лінії.

§ 8.2.2. Право громадян ЄС на вільне пересування у межах ЄС

Право громадянина ЄС на вільне пересування у межах ЄС передбачає:

1) право виїжджати з рідної держави-члена з метою працювати в іншій державі-члені ЄС (Директива 2004/38);

2) право громадян ЄС та членів їх сімей в'їжджати на територію іншої держави-члена без віз строком до 3 місяців за умови пред'явлення дійсного особистого посвідчення або паспорта (Директива 2004/38);

3) що у разі перебування на території іншої держави-члена ЄС понад 3 місяці громадянам ЄС не потрібно отримувати дозвіл на постій-

¹ Див.: Справи 35 & 36/82, *Morson and Jhanjhan v. Netherlands* (1982) ECR 3723, (1983) 2 CMLR 221.

² Див.: Справа 267/83, *Diatla v. Land Berlin* (1985) ECR 567, (1986) 2 CMLR 164. Розведення (сепарація) – стан, за яким процес розлучення вже розпочався, але до кінця ще не завершився. У багатьох європейських країнах шлюбне законодавство передбачає розведення (сепарацію) як необхідний крок до розлучення.

³ Див.: Справа 59/85, *Netherlands v. Reed* (1986) ECR 1283, (1987) 2 CMLR 448.

не проживання в державі-члені ЄС. Натомість їм потрібно зареєструватися у компетентних владних установах такої держави-члена (Директива 2004/38);

4) право отримувати громадянину ЄС та членами його родини від держави-члена ЄС дозвіл на постійне проживання після п'ятирічного строку легального перебування у цій державі-члені (Директива 2004/38).

Дозвіл на проживання повинен бути чинним принаймні 5 років та продовжуватися автоматично. Важливо, що права громадян ЄС та їх родин на проживання походять безпосередньо з Договору про діяльність ЄС, а не з вторинного законодавства ЄС¹ чи національного права держав-членів, тому відсутність дозволу на проживання не може бути підставою для відмови при в'їзді чи депортації². Недотримання громадянами ЄС або їх родинами адміністративних вимог не може бути підставою для депортації, хоча держави-члени ЄС й можуть встановлювати за це адміністративні покарання³.

§ 8.2.3. Однакове ставлення до громадян ЄС та членів їх родин

Іншим важливим правом громадян ЄС є рівність ставлення (недискримінація) до них з боку будь-якої держави-члена. Установчі договори ЄС забороняють будь-яку дискримінацію громадян ЄС та членів їх родини на підставі національності. СПЕС пояснив, що *повинно бути однакове ставлення до громадян різних держав-членів у всіх державах-членах у ситуаціях, що регулюються правом Співтовариства*⁴.

Згідно з Директивою 2004/38 держави-члени не можуть дискримінувати громадян ЄС на підставі їх статі, раси, кольору, етичного та соціального походження, генетичних даних, мови, релігії, політичних поглядів, належності до етнічної меншини, власності, народження, інвалідності, віку чи сексуальної орієнтації. Регламент 492/2011 імплементує положення установчих договорів ЄС щодо недискримінації працівників та вимагає від держав-членів дотримуватися рівності

¹ Див.: Справа 48/75, *Procureur du Roi v. Royer* (1976) ECR 497, (1976) 2 CMLR 619.

² Див.: Справа 157/79, *R. v. Pieck* (1980) ECR 2171, (1980) 3 CMLR 220.

³ Див.: Справа 118/75, *Watson v. Belmann* (1976) ECR 1185, (1976) 2 CMLR 552.

⁴ Див.: Справа C-43/95, *Data-Delecta & Forsberg v. MSL Dynamics* (1996) ECR I-4661.

ставлення в усіх справах, що пов'язані з роботою при пересуванні працівників. Регламент містить 3 розділи:

- 1) «Здатність до роботи»;
- 2) «Рівне ставлення в роботі»;
- 3) «Родини працівників».

Директива 96/71 надає право на рівне ставлення та умов праці працівникам, що працюють за короткостроковим чи сезонним контрактом¹.

Згідно з Регламентом 492/2011 громадянам ЄС гарантовано право найму на роботу та працю на території будь-якої з держав-членів на таких самих умовах, як це гарантовано працівникам-громадянам цієї держави-члена. Заборонено пряму чи непряму дискримінацію державами-членами громадян інших держав-членів. Зокрема, забороняється обмеження заявок на працевлаштування для громадян інших держав-членів (ст. 3(а) Регламенту 492/2011), встановлення особливих процедур працевлаштування для громадян інших держав-членів, встановлення квот прийняття на роботу іноземців в певній сфері² та інших перешкод. Проте державам-членам може бути дозволено встановлення для громадян інших держав-членів особливих вимог щодо знання мови, якщо цього вимагає природа посади, на яку кандидат претендує³.

Однакове ставлення до працівників стосується також умов їх праці. Це передбачає однакові умови працевлаштування та праці, зокрема, винагороду за роботу, порядок звільнення та поновлення на роботі, працевлаштування безробітних⁴, доступ до соціальних та податкових пільг нарівні з громадянами відповідної держави-члена (при цьому ці пільги розуміються досить широко; це може бути, наприклад, позика у зв'язку з народженням дитини⁵, пільгові тарифи на проїзд у транспорті⁶, мінімальні пенсії⁷ тощо), право брати участь у професійних спілках (ст. 8 Регламенту 492/2011), у професійній чи напівпрофесійній

¹ Див.: Директива 96/71 Європейського Парламенту та Ради ЄС від 16 грудня 1996 р. (О. J. 1996 L18/1).

² Див.: Справа 167/73, *Commission v. France (French Merchant Seamen)* (1974) ECR 359.

³ Див.: Справа 397/87, *Groener v. Minister for Education* (1990) 1 CMLR 401.

⁴ Див.: Стаття 7(1) Регламенту 1612/68.

⁵ Див.: Справа 65/81, *Reina v. Landeskreditbank Baden-Württemberg* (1982) ECR 33, (1982) 1 CMLR 744.

⁶ Див.: Справа 32/75, *Cristini v. SNCF* (1975) ECR 1085, (1976) 1 CMLR 573.

⁷ Див.: Справа 261/83, *Castelli v. ONPTS* (1984) ECR 3199.

спортивній діяльності¹ та користуватися помешканнями, що включає право набувати житло у власність².

Члени родини працівника можуть самостійно влаштовуватися на роботу в державі-члені ЄС, де проживають разом з працівником³. Діти працівників мають право доступу до системи загальної освіти та професійних шкіл у відповідній державі-члені⁴ та мають право отримувати фінансову допомогу на навчання тощо⁵.

§ 8.2.4. Право працівників та їх родин

на постійне проживання після закінчення трудових відносин у державі-члені ЄС

Регламент 1251/70, що імплементує ст. 45(3)(d) Договору про діяльність ЄС, регламентує право працівників та їх родин за певних обставин залишатися в державі-члені ЄС, де вони працювали, після того, як строк працевлаштування закінчився. Це право викладено в Преамбулі Регламенту 1251/70 та є невід'ємною частиною права на постійне проживання працівників. Його може бути реалізовано також членами родини навіть після смерті працівника.

Згідно зі ст. 2(1) Регламенту 1251/70 працівники, що вийшли на пенсію, працівники-інваліди та *транскордонні працівники* за дотримання певних умов мають право залишитися на постійне проживання в країні їх працевлаштування. *Транскордонні працівники* – це особи, що працюють на території однієї держави-члена, а мешкають в іншій. При цьому, щоб мати право залишитися у відповідній державі-члені після закінчення строку роботи, такі працівники повинні пропрацювати в державі-члені ЄС не менше 3 років та повертатися до своєї держави після роботи щодня чи принаймні щотижня.

Пенсіонери можуть отримати право на постійне проживання в державі-члені ЄС після досягнення пенсійного віку якщо виконували роботу у відповідній державі-члені протягом не менше 12 місяців та

¹ Див.: Якщо така становить економічну діяльність див. рішення за справою 13/76, *Dona v. Mantero* (1976) ECR 1333, (1976) 2 CMLR 578.

² Див.: Справа 305/87, *Commission v. Greece* (1989) ECR 1461.

³ Див.: Стаття 11 Регламенту 1612/68; рішення СПЕС у справі 131/85, *Gül v. Regierungspräsident Düsseldorf* (1986) ECR 1583, (1987) 1 CMLR 501

⁴ Див.: Директива 77/486 від 25 липня 1977 р. (О. J. 1977 L199/32).

⁵ Див.: Справа 9/74, *Casagrande v. Landeshauptstadt München* (1974) ECR 837, (1974) 2 CMLR 423.

безперервно проживали в цій країні понад 3 роки. Щодо інвалідів це право з'являється, якщо інвалідність настала під час роботи у відповідній державі-члені ЄС та особа безперервно проживає в цій державі більше 2 років (вимоги мінімального строку проживання немає, якщо інвалідність настала внаслідок нещасного випадку на виробництві або професійного захворювання, що дає право працівникові на державну пенсію).

