

la art. 4 I Libertatea de stabilire (art. 43 ss. TCE / 49 ss. TFUE)

Schema 5

Libertatea de stabilire

I. Domeniul de protecție

1) Domeniul personal de protecție

- a) **Cetățeni ai statelor membre**
- În cazul întemeierii de *sucursale secundare*, acestea trebuie să aibă sediul în Uniune (nu neapărat în statul de întemeiere) (art. 43 subal. 1 fraza 2 TCE¹), adică să aibă acolo locul activității lor lucrative
- b) **Persoane juridice ("societăți")** din statele membre (art. 48 subal. 1 TCE²)
- Noțiune vastă, *legal comunitară pentru „societate”*
 - Cetățenia asociațiilor/participanților/deținătorilor de capital este irelevantă
- aa) Asociația fondată conform dispozițiilor legale ale unui stat membru, care poate acționa în relațiile legale în nume propriu
- Și parteneriate, și persoane ale dreptului public (comp. art. 48 subal. 2, prima clauza TCE)
 - Și societățile fiică ale întreprinderilor din state terțe
- bb) Scopul achiziționării (art. 48 subal. 2, a doua clauză TCE)
- Nu implică căutarea de beneficii (→ interpretare restrictivă a variantei engleze, care este diferită)
- cc) Sediul, administrația centrală sau sediul central conform statutului într-un stat membru

Excurs: Protecția membrilor familiei celor stabiliți

- Membrii familiei nu au nici un fel de drepturi proprii din art. 43 TCE, ci din statutul legal al dreptului de ședere „derivat” al celor stabiliți (Trib. europ., starea juridică C-370/90, Singh; comp. acum D 2004/38/E³) cât și alte drepturi „derivate” conform O 1408/71⁴ (în curând dizolvată prin O 883/2004⁵)
- Aceste lucruri sunt valabile și pentru membrii familiilor din state terțe (state ne-membre)

Excurs: Libertatea de stabilire a cetățenilor sau întreprinderilor din state terțe conform tratatelor speciale ale legislației internaționale

- Libertatea de stabilire conform art. 31 EWRV
- Libertatea de stabilire conform Acordului de liberă circulație încheiat cu Elveția în 1999
- Garanții mai slabe conform altor tratate (de ex. Acordul de stabilire european din 1955)

2) Domeniul obiectiv de protecție

- a) Starea reală de depășire a granițelor (→ Referință comunitară)
- Activitate într-un alt stat membru sau întoarcerea după activitate sau dobândirea de calificări într-un alt stat membru

¹ În viitor art. 49 subal. 2 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE).

² În viitor art. 54 subal. 1 TFUE.

³ **Directiva 2004/38/CE** referitoare la dreptul cetățenilor Uniunii și a membrilor familiilor acestora, de a se mișca și de a se stabili liber pe teritoriul statelor membre, pentru modificarea Ordonanței (CEE) Nr. 1612/68 și pentru abrogarea directivelor 64/221/CEE, 68/360/CEE și a altor directive.

⁴ **Ordonanța (CEE) Nr. 1408/71** referitoare la aplicarea sistemelor de asigurare socială asupra angajaților și a liber-profesioniștilor cât și a membrilor familiilor acestora, care migrează în interiorul Comunității (domeniul de valabilitate lărgit prin O 1390/81).

⁵ În viitor art. 49 subal. 1 TFUE.

b) **Activitate lucrativă independentă** (comp. art. 43 subal. 2 TCE⁶)

aa) Activitate plătită

- nu este necesară: urmărirea de câștig
- nu este necesară: activitatea într-o profesie clasică sau definită clasic
- de neremarcat: posibila „imoralitate“ sau „degradare socială“ (Trib. europ., chestiunea juridică C- 268/99, Jany: și prostituție)

bb) Activitate care nu este subiect la directive și pe propria responsabilitate

- aici delimitare față de dreptul la liberă circulație al angajaților

c) **Stabilire** (comp. art. 43 subal. 1 TCE⁷)

- în plus, *noțiunea comunitară de stabilire* (Trib. europ., starea juridică C-221/89, *Factortame*): "exercitarea reală a unei activități economice prin intermediul unei instituții stabile într-un alt stat membru pe durată nedeterminată"

aa) Instituție fixă

- de obicei pe bază de cumpărare sau închiriere de spații (birouri, spații de vânzare, spații de producție etc.)
- nu sunt suficiente: acte formale (de ex. înregistrarea vapoarelor)

bb) Durabilitate

- libertatea de stabilire are ca scop *integrarea durabilă și stabilă în economia națională* a celui alt stat membru
- aici *delimitare față de libertatea prestării de servicii* (adesea dificil)

d) **Conduite protejate** (comp. mai ales art. 43 subal. 2 TCE)

aa) Preluarea activității lucrativă (amenajarea și punerea în funcțiune a sucursalei)

a) Amenajarea unei sucursale prime

- și relocarea în afara granițelor sau noua înființare a sediului central

β) Amenajarea unei sucursale secundare (doar în cazul reședinței în Uniune)

- chiar dacă societatea a fost înființată într-un alt stat membru exclusiv pentru evitarea dreptului național și nu desfășoară acolo nici o activitate comercială, dar acum intenționează, să își exercite întreaga sa activitate comercială în statul sucursalei secundare (Trib. europ., starea juridică C-212/97 ["fără o utilizare abuzivă"]; DISCUTABIL)

γ) Preluarea activității lucrativă

- concretizat prin ***Drept secundar pentru simplificarea accesului profesional în afara granițelor***:
 - Directive pentru recunoașterea reciprocă a diplomelor, a certificatelor și a altor atestate de calificare conform art. 47 I TCE⁸ (vezi mai ales D 2005/36/CE⁹ și special pentru avocați, D 98/5/CE¹⁰)
 - Directive de armonizare conform art. 47 II TCE¹¹
(până acum directivele s-au bazat adesea atât pe art. 47 I cât și pe art. 47 II)

δ) Reședința în statul de ședere

- concretizată în D 2004/38/CE³

bb) Exercițarea activității lucrativă în sucursală

- și ședere în acest scop (comp. și art. 7 I lit