Згідно зі ст. 3 Регламенту 1251/70 члени родини працівника також мають право постійного перебування в державі-члені його працевлаштування. Якщо працівник, який набув право на постійне проживання через досягнення пенсійного віку або інвалідність, помирає, його родина зберігає право постійного проживання. Якщо працівник помирає до набуття прав на постійне проживання, члени його родини також матимуть ці права, якщо: а) працівник на момент смерті безперервно мешкав на території відповідної держави-члена протягом принаймні 2 років; б) його смерть сталася через нещасний випадок на виробництві чи через професійне захворювання; в) інший з подружжя, що пережив такого працівника, є громадянином держави-члена; г) інший з подружжя, що пережив такого працівника, утратив громадянство цієї держави-члена ЄС через шлюб з померлим працівником¹.

На осіб, які набувають права постійного проживання за Регламентом 1251/70, також поширюється принцип рівного ставлення, який закріплено в Регламенті 492/2011, тобто такі особи можуть користатися всіма благами так само, як і громадяни відповідної держави-члена².

§ 8.2.5. Винятки щодо державних службовців

Стаття 45(4) Договору про діяльність ЄС дозволяє державам-членам встановлювати деякі обмеження на вільне пересування працівників, якщо йдеться про заборону чи обмеження доступу громадян інших держав-членів ЄС до роботи на державній службі (англ. *public service*). Цей виняток, як правило, інтерпретується СПЕС досить вузько, оскільки, природно, серед держав-членів ЄС існує тенденція використовувати цей виняток для звуження та обмеження застосування загального правила про свободу пересування всупереч його призначенню.

¹ Див.: ст. 3 (2) Регламенту 1251/70.

² Див.: Справа 32/75, *Cristinini v. SNCF* (1975) ECR 1085, (1976) 1 CMLR 573.

У визначенні, чи належить конкретна посада до державного сектору, СПЕС застосовує *функціональний*, а не *інституціональний* (органічний) підхід, тобто бере до уваги природу виконуваної роботи замість того, щоб автоматично включати цілі сектори зайнятості в поняття державної служби¹. Державною службою за правом ЄС визнаються лише посади, які передбачають особливі відносини *лояльності* з державою, саме тому доступ до них громадян інших держав-членів може бути обмежений або заборонений. Прикладами такої служби можуть бути армія, поліція, судові органи, вищі ешелони державних службовців. Нотатка 72/2 Європейської Комісії від 1988 р. підтверджує слушність такого підходу та визначає 4 види діяльності, які навряд чи можуть вважатися державною службою, бо є «досить віддаленими» від неї – це охорона громадського здоров'я, викладання в державних освітніх закладах, дослідницька робота невійськового характеру в державних установах та робота в державних органах, відповідальних за управління господарською діяльністю.

Наприклад, поняття «державна служба» не включає посади вчителів в державній школі², медичної сестри в державній лікарні³, моряка⁴, працівника органів місцевого самоврядування⁵ тощо. Водночас ст. 45(4) Договору про діяльність ЄС поширюється на посади урядових архітекторів, ревізорів та за певних обставин навіть нічних сторожів.

§ 8.2.6. Обмеження вільного пересування громадян ЄС

За аналогією з вільним рухом товарів допускається встановлення обмежень вільного пересування громадян ЄС на підставах захисту публічного порядку, державної безпеки та громадського здоров'я. Про це йдеться в ст. 45(3) Договору про діяльність ЄС, яку імплементує Директива 2004/38 (що має пряму дію). Директива 2004/38 стосується всіх заходів держав-членів ЄС щодо регулювання в'їзду та проживання на території, видання та продовження дозволів на проживання та

¹ Див.: Справа 152/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost* (1974) ECR 153.

² Див.: Справа 307/84, *Commission v. France* (1986) ECR 1725, (1987) 3 CMLR 555.

³ Див.: Справа C-47/93, *Commission v. Belgium* (1994) ECR I-1593.

⁴ Див.: Справа 149/79, *Commission v. Belgium* (1980) ECR 3881, (1981) 2 CMLR 413.

⁵ Див.: Справа 149/79, *Commission v. Belgium* (див. вище) та справа 149/79, *Commission v. Belgium* (No. 2) (1982) ECR 1845, (1982) 3 CMLR 539.

депортації громадян ЄС на підставі необхідності захисту публічного порядку, державної безпеки та громадського здоров'я. Стаття 27 Директиви 2004/38 зазначає, що такі обмежувальні заходи не можуть ґрунтуватися на економічних міркуваннях та мають використовуватися згідно з принципом пропорційності відповідно до поведінки конкретної особи. Під «обмежувальними заходами» розуміються будь-які дії, що стосуються прав, які охоплюються ст. 45 Договору про діяльність ЄС¹.

Обмеження на підставах захисту публічного порядку та державної безпеки може бути встановлено щодо конкретного індивіда лише виходячи з його особистої поведінки². При цьому повинна бути «справжня та досить серйозна загроза якомусь з фундаментальних інтересів суспільства»³. Несуттєвою є належність у минулому до певної забороненої організації, суттєвою є лише наявна, теперішня приналежність чи діяльність⁴. Неприпустимою є депортація індивіда «заради прикладу для інших»⁵.

Досить суперечливим є питання про застосування суворіших стандартів до іноземних громадян. У відомій справі *Van Duyn*⁶ СПЕС визнав безпідставною відмову британської влади громадянці Нідерландів щодо в'їзду до Великої Британії, бо позивачка пані Ван Дайн мала намір працювати в Церкві Саєнтології, що вважається суспільно небезпечною, хоч саму цю секту й не було заборонено у Великій Британії. Пізніше в рішенні за об'єднаними справами *Adoui та Cornaille v. Belgian State*⁷ (французькі повії намагалися отримати дозвіл на проживання в Бельгії, де проституція не заборонена) СПЕС встановив, що держави-члени ЄС не можуть відмовляти громадянам інших держав-членів у праві на проживання на підставі їх поведінки чи діяльності, якщо аналогічна поведінка чи діяльність громадян відповідної держави-члена не є забороненою у цій країні.

¹ Див.: Справа 30/77, *R. v. Bouchereau* (1977) ECR 1999, (1977) 2 CMLR 800.

² Див.: Справа 36/75, *Rutili v. Ministre de l'intérieur* (1975) ECR 1219, (1976) 1 CMLR 140.

³ Див.: Стаття 27 (2) Директиви 2004/38; справа 30/77, *R. v. Bouchereau* (див. вище) та справа 36/75, *Rutili v. Ministre de l'intérieur* (див. вище).

⁴ Див.: Справа 41/74, *Van Duyn v. Home Office* (1974) ECR 1337, (1975) 1 CMLR 1.

⁵ Див.: Справа 67/74, *Bonsignore v. Oberstadtdirektor of the City of Cologne* (1975) ECR 297, (1975) 1 CMLR 472.

⁶ Див.: Справа 41/74, *Van Duyn v. Home Office* (див. вище).

⁷ Див.: Справи 115&116/81, *Adoui & Cornuaille v. Belgium* (1982) ECR 1665, (1982) 3 CMLR 631.

Попередня або непогашена судимість чи обвинувачення необов'язково будуть підставою для обмеження вільного пересування осіб в ЄС. У кожному разі повинна задовольнятися умова *«справжньої та достатньої серйозної загрози громадському порядку»* держави-члена. Попередня судимість може бути свідченням про небезпечну особисту поведінку, лише якщо особа становить актуальну та реальну загрозу громадському порядку держави-члена (є підстави побоюватися рецидиву)¹. Проте все ж можливо, що минула поведінка особи буде достатньою підставою для визнання, що становить актуальну загрозу: в таких випадках негативна поведінка повинна бути *«достатньо серйозною»*.

Поняття *«державна безпека»* не є чітко визначеним у справах, вирішених СПЕС, і на практиці воно тлумачиться досить широко та часто виступає альтернативою *«публічного порядку»*. Трапляються ситуації, коли поведінка особи може загрожувати як *«публічному порядку»*, так і *«державній безпеці»* (наприклад тероризм).

«Громадське здоров'я» може бути підставою для встановлення обмежень прав на в'їзд та проживання лише якщо особа хворіє на якусь із інфекційних хвороб, зазначених у документах Всесвітньої Організації Охорони Здоров'я, та інші інфекційні та паралітичні хвороби, якщо в державах-членах існують обмеження прав пересування осіб з такими хворобами для власних громадян. Якщо особа захворіла на якусь із зазначених хвороб після трьохмісячного строку перебування на території держави-члена, це не може слугувати підставою для відмови на продовження дозволу на проживання та подальшої депортації².

§ 8.2.7. Процесуальні гарантії вільного пересування громадян ЄС

Директива 2004/38 передбачає також деякі процесуальні гарантії для осіб, які прагнуть здійснити свої права на в'їзд та проживання в державах-членах ЄС. Це, зокрема, обов'язок держав-членів ЄС оголошувати підстави для рішень, що обмежують вільне пересування громадян ЄС, якщо тільки ця інформація не становить державної таємниці (недотримання цієї вимоги може бути підставою для скасування

¹ Див.: Справа 30/77, *R. v. Bouchereau* (див. вище).

² Див.: Стаття 29 Директиви 2004/38.

ня рішення в судовому порядку)¹; надання державами-членами громадянам інших держав-членів таких самих можливостей з оскарження адміністративних дій та рішень, як і власним громадянам². Якщо все ж прийнято рішення про депортацію, строк видворення з держави-члена, крім особливо термінових випадків, не може бути меншим 1 місяця з моменту інформування особи про таке рішення³.

§ 8.3. Свобода ділового заснування в Європейському Союзі

Свобода ділового заснування згідно зі ст. 49(2) Договору про діяльність ЄС розуміється як «право самостійної діяльності, а також створення суб'єктів підприємницької діяльності й управління ними, зокрема, створення компаній і фірм в тому значенні, яке визначено ст. 54(2) Договору про діяльність ЄС, на умовах, встановлених законодавством держави-члена ЄС, де таке право існує для її власних громадян...».

Таким чином, свобода ділового заснування на Внутрішньому ринку ЄС складається з 2 елементів:

1) право самостійної економічної діяльності громадян ЄС у будь-якій державі-члені ЄС інше, ніж у державі-члені, звідки цей громадянин походить;

2) право на створення й управління суб'єктами підприємницької діяльності в державах-членах відповідно до умов, установлених законодавством держави-члена ЄС для власних фізичних та юридичних осіб.

Під «суб'єктами підприємницької діяльності» (англ. *undertakings*) СПЕС розуміє будь-які суб'єкти, що діють з метою одержання прибутку. Це включає корпорації, товариства, фізичних осіб, торгівельні асоціації, підприємства з державною формою власності і кооперативи⁴. Установи державної форми власності можуть бути визнані підприєм-

¹ Див. англійську справу *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Dannenberg* (1984, Court of Appeal) 2 CMLR 456.

² Див.: Стаття 31 Директиви 2004/38; також рішення за поєднаними справами C-65 & 111/95, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Singh Shingara and Abbas Radion* (1997) ECR I-3343.

³ Див.: Стаття 30 Директиви 2004/38.

⁴ Див.: Справа T-7/89, *SA Hercules Chemmicals NV v. Commission* (1991) ECR II-1711.

ствами, якщо вони здійснюють економічну діяльність з метою одержання прибутку у значенні ст. 101 Договору про діяльність ЄС. У деяких випадках різні юридичні особи можуть класифікуватися як єдине підприємство, якщо між ними існує тісний економічний зв'язок.

Із змісту ст. 49 Договору про діяльність ЄС випливає, що свобода ділового заснування поширюється не тільки на громадян ЄС, а й на компанії та фірми, засновані відповідно до законодавства держави-члена ЄС. До компаній і фірм у значенні ст. 54 Договору про діяльність ЄС належать юридичні особи (зокрема кооперативні товариства), що діють відповідно до цивільного та комерційного права держави походження, за винятком неприбуткових юридичних осіб. Для користування свободою ділового заснування компанія чи фірма має бути зареєстрована згідно з законодавством держави-члена ЄС, і місцем провадження її економічної діяльності (зокрема, наявність зареєстрованого офісу, центрального управління та місця переважного здійснення бізнесу) має бути територія держави-члена ЄС.

Частина 1 ст. 49 Договору про діяльність ЄС забороняє будь-які національні обмеження для здійснення економічної діяльності в ЄС фізичними чи юридичними особами інших держав-членів ЄС. Частина 2 ст. 49 Договору про діяльність ЄС передбачає, що суб'єкти підприємницької діяльності держав-членів ЄС користуються тими самими правами, що і суб'єкти підприємницької діяльності в державі-члені їх походження.

Проте ст. 49 Договору про діяльність ЄС передбачає *2 види обмеження свободи ділового заснування*.

Перший – свобода ділового заснування може бути реалізована суб'єктами підприємницької діяльності ЄС тільки в державі-члені, іншій, ніж держава-член їх походження. Отже, підприємець-громадянин ЄС не може заперечувати правомірність обмежень його права на свободу ділового заснування в країні свого громадянства.

Другий – свобода ділового заснування здійснюється «на тих же засадах, що і для власних громадян». Це означає, що якщо суб'єкт підприємницької діяльності ЄС здійснює свою економічну діяльність в тому ж порядку, що і суб'єкти підприємницької діяльності держави-члена ЄС, де він має місце ділового заснування, але при цьому зазнає певних обмежень порівняно з режимом господарювання в своїй власній державі, то це не може розглядатися як дискримінація всупереч свободі ділового заснування у значенні ст. 49 Договору про діяльність ЄС.

Взагалі розділ про свободу ділового заснування Договору про діяльність ЄС накладає на уряди держав-членів ЄС пряме зобов'язання усунути всі види обмежень, що ускладнюють процедуру ділового заснування в ЄС, зокрема: умови заснування компаній, філій, дочірніх підприємств та умови в'їзду так званого «ключового»¹ персоналу та працівників компаній.

Положення розділу про свободу ділового заснування Договору про діяльність ЄС забороняють як пряму дискримінацію суб'єктів підприємницької діяльності ЄС за ознакою національності або громадянства, так і непряму (наприклад додаткова реєстрація), але за винятком необхідності дотримання моральних та етичних принципів, дисциплінарного контролю в державі-члені. У доповнення до розділу про свободу ділового заснування Договору про діяльність ЄС потрібно враховувати Директиву 2004/38, згідно з якою держави-члени повинні усунути будь-які дискримінаційні обмеження з ділового заснування громадян ЄС та їх свобод щодо доступу на територію держав-членів ЄС з метою надання та отримання послуг. Крім того, ця Директива дозволяє підприємцям та членам їх родин залишатися на території держави-члена ЄС.

Окрім заборони прямої та непрямої дискримінації, свобода ділового заснування надає додаткові специфічні права суб'єктам підприємницької діяльності ЄС, наприклад: право залишатись на території держави-члена ЄС під час та після закінчення здійснення комерційної діяльності через ділове заснування чи надання послуг в цій державі-члені, право отримувати у власність та користуватися землею та будівлями на території держави-члена ЄС, де суб'єкт підприємницької діяльності ЄС перебуває.

Відповідно до рішень СПЄС заборона на пряму та непряму дискримінацію щодо умов здійснення права на ділове заснування та надання послуг у державах-членах ЄС впливає із загальної заборони дискримінації за ознаками національності, що закріплено в ст. 18 Договору про діяльність ЄС². Проте держави-члени ЄС мають право застосовувати недискримінаційні заходи з обмеження свободи ділового заснування суб'єктів підприємницької діяльності ЄС, якщо такі заходи відповідають наступним умовам:

- 1) застосовуються недискримінаційним чином;
- 2) виправдані серйозними вимогами захисту суспільних інтересів;

¹ Докладніше про ключовий персонал див. тему 18.

² Див.: Справа 197/84, *Steinhauser v. City of Biarritz* (1985) ECR 1819.

3) припустимі для досягнення мети;

4) вживаються лише в межах та в обсязі, необхідних для досягнення мети¹.

Договір про діяльність ЄС передбачає кілька винятків зі свободи ділового заснування, якщо діяльність пов'язана з виконанням офіційних владних повноважень². У справі *Reyners*³ СПЕС підкреслив, що обсяг винятку з права свободи ділового заснування не може перевищувати обсягу, необхідного для досягнення мети, з якою цей виняток було прийнято, «беручи до уваги фундаментальний характер свободи ділового заснування та принцип рівності громадян, що передбачено Договором про Співтовариство» (зараз – Договором про діяльність ЄС). Винятки на підставах виконання владних повноважень, державної безпеки та громадського здоров'я, передбачені в ст. 52(1) Договору про діяльність ЄС, однаково стосуються всіх свобод Внутрішнього ринку: свободи пересування працівників, свободи ділового заснування та свободи надання послуг.

Згідно з рішенням СПЕС ст. 49 Договору про діяльність ЄС має пряму дію. СПЕС підтвердив, що навіть за браком прийнятих директив, як це вимагається ст. 53 Договору про діяльність ЄС, і в тому разі, коли обмеження свободи ділового заснування не ґрунтуються на критерії національності або громадянства, суб'єкти підприємницької діяльності ЄС можуть прямо посилалися на ст. 49 Договору про діяльність ЄС, щоб користуватися свободою ділового заснування і здійснювати свою економічну діяльність у будь-який з держав-членів ЄС.

§ 8.3.1. Свобода ділового заснування компаній

Свобода ділового заснування компаній в ЄС має деякі особливості правового регулювання в законодавстві ЄС. Законодавство ЄС про компанії не є єдиним в усіх державах-членах ЄС, а тільки гармонізовано в окремих сферах, що лише полегшує реалізацію свободи ділового заснування компаній на території ЄС.

До «компаній і фірм» у значенні ст. 54 Договору про діяльність ЄС також відносять товариства без права здійснення економічної діяль-

¹ Див.: Справа 120/78, *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979) ECR 649, (1979) 3 CMLR 494.

² Див.: Стаття 51 Договору про діяльність ЄС.

³ Див.: Справа 2/74, *Reyners v. Belgium* (1974) ECR 631, (1974) 2 CMLR 305.

ності, якщо буде визнано, що їх діяльність має економічний/комерційний характер, тобто здійснюється з метою одержання прибутку.

Як вже зазначалося вище, якщо компанію засновано відповідно до законодавства держави-члена ЄС, вона має зареєстроване місце знаходження і здійснює економічну діяльність на території ЄС, тоді вона має право користуватися свободою ділового заснування згідно зі ст.ст. 49, 54 Договору про діяльність ЄС.

СПЄС у справі *Segers*¹ визначив, що свобода ділового заснування поширюється навіть на компанії, які не здійснюють економічної діяльності в державі-члені, де вони мають місце ділового заснування, але водночас функціонують у формі агентства, філії або дочірнього підприємства з іншої держави-члена ЄС. Однак подібне право «вторинного ділового заснування» дозволяється, тільки коли компанія зареєстрована і має основне місце здійснення економічної діяльності в одній з держав-членів ЄС.

СПЄС постійно намагався усунути будь-які дискримінаційні обмеження на здійснення економічної діяльності компаніями, що зареєстровані в іншій державі-члені ЄС. Так, у справі *Commission v. France*² СПЄС заборонив дискримінаційне оподаткування відділень або агентцій європейських компаній. У цій справі СПЄС охарактеризував суть свободи ділового заснування компаній в ЄС таким чином: «ст. 43 Договору про Співтовариство (зараз ст. 49 Договору про діяльність ЄС) надає суб'єктам підприємницької діяльності ЄС право обирати найзручнішу правову норму, відповідно до якої вони бажають здійснювати свою економічну діяльність в будь-якій державі-члені ЄС, і держава-член не має права обмежувати подібну свободу вибору».

Прикладом застосування заборонених недискримінаційних національних заходів, що обмежують право вторинного ділового заснування, є справа *Commission v. Italy*³. У цій справі СПЄС підтримав позов Європейської Комісії про те, що положення законодавства Італії, яке дозволяє одержувати контракти на створення програмного забезпечення для органів державної влади лише компаніям, у яких більшість акцій контролюється державою, суперечить ст.ст. 49, 56 Договору про діяльність ЄС. СПЄС підкреслив, що, незважаючи на те, що це положення застосовується без обмежень для компаній як італійських, так

¹ Див.: Справа 79/85, *Segers* (1986) ECR 2375; (1987) 2 CMLR 247.

² Див.: Справа 318/86, *Commission v. France* (1988) ECR 3559, (1989) 3 CMLR 569.

³ Див.: Справа 3/88, *Commission v. Italy* (1989) ECR 4035.

й іноземних, таке недискримінаційне положення більшою мірою сприяє розвитку італійських компаній.

СПЕС у справі *Daily Mail*¹ встановив певні обмеження свободи ділового заснування для європейських компаній. Зокрема, в своєму рішенні СПЕС зазначив, що свобода ділового заснування не надає європейським компаніям права пересувати без обмеження з боку національних владних структур своє центральне управління і місце знаходження. Це обмеження не означає, що європейська компанія не може перемістити свій центральний керівний орган в іншу державу-член ЄС згідно з правом ЄС, але приймаюча держава-член ЄС має право встановлювати певні національні обмеження щодо такої компанії. Така ситуація пояснюється тим, що національні законодавства держав-членів щодо місця інкорпорації або місцезнаходження центрального управління компаній ще не гармонізовано законодавством ЄС.

При вирішенні по справі *Centros*² СПЕС визнав, що відмова будь-якої держави-члена ЄС у реєстрації відділення (англ. *branch*) європейської компанії під приводом охорони інтересів кредиторів, запобігання шахрайству та обману суперечить принципам Внутрішнього ринку ЄС і тому є незаконною. Держава-член ЄС повинна забезпечувати охорону інтересів кредиторів та запобігання шахрайству іншими засобами, які не суперечать законодавству ЄС та не обмежують свобод Внутрішнього ринку ЄС. У цій справі СПЕС просунувся ще на один крок уперед до повного скасування національних обмежень свободи пересування компаній та фірм у Внутрішньому ринку ЄС. Подальше визнання повної свободи ділового заснування компаній було підтверджено СПЕС у справі *Uberseering*³. У цій справі СПЕС визнав такою, що не відповідає праву ЄС, відмову німецького суду визнати правосуб'єктність голландської компанії у німецькому праві тільки на підставах того, що ця компанія була заснована на території Голландії. СПЕС визначив, що тільки мета охорони публічного інтересу (захист інтересів кредиторів, робітників тощо) може виправдати обмеження свободи ділового заснування компаній на території ЄС.

¹ Див.: Справа 81/87, *R. v. HM Treasury and Commissioners of Inland-Revenue, ex p. Daily Mail General Trust PLC* (1988) ECR 5483, (1988) 3 CMLR 713.

² Див.: Справа C-222/97, *Manfred Trummer & Peter Mayer*, (1999) ECR I-01661.

³ Див.: Справа C-208/00, *Uberseering BV v. Nordic Constraction Company* (2000) ECR I-9919.

§ 8.3.2. Взаємне визнання професійних кваліфікацій та дипломів

Вимога наявності певної професійної кваліфікації та інші правила щодо доступу до регульованих державою видів економічної діяльності завжди були ефективним засобом недопущення громадян інших країн до національного ринку. Тому це створювало серйозну загрозу забезпеченню свободи ділового заснування на території держав-членів ЄС.

У справі *Thieffry*¹ СПЕС остаточно визначив, що ст. 49 Договору про діяльність ЄС забороняє компетентним органам держав-членів ЄС відмовляти без вагомих причин громадянам інших держав-членів здійснювати економічну діяльність або отримувати визнання своєї кваліфікації тільки через те, що їх кваліфікація не є еквівалентною або не відповідає національним вимогам.

У справі *Patrick*² британський архітектор бажав отримати доступ на ринок послуг у Франції. У той час ще не існувало директив з питань визнання кваліфікацій архітекторів у ЄС. Згідно з законодавством Франції іноземний архітектор міг працювати у Франції, якщо його професійну кваліфікацію було визнано французьким урядом як еквівалентну французькій національній кваліфікації на підставі взаємної домовленості або угоди з країною походження заявника. Позивачеві було відмовлено в отриманні дозволу на надання професійних послуг у Франції тільки на підставі того, що між Францією і Великою Британією не існувало взаємних угод про визнання професійних кваліфікацій. Однак СПЕС, застосувавши телеологічний спосіб тлумачення права ЄС, визнав, що відмова французької влади суперечила положенням Договору про діяльність ЄС про заборону дискримінації громадян ЄС за ознаками національності.

У справі *Heylens*³ СПЕС продовжив свою стратегію тлумачення розділів Договору про діяльність ЄС і визначив, що за браком гармонізації законодавства про умови доступу до певної професії в ЄС держава-член має право вимагати якщо не ідентичної, то еквівалент-

¹ Див.: Справа 71/76, *Thieffry v. Conseil de l'Ordre des Avocats a la Cour de Paris* (1977) ECR 765, (1977) 2 CMLR 373.

² Див.: Справа 11/77, *Patrick v. Ministre des Affaires Culturelles* (1977) ECR 1199, (1977) 2 CMLR 523

³ Див.: Справа 222/86, *UNECTEF v. Heylens* (1987) ECR 4097, (1989) 1 CMLR 91.

ної з національними вимогами кваліфікації для цієї професії. Однак громадянин ЄС має право оскаржити рішення національних владних структур про відмову у визнанні диплома або кваліфікації та знати підставу для такого рішення. Тлумачення ст. 49 Договору про діяльність ЄС СПЕС застосував і у справі *Vlassopoulou*¹, де було підтверджено, що за браком законодавства ЄС зі взаємного визнання правових кваліфікацій ст. 49 Договору про діяльність ЄС передбачає обов'язок національних владних структур порівнювати кваліфікації громадян ЄС, які бажають займатися юридичною практикою в цій державі-члені. Такий обов'язок полягає в тому, що держава-член ЄС повинна здійснити порівняння спеціальних знань та навичок, засвідчених дипломами, виданими національними навчальними закладами та навчальними закладами інших держав-членів ЄС. Фактично СПЕС встановив обов'язок держави-члена ЄС уважно розглядати будь-яку кваліфікацію або диплом, необхідний для здійснення економічної діяльності відповідно до ст. 49 Договору про діяльність ЄС і в разі, якщо така кваліфікація є еквівалентною національним вимогам приймаючої держави-члена ЄС, ця держава-член зобов'язана визнати цю кваліфікацію або диплом. Якщо буде доведено наявності певних відмінностей, приймаюча держава-член зобов'язана розглянути можливість отримання додаткової освіти для того, щоб кваліфікація суб'єкта подання досягла рівня, достатнього для економічної діяльності в цій державі-члені ЄС. Проте держава-член не зобов'язана забезпечувати всі умови для завершення професійної освіти громадянином з іншої держави-члена ЄС.

Таким чином, вищезгадана практика СПЕС підтверджує, що розділи Договору про діяльність ЄС про вільне пересування працівників і свободу ділового заснування мають пряму дію. Це означає, що суб'єкти підприємницької діяльності ЄС можуть посилалися на відповідні положення Договору про діяльність ЄС в судах держав-членів. Це має на меті встановлення позитивних зобов'язань національних владних і професійних організацій в ЄС для забезпечення свободи ділового заснування навіть за браком національного законодавства і законодавства ЄС про взаємне визнання кваліфікацій. Крім того, за практикою СПЕС громадяни ЄС користуються правом визнання їх професійних кваліфікацій, отриманих у державах, які не мають член-

¹ Див.: Справа 340/89, *Vlassopoulou v. Ministerium fur Justiz* (1991) ECR 2357, (1993) 2 CMLR 22.

ства ЄС. СПЕС визначив, що держави-члени ЄС повинні визнавати «усі види дипломів, сертифікатів та інших доказів професійної кваліфікації та досвіду»¹.

Питання взаємного визнання професійних кваліфікацій між державами-членами ЄС було частково гармонізовано шляхом прийняття Директиви 2005/36², за допомогою якої Комісія гармонізувала загальні мінімальні вимоги щодо професійної освіти та підготовки в усіх державах-членах ЄС, що потрібні для певної професії (окрім юридичної), а також зазначила назву і вигляд дипломів у різних державах-членах ЄС, що задовольняють умови взаємного визнання кваліфікацій.

Мета Директиви 2005/36 – полегшити суб'єктам підприємницької діяльності ЄС, що практикують певний вид професії, доступ до своєї професії або виду діяльності в іншій державі-члені ЄС, що включає свободу ділового заснування і свободу надання та отримання послуг. Щодо менш урегульованих професій метою є можливість надання суб'єктові підприємницької діяльності ЄС доступу до ринку держави-члена за умови, що він має достатній досвід заняття такою професійною діяльністю.

Директива 2005/36 встановлює мінімальні стандарти професійної підготовки та вимагає визнання підсумкових кваліфікацій громадян ЄС. До особливостей такої процедури належить вимога про наявність сертифіката з високим середнім балом навчання. Наявність таких сертифікатів є основною умовою для того, щоб суб'єкт підприємницької діяльності ЄС був допущений до практики в іншій державі-члені. Якщо сертифікат задовольняє вищезазначені умови, національні владні структури зобов'язані прийняти його до розгляду. Потрібно враховувати, що Директива 2005/36 поширюється на осіб, які надають професійні послуги самостійно або працюють на підставі трудового договору, маючи статус «працівник». Це означає, що особа, яка отримала визнання своєї кваліфікації, як наприклад архітектор, може надавати послуги за винагороду або одержувати фіксовану заробітну плату.

Взаємне визнання професійних кваліфікацій в ЄС засноване на принципі «взаємної довіри» (англ. *mutual trust*). Цей принцип полягає у тому, що держава-член ЄС не може обмежити свободу ділового заснування чи надання послуг суб'єкта підприємницької діяльності ЄС

¹ Див.: Справа C-319/92, *Haim* (1994) ECR I-425, Справа C-238/98, *Hoesman* (2000) ECR I-6623.

² Див.: Директива 2005/36 від 7 вересня 2005 р. (О. J. 2005 L255/22).

тільки на підставі необхідної наявності національної кваліфікації для здійснення певної професійної діяльності у цій країні, а повинна створити умови для визнання кваліфікації суб'єкта підприємницької діяльності ЄС.

Взаємне визнання професійних кваліфікацій в ЄС передбачає вимогу наявності тільки «певної кваліфікації» (англ. *certain qualification*), коли вимагається, щоб суб'єкт підприємницької діяльності ЄС володів додатковою професійною підготовкою в доповнення до вищої освіти, тільки якщо це необхідно для здійснення певної професійної діяльності в цій державі-члені ЄС.

Директива 2005/36 регулює визнання професійних кваліфікацій з метою надання послуг та ділового заснування суб'єктів підприємницької діяльності на території ЄС. У першому випадку суб'єкти підприємницької діяльності ЄС, які законно знаходяться на території держави-члена ЄС іншої, ніж держава їх походження, можуть надавати послуги та використовувати власну професійну кваліфікацію без її обов'язкового визнання уповноваженими установами держави-члена ЄС. У випадку, якщо в державі-члені ЄС професійна кваліфікація заявника не отримала правового регулювання, то уповноважені установи держави-члена ЄС можуть вимагати від особи, яка надає послуги, мати щонайменше два роки професійного досвіду за відповідною кваліфікацією, наявність страховки та інших документів. Якщо за національним законодавством держави-члена ЄС для здійснення певної професійної діяльності вимагається обов'язкова реєстрація в професійній асоціації, то для громадянина ЄС, який надає послуги, така реєстрація має відбутися автоматично. Щодо професійних кваліфікацій в сфері охорони здоров'я та безпеки людей уповноважені установи держави-члена ЄС можуть здійснювати визнання професійної кваліфікації особи, яка надає послуги, згідно з національними правилами, але відповідно до принципу пропорційності.

У другому випадку суб'єкти підприємницької діяльності ЄС, які законно знаходяться на території держави-члена ЄС іншої, ніж держава їх походження, можуть мати ділове заснування, здійснювати професійну діяльність та використовувати професійні кваліфікації за умовами, які діють стосовно громадян цієї держави-члена ЄС, без обов'язкового визнання професійної кваліфікації уповноваженими установами держави-члена ЄС. Головною умовою є наявність професійної освіти, еквівалентної тій, яка вимагається від громадян держави-члена ЄС.

Директива 2005/36 визначає п'ять рівнів професійної освіти, які можуть враховуватись при визнанні професійних кваліфікацій громадян ЄС: 1) атестат про початкову та середню освіту чи три роки професійного досвіду; 2) сертифікат про середню технічну освіту;

3) диплом про професійну освіту на базі середньої освіти протягом не менше одного року; 4) диплом про вищу освіту протягом не менше трьох і не більше чотирьох років; 5) диплом про вищу освіту протягом не менше чотирьох років.

Уповноважені установи держави-члена ЄС можуть запроваджувати додаткові іспити чи вимагати продовження навчання строком до трьох років від громадян ЄС, які прагнуть визнання їх професійної кваліфікації у наступних випадках: 1) якщо їх освіта тривала на один рік менше ніж вимагається законодавством держави-члена ЄС, де громадяни ЄС прагнуть визнання своєї професійної кваліфікації;

2) якщо їх освіта була за змістом не ідентичною освіті, яка вимагається законодавством держави-члена ЄС, де громадяни ЄС прагнуть визнання своєї професійної кваліфікації; 3) якщо їх освіта не відповідає освіті, яка вимагається законодавством держави-члена ЄС, де громадяни ЄС намагаються визнати свою професійну кваліфікацію. Директива 2005/36 містить перелік професійних кваліфікацій в сфері виробництва, ремісників та підприємців, які підпадають під автоматичну процедуру визнання у випадку наявності у заявника необхідного професійного досвіду та наявності сертифіката чи диплома про професійну освіту. Щодо професійних кваліфікацій медичних працівників (включаючи ветеринарів та фармацевтів) та архітекторів то Директивою 2005/36 визначаються мінімальні вимоги щодо їх освіти та професійного досвіду. У разі невідповідності уповноважені установи держави-члена ЄС можуть вимагати пройти додаткову професійну підготовку заявником.

Згідно з процедурою визнання професійних кваліфікацій заявник може звернутися до уповноваженої установи держави-члена ЄС із заявою та копіями необхідних документів і дипломів. Рішення про визнання професійної кваліфікації приймається впродовж трьох місяців. У разі відмови у визнанні професійної кваліфікації заявник може звернутися до суду держави-члена ЄС, де визнається професійна кваліфікація. У разі позитивного рішення про визнання професійної кваліфікації заявник може використовувати назву своєї кваліфікації чи ступеня та набути членства, якщо необхідно, в професійній асоціації.

Держава-член ЄС може вимагати знання національної мови, якщо це необхідно для здійснення професійної діяльності, але реалізація цієї вимоги має бути у відповідності із принципом пропорційності, тобто, наприклад, не передбачати регулярні обов'язкові тести на знання державної мови під час надання послуг чи ділового заснування з боку громадян ЄС.

Таким чином, можна дійти висновку, що прийнята в законодавстві ЄС процедура взаємного визнання кваліфікацій та дипломів має на меті усунення будь-яких національних перешкод для реалізації суб'єктами підприємницької діяльності ЄС свободи ділового заснування та свободи надання й отримання послуг. Процедура взаємного визнання кваліфікацій та дипломів гарантує забезпечення свободи ділового заснування та надання послуг в кожній державі-члені ЄС

§ 8.4. Свобода надання та отримання послуг

Відповідно до ст. 49 Договору про діяльність ЄС свобода ділового заснування дозволяє здійснювати економічну діяльність у певному фіксованому місці на території ЄС упродовж невизначеного строку. Свобода надання послуг згідно зі ст. 56 Договору про діяльність ЄС дозволяє здійснювати економічну діяльність на тимчасовій основі в тій державі-члені ЄС, де суб'єкт підприємницької діяльності, який надає послуги, або особа, яка отримує послуги, не мають місця ділового заснування.

Стаття 56 Договору про діяльність ЄС забороняє національні обмеження щодо надання та отримання послуг громадянами ЄС. Як зазначив СПЕС, держави-члени зобов'язані усунути будь-які обмеження не тільки «стосовно дискримінації щодо національності особи, яка надає послуги, та будь-яких обмежень, які застосовуються однаково щодо громадян власної та інших держав-членів ЄС, а й можуть зашкодити свободі надання послуг громадянином іншої держави-члена, в якій він легально надає ці послуги»¹. Держави-члени ЄС можуть обмежити свободу надання послуг винятково з метою захисту публічного інтересу на підставах, ідентичних до обмежень свободи ділового заснування.

¹ Див.: Справа C-76/90, *Søder v. Dennekemeyer & C. Ltd.* (1991) ECR I-4221.

СПЕС вирішив проблему класифікації свободи ділового заснування та свободи надання послуг через визнання паралельної дії ст. 49 та ст. 56 Договору про діяльність ЄС. Це означає, що положення Договору про діяльність ЄС про свободу надання послуг діють тільки за умови, якщо суб'єкт підприємницької діяльності ЄС не може користуватися свободою ділового заснування. Наприклад, це стосується ситуації, коли суб'єкт підприємницької діяльності ЄС в'їжджає до держави-члена ЄС не з метою ділового заснування, а для того, щоб здійснювати економічну діяльність *тимчасово*. Для досягнення цього суб'єкт підприємницької діяльності ЄС може засновувати офіс та інші інфраструктури в країні перебування, але винятково з метою тимчасового надання послуг¹. Слід зазначити, що Загальна Програма свободи надання послуг в ЄС поширює цю свободу тільки на тих суб'єктів підприємницької діяльності, що вже мають місце ділового заснування в ЄС².

Різниця між свободою ділового заснування та свободою надання послуг полягає в тому, що коли суб'єкт підприємницької діяльності ЄС здійснює економічну діяльність на території держави-члена ЄС, іншій, ніж держава походження, на тимчасовій основі, він користується свободою надання послуг. У разі, коли суб'єкт підприємницької діяльності ЄС проживав в державі-члені ЄС протягом тривалого часу та отримує прибуток від такої діяльності, це буде кваліфіковано як свобода ділового заснування.

Якщо компанія тільки знаходиться (має місце ділового заснування) на території ЄС, а інкорпорована в іншій державі, що не є членом ЄС, то для того, щоб користуватися свободою надання послуг у ЄС, така компанія повинна мати «істотний і тривалий зв'язок з економікою держави-члена ЄС, де компанія бажає здійснити свободу надання послуг». Отже, вимога обов'язкового ділового заснування суб'єкта підприємницької діяльності ЄС, що надає послуги тимчасово в країні перебування, є незаконною та суперечить розділу про надання послуг Договору про діяльність ЄС³.

Суб'єкт підприємницької діяльності ЄС, який переміщається до держави-члена ЄС з метою надання послуг, має право користуватись

¹ Див.: Справа 55/94, *Gebhard v. Consilio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* (1995) ECR I-4165.

² Див.: Загальна Програма усунення перешкод свободи ділового заснування від 18 грудня 1961 р. (О. J. 1961 36/62).

³ Див.: Справа 220/83, *Commission v. France* (1986) ECR 3663, (1987) 2 CMLR 113.

ідентичними з працівниками пільгами, зокрема, правом в'їзду та проживання членів родини суб'єкта підприємницької діяльності ЄС протягом строку надання послуг¹.

Таким чином, свобода надання послуг передбачає, що конкретний суб'єкт підприємницької діяльності вже має місце ділового заснування в тій державі-члені ЄС, де він постійно мешкає чи зареєстрований та постійно здійснює економічну діяльність.

§ 8.4.1. Поняття послуги

Стаття 57 Договору про діяльність ЄС пояснює, що саме підпадає під поняття послуги. Під «*послугами*» розуміються послуги, що звичайно надаються за винагороду, якщо вони не регулюються положеннями щодо вільного руху товарів, капіталів та пересування осіб. Послуги включають, зокрема: а) діяльність промислового характеру; б) діяльність торгівельного характеру; в) діяльність ремісників; г) діяльність осіб вільних професій.

За практикою СПЕС, зміст поняття «послуги» включає туристичну, медичну, фінансову, освітню, спортивну діяльність. Крім того, в окремих справах СПЕС вирішив, що надання телевізійного сигналу, продаж лотерей, надання кредитів на придбання житла, діяльність агенцій з працевлаштування є послугами згідно з правом ЄС. Особа, що надає послуги, може тимчасово здійснювати свою діяльність в іншій державі-члені на тих самих умовах, які встановлені в її власній державі, якщо це не порушує положень Договору, що стосуються права на свободу ділового заснування. Надання послуг регулюється ст. 57 Договору про діяльність ЄС тільки у разі, коли вони мають економічний характер та надаються за винагороду (схема 8).

СПЕС постановив у справі *Bond*², що винагорода не обов'язково має отримуватися від безпосереднього одержувача послуг, а може походити від будь-якої третьої особи. Проте у справі *Gravier*³ СПЕС дещо звужив цю норму, затвердивши, що студенти не можуть користуватися свободою отримання послуг згідно зі ст. 56 Договору про діяльність ЄС, бо відповідно до ст. 57 Договору професійна освіта не підпадає

¹ Див.: Директива 2004/38 від 29 квітня 2004 р. (О. J. 2004 L158/77).

² Див.: Справа C-275/92, *Custom and Excise Commissioners v. Scyindler and Schindler* (1994) ECR I-1039.

³ Див.: Справа 293/83, *Gravier v. City of Liege* (1985) ECR I-593, (1985) 3 CMLR 1.

під категорію «послуги», тому що оплачується державою з громадських коштів. З іншого боку, платні освітні послуги або платні медичні послуги, такі як операція зі здійснення абортів (але не надання інформації про аборти) у справі *Grogan*¹, можуть підпадати під дію ст. 57 Договору про діяльність ЄС.

Послуги, які фінансуються з державних коштів, наприклад плата за навчання, не підпадають під дію розділу про свободу надання послуг Договору про діяльність ЄС². Навпаки, приватна освіта³ та державні медичні послуги, сплачені приватною страховою компанією⁴, підпадають під поняття «послуги» згідно з правом ЄС. Стаття 58 Договору про діяльність ЄС не діє щодо свободи руху товарів, капіталу та пересування громадян ЄС. Поняття «послуги» не охоплює транспортні послуги (оскільки вони регулюються окремим розділом), банківські і страхові послуги тощо (вони підпадають під дію положень розділу про вільний рух капіталу). Надання аудіотелекомунікаційних послуг може класифікуватися як надання послуг лише за наявності факту перетину ними кордону держави походження⁵. Надання послуг розпочинається з моменту отримання винагороди (англ. *consideration*) однією із сторін правовідносин⁶. СПЕС визнав, що розділ про надання послуг Договору про діяльність ЄС має пряму дію⁷.

Свободою надання й отримання послуг можуть користуватись не тільки громадяни ЄС, а і громадяни інших держав, які є працівниками компаній, зареєстрованих на території ЄС. За рішенням СПЕС у справі *Rush Portuguesa* держави-члени ЄС не можуть обмежувати вільне пересування фізичної або юридичної особи, заснованих на території ЄС, разом із персоналом (незалежно від національності персоналу)⁸.

Стаття 56 Договору про діяльність ЄС забороняє будь-які обмеження щодо надання послуг суб'єктами підприємницької діяльності ЄС,

¹ Див.: Справа C-159/90, *SPUC v. Grogan* (1991) ECR I-4685, (1991) 3 CMLR 849.

² Див.: Справа 263/86, *Belgium v. Humbel* (1988) ECR 5365.

³ Див.: Справа C-109/92, *Wirth v. Landeshauptstadt* (1993) ECR I-6447.

⁴ Див.: Справа C-157/99, *Geraets-Smits and Peerbooms* (2001) ECR I-5473.

⁵ Див.: Справа 155/73, *Sacchi* (1974) ECR 409, (1974) 2 CMLR 177, та справа 62/79, *S. A. Campagne Generale pour la Diffusion de la Television Coditel v. Sa Cine Vog Films* (1980) ECR 833, (1981) I CMLR 362.

⁶ Див.: Справа 263/86, *Humbel v. Belgium* (1988) ECR 5388, (1989) I CMLR 393.

⁷ Див.: Справи 110 & 111/78, *Ministre Public v. Van Wesemael* (1979) ECR 35, (1979) 3 CMLR 87.

⁸ Див.: Справа C-113/89, *Rush Portuguesa Ltda v. Office Nationale d'Immigration* [1990] ECR I-1417.

які вже мають місце ділового заснування в державі-члені ЄС. У справі *Binsbergen*¹ СПЕС підтвердив, що ст. 56 Договору про діяльність ЄС має 2 функції: по-перше, запобігання – усунення національних обмежень свободи надання послуг в ЄС, а по-друге, забезпечення – заохочення свободи надання послуг суб'єктами підприємницької діяльності ЄС. Прикладом такого заохочення може бути впровадження вимоги про взаємне визнання професійних кваліфікацій та досвіду, необхідного для надання певних послуг у державах-членах ЄС. У вказаній справі було визначено, що на суб'єкт підприємницької діяльності ЄС, який надає послуги в іншій державі-члені, поширюються національні правові норми держави-члена ЄС щодо організації професійної діяльності, кваліфікації, правил професійної етики, нагляду за професійною діяльністю та відповідальністю.

Наступною важливою умовою застосування свободи надання послуг в ЄС є вимога наявності «*елемента Союзу*» (англ. *Union element*). Наприклад, у справі *Debauxe*². СПЕС постановив, що суб'єкти підприємницької діяльності ЄС не можуть користуватися свободою надання послуг для здійснення економічної діяльності на території держави-члена ЄС, з якої вони походять. Громадяни держави-члена ЄС можуть посилатися на положення розділу про свободу надання послуг Договору про діяльність ЄС у разі, коли вони не полишають території держави власного громадянства, але їх економічна діяльність на території ЄС обмежується³ чи члени їх родини не можуть приєднатися до них⁴.

Положення розділу про свободу надання послуг Договору про діяльність ЄС забороняють дискримінацію як пряму (наприклад за ознакою національності або громадянства), так і непряму (наприклад додаткова реєстрація) за винятком випадку, коли це є необхідним для дотримання моральних та етичних принципів чи здійснення дисциплінарного контролю в державі-члені ЄС.

Винятки із заборони національних дискримінаційних заходів, передбачених у ст.ст. 51–54 Договору про діяльність ЄС, поширюються

¹ Див.: Справа 33/74, *Van Binsbergen v. Bestuur van de Badrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* (1974) ECR 1299, (1975) 1 CMLR 298.

² Див.: Справа 52/79, *Procueror du Roi v. Debauxe* (1980) ECR 833, (1981) 2 CMLR 362.

³ Див.: Справа C-224/97, *Giola v. Land Vorarlberg* (1999) ECR I-2517.

⁴ Див.: Справа C-60/00, *Carpenter v. Secretary of State for the Home Department* (2002) ECR I-6279.

і на свободу надання послуг в ЄС¹. Так, держави-члени ЄС можуть обмежувати свободу надання послуг на власній території в разі, коли це пов'язано, навіть випадково, зі здійсненням державної влади² та з приводу охорони державної влади, державної безпеки та громадського здоров'я³. Але, як показує практика СПЄС, ці винятки мають дуже обмежене застосування. Проте держави-члени ЄС мають право вживати недискримінаційних заходів з обмеження свободи ділового заснування до суб'єктів підприємницької діяльності ЄС⁴.

Законодавство ЄС не є детально гармонізованим з питань зі взаємного визнання кваліфікацій, необхідних для надання послуг державами-членами ЄС. Проте було встановлено мінімальні вимоги з визнання кваліфікацій в Директиві 2005/36. СП ЄС встановив, що держава-член ЄС, в якій надаються послуги, має право на регулювання професійних вимог виключно за принципом рівності та пропорційності, тобто без дискримінації за ознакою громадянства⁵. Директива 2006/123⁶ (Директива про послуги) є першим нормативним актом ЄС, який кодифікує правовий режим надання і отримання транскордонних послуг в ЄС, включаючи права і обов'язки суб'єктів підприємницької діяльності ЄС та осіб, які надають і отримують послуги в ЄС. Метою Директиви про послуги є запровадження більшої прозорості та спрощення дозвільного режиму для суб'єктів підприємницької діяльності ЄС та осіб, які надають і отримують послуги в ЄС. Крім того, Директива про послуги запроваджує стандарти якості надання послуг, усуває дискримінаційні вимоги до надання та отримання послуг та визначає права осіб, які отримують послуги в ЄС.

Розділ щодо надання послуг Договору про діяльність ЄС визначає право громадян ЄС на в'їзд до держави-члена ЄС з метою вільного надання та отримання послуг. Крім того, громадянин ЄС може тимчасово проживати у державі-члені, де він надає чи отримує послуги. Стаття 57(3) Договору про діяльність ЄС забороняє будь-яку форму дискримінації щодо діяльності з надання та отримання послуг громадянами ЄС у державах-членах.

¹ Див.: Ст. 62 Договору про діяльність ЄС.

² Див.: Ст. 51 Договору про діяльність ЄС.

³ Див.: Ст. 52 (1) Договору про діяльність ЄС.

⁴ Див.: Пункт 3 «Свобода ділового заснування в ЄС згідно з ст. 49 Договору про діяльність ЄС».

⁵ Див.: Справа C-3/95 *Reiseburo Broede v. Gerd Sandker* (1996) ECR I-6511.

⁶ Див.: Директива 2006/123 ((О. J. 2006 L376/36). Директива вже імплементована усіма державами-членами ЄС.

§ 8.4.2. Транскордонний характер послуг у праві ЄС

Транскордонність є ключовою ознакою надання послуг за правом ЄС. Це означає, що суб'єкти надання та отримання послуг знаходяться в різних державах-членах ЄС. СПЄС підтвердив у справі *Distribuidores Cinematograficos*¹, що коли продюсери і дистриб'ютори не засновані в одній державі-члені, така послуга є за своєю природою транскордонною. Крім того, в ст. 66 Договору про діяльність ЄС встановлено, що положення про усунення обмежень на свободу надання послуг діють «стосовно резидентів держав-членів, які засновані не в державі походження резидента-одержувача послуг».

За практикою СПЄС можна визначити кілька видів транскордонності послуг у ЄС.

По-перше, коли особа, яка надає послуги, вирушає в іншу державу-член ЄС з метою надання платних послуг².

По-друге, коли одержувач послуг вирушає в іншу державу-член для отримання послуг. СПЄС відзначив, що для того, щоб зробити можливим надання послуг, особа, що надає послугу, може переміститися в ту державу-член, в якій має ділове заснування одержувач послуги, або останній може переміститися в державу, де має своє ділове заснування суб'єкт, що надає послугу³.

По-третє, коли і суб'єкт, який надає послуги, і їх одержувач засновані в одній і тій самій державі-члені ЄС, проте суб'єкт, що надає послуги, переміщається в іншу державу-член для того, щоб запропонувати свої послуги одержувачу. При цьому та держава, в якій послуги надаватимуться, не повинна встановлювати додаткових умов, що обмежують свободу надання послуг. Це підтверджено СПЄС в кількох справах про надання туристичних послуг (наприклад послуг екскурсів, які здійснюють діяльність на території різних країн). Так, у справі C-180/89 СПЄС було вказано, що держава-член не може обтяжувати надання послуг на її території обов'язком дотримання вимог

¹ Див.: Справа C-17/92, *Distribuidores Cinematograficos* (1993) ECR I-2239.

² Див.: Справа C-76/81, *SA Transporoute et travaux v. Minister of Public Works* (1982) ECR 417.

³ Див.: Справи 286/82 & 26/83, *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro* (1984) ECR 377.

про ділове заснування, інакше положення про свободу надання послуг будуть позбавлені практичного ефекту¹.

По-четверте, коли ні суб'єкт, що надає послуги, ні їх одержувач не здійснюють фізичних переміщень, і послуги надаються за допомогою пошти або комунікацій, таких як телефон, факс або електронна пошта. Наприклад, у справі C-76/90 СПЕС, в черговий раз підкреслюючи неприпустимість обмеження свободи надання послуг, особливо відзначив, що таке обмеження є абсолютно неприпустимим у випадках, коли послуга надається суб'єктом без відвідання ним території тієї держави-члена, в яку така послуга адресована².

Слід також зазначити, що ст. 56 Договору про діяльність ЄС забороняє будь-які обмеження надання послуг суб'єктам підприємницької діяльності ЄС, які вже мають місце ділового заснування в будь-якій державі-члені ЄС.

§ 8.4.3. Свобода отримання послуг у ЄС та визначення кваліфікацій осіб, які надають послуги

У ст.ст. 56, 57 Договору про діяльність ЄС у ролі суб'єктів згадуються тільки суб'єкти підприємницької діяльності ЄС, що надають послуги, і не врегульовано правове становище осіб, які отримують послуги.

Громадяни ЄС, які бажають отримати послуги в країні, іншій, ніж держава-член їх постійного проживання, можуть скористатися свободою отримання послуг згідно з Директивою 2004/38. Приймаюча держава-член ЄС відповідно до цієї Директиви не має права встановлювати обмеження, що перешкоджають отриманню послуг громадянами інших держав-членів ЄС. Право вільного руху в межах ЄС з метою отримання послуг також підтверджено в Директиві 2004/38 при користуванні свободами ділового заснування та надання послуг. За рішенням СПЕС у справах *Luisi and Carbone*³ та *Cowan*⁴ розділ про свободу надання послуг Договору про діяльність ЄС поширюється як

¹ Див.: Справа C-180/89, *Commission v. Italian Republic* (1991) ECR I-709.

² Див.: Справа C-76/90, *Manfred Saeger v. Denemeyer & Co. Ltd* (1991) ECR I-4221.

³ Див.: Справи 286/82 & 26/83, *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro* (1984) ECR 377.

⁴ Див.: Справа 186/87, *Jan William Cowan v. Tresor Public* (1989) ECR 195, 221.

на суб'єктів підприємницької діяльності ЄС, що надають послуги, так і на громадян ЄС, які бажають отримати такі послуги (туристи, особи, що подорожують з метою бізнесу, навчання, отримання медичних послуг). Але особа-одержувач послуг за правом ЄС не може користуватись тим самим обсягом пільг, які гарантовано працівникам за законодавством ЄС. Особливо це стосується прав на пересування членів родини одержувача послуг. Проте СПЄС, закріплюючи заборону дискримінації у ст. 18 Договору про діяльність ЄС, встановив у своїх рішеннях право на доступність професійної підготовки в державі-члені для громадян ЄС та право рівної плати за професійну підготовку для громадян ЄС, бо інакше це обмежує право громадян ЄС на вільне пересування для отримання послуг в будь-якій державі-члені¹. Водночас СПЄС не гарантував право на отримання стипендій та грантів з державних фондів громадянами ЄС, які користуються свободами Внутрішнього ринку ЄС².

§ 8.4.4. Деякі практичні аспекти свободи надання послуг за правом ЄС (на прикладі сфери інвестиційних послуг)

Правове регулювання європейського ринку цінних паперів (на якому головним чином і надаються інвестиційні послуги) здійснюється не тільки відповідно до загальних принципів, а і спеціальних принципів, властивих регулюванню фондового ринку у світі. До загальних принципів відносяться ті, що властиві регулюванню будь-якого фондового ринку, а до спеціальних – принципи, що притаманні виключно праву ЄС. До загальних принципів належать захист прав інвесторів, прозорість активів, принцип належного управління (вимоги до керівництва суб'єктів, що здійснюють діяльність на ринку цінних паперів). До спеціальних принципів можна віднести *режим єдиної ліцензії* (англ. *single license*) та *принцип контролю держави походження* (англ. *country of origin control*). Режим єдиної ліцензії полягає в тому, що учасник ринку цінних паперів, який одержав ліцензію на здійснення діяльнос-

¹ Див.: Справа 293/83, *Gravier v. City of Liege* (1985) ECR I-593, (1985) 3 CMLR 1. СПЄС заборонив сплату громадянами ЄС плати вищої, ніж для громадян держави-члена ЄС походження.

² Див.: Справа 197/86, *Brown v. Secretary of State for Scotland* (1988) ECR 3205, (1988) 3 CMLR 403 та справа 39/86, *Lair v. University of Liege* (1988) ECR 3161, (1989) 3 CMLR 545.

ті на території ЄС, має право здійснювати таку діяльність в будь-якій державі-члені, іншій, ніж держава-член заснування. При цьому на суб'єкта надання послуг не покладається обов'язок одержувати аналогічну ліцензію в тій державі-члені, де надаються послуги. У справі *Commission v. French Republic*¹ Європейська Комісія визнала дії Франції щодо встановлення обов'язкового ліцензування діяльності для екскурсоводів-нерезидентів (зі встановленням як ліцензійної умови обов'язкового складання іспиту, що підтверджує кваліфікацію такого екскурсовода) такими, що порушують свободу надання послуг. Встановлення таких умов для деяких видів послуг у випадку, якщо вони вже були встановлені в державі-члені походження особи, допускалося винятково за умови дотримання 2 критеріїв. Першим критерієм є захист загального інтересу (англ. *general interest*), другим – одноманітне застосування таких умов до всіх фізичних і юридичних осіб, оскільки цей загальний інтерес не охороняється правилами, що регулюють діяльність такого суб'єкта в державі-члені ЄС його походження. При невідповідності заходів, які прийняті державою-членом ЄС, цим 2 критеріям матиме місце дискримінація. Оскільки метою Договору про діяльність ЄС є створення спільного ринку у сфері послуг, а усунення дискримінації є одним із завдань, які повинні бути вирішені для досягнення цієї мети, то держави-члени ЄС зобов'язані забезпечити не просто національний режим надання послуг, а режим, що найбільш сприяє діяльності нерезидентів і унеможливорює їх дискримінацію.

Режим «єдиної ліцензії» повинен усувати чинники, що ставлять нерезидентів у нерівне становище на ринку держави-члена ЄС, де надаються послуги. До них відноситься не тільки подвійне оподаткування, а й існування системи контролю держави-члена ЄС, яка є дублюючою стосовно до аналогічної системи держави походження суб'єкта підприємницької діяльності ЄС.

Але з метою унеможливлення подвійного контролю за діяльністю щодо надання послуг (зокрема інвестиційних), що вимагає ліцензування на території Внутрішнього ринку, в праві ЄС був вироблений особливий режим регулювання такої діяльності. Функціонування європейського фондового ринку в режимі, що одержав визначення «режим єдиної ліцензії», забезпечується взаємним визнанням ліцензій всіма державами-членами ЄС. Фактично це означає взаємне визнання контролюючих систем, що регулюють фондовий ринок, в кожній з них без

¹ Див.: Справа 154/89, *Commission v. French Republic* (1991) ECR I-659.

дублювання регулюючої дії на іноземних суб'єктів, що надають фінансові послуги на транскордонній основі. Принцип взаємного визнання ліцензій тісно пов'язаний з принципом свободи надання послуг. Ці 2 принципи можна співвіднести як часткове і загальне; при цьому принцип єдиної ліцензії є розвитком принципу свободи надання послуг стосовно сфери фондового ринку і ринків інших послуг, де він застосовується.

Директива 2004/39 закріплює таку концепцію фондового ринку ЄС, за якої він є не єдиним централізованим ринком, а також не сукупністю національних фондових бірж; натомість він повинен бути моделлю, в якій різномірні ринки зі складною структурою і різними характеристиками конкурують між собою задля інтересів інвесторів. Першочерговим завданням при забезпеченні функціонування фондового ринку ЄС є досягнення і збереження одноманітності у вимогах, що висуваються до його учасників. Тому гармонізація законодавства держав-членів ЄС, що встановлює основні умови діяльності учасників фондового ринку ЄС, була важливим етапом у створенні єдиного європейського ринку цінних паперів (і є сьогодні, оскільки його формування ще не завершене). Ця мета закріплена в різних нормативних актах права ЄС, зокрема в «Плані дій у сфері фінансових послуг», прийнятому Європейською Комісією 11 травня 1999 р.¹ Цей документ є поетапним планом створення єдиного європейського фондового ринку. Разом з тим слід зазначити, що досягнення мети, окресленої в цьому нормативному акті, неможливе без послідовної лібералізації надання фінансових послуг, зокрема на ринку цінних паперів. У той же час така лібералізація повинна поєднуватися з достатніми заходами контролю за процесом надання фінансових послуг з тим, щоб забезпечити дотримання принципу захисту прав інвесторів.

Згідно з принципом контролю держави походження, по-перше, компетентні органи держави походження за умови дотримання єдиних загальноєвропейських мінімальних стандартів, встановлених для створення суб'єкта фондового ринку, видають такому суб'єкту ліцензію на здійснення зазначеної діяльності. По-друге, ці ж органи і надалі здійснюють контроль за дотриманням ліцензіатом усіх вимог, які встановлені законодавством ЄС стосовно суб'єктів фондового ринку (так званих «операційних умов»). Поточний контроль здійснюється компе-

¹ Див.: Комюніке Європейської Комісії від 11 травня 1999 р. «Імплементація плану дій для фінансових ринків» (COM (1999) 232 final).

тентними органами держави походження незалежно від того, виявляються такі послуги тільки на території цієї держави або на території інших держав-членів ЄС. Принцип контролю за фондовим ринком виправдовується існуючим стійким правовим зв'язком суб'єкта з державою його походження. Більш того, не завжди існує можливість здійснення контролю (не тільки ефективного, а й контролю як такого взагалі) за діяльністю суб'єкта фондового ринку приймаючою державою-членом ЄС.

Із такої ситуації виникла суперечність між інвестиційною фірмою «Елпайн Інвестментс» і Міністерством фінансів Нідерландів¹. Названа інвестиційна фірма пропонувала свої послуги в державах-членах ЄС за допомогою телефонного зв'язку. За допомогою позовів клієнтів, що почастишали, про розірвання контрактів, укладених за допомогою телефонного зв'язку, міністр фінансів Нідерландів відкликав ліцензію, видану «Елпайн Інвестментс» на здійснення такої діяльності. Ліцензіат оскаржив таке рішення компетентного органу в національному суді, який згодом передав справу до СПЄС за преюдиціальною процедурою. У числі прав, що оскаржувалися, позивач заперечував проти права компетентного органу Нідерландів заборонити надання інвестиційних послуг в інших державах-членах ЄС. У тих випадках, коли інвестиційна фірма укладає контракти телефоном з контрагентами з інших держав, такі дії в першу чергу повинні відповідати нормам законодавства держави походження контрагента, а не держави походження інвестиційної фірми. Цей аргумент був визнаний СПЄС помилковим, оскільки послуги, що надаються за допомогою телефонного зв'язку, можуть контролюватися державою їх походження; разом з тим держава походження одержувачів таких послуг практично позбавлена можливості здійснювати контроль за їх наданням, оскільки позбавлена можливості перешкоджати здійсненню телефонних дзвінків. Тому СПЄС дійшов висновку про те, що будьякі послуги, які надаються за допомогою телекомунікацій, можуть з більшою ефективністю контролюватися державою надання послуг, ніж державою отримання послуг. Таким чином, рішенням у справі «Елпайн Інвестментс» СПЄС підтвердив обґрунтованість, доцільність і ефективність принципу контролю держави походження. Фактичні ж обставини цієї справи свідчать про те, що принцип контролю має стати пріоритетним

¹ Див.: Справа 384/93, *Alpine Investments BV v. Minister van Financien* (1995) ECR I-1141.

у правовому регулюванні надання послуг на фондовому ринку ЄС. Усунення бар'єрів для вільного руху послуг у сукупності з розвитком технічних засобів істотно збільшують можливості розширення ринків надання послуг на території ЄС. При цьому темпи розробки і впровадження заходів щодо захисту прав інвесторів не завжди адекватні темпам розширення ринків – часто перші повільніші за другі. Усунути таку неадекватність можливо, лише послідовно реалізуючи принцип контролю держави походження.

Підсумовуючи виклад загальних положень про свободу надання послуг в ЄС, слід згадати про винятки із заборони національних дискримінаційних заходів. Держави-члени ЄС можуть обмежувати свободу надання послуг на власній території у разі, коли це пов'язано, навіть випадково, із здійсненням державної влади, а також з питань охорони державної влади, державної безпеки і суспільного здоров'я. Проте, як свідчить практика СПЕС, ці винятки мають обмежене застосування.

Контрольні питання

1. Яка категорія осіб охоплюється поняттям «працівники» в праві ЄС?
2. Чи можуть громадяни інших країн користуватись свободою вільного пересування осіб у ЄС?
3. Розкрийте поняття «публічна служба» в праві ЄС.
4. Як ви розумієте термін «транскордонність» щодо надання послуг за правом ЄС?
5. У чому полягає значення справи «Елпайн Інвестментс» для регулювання свободи надання послуг у ЄС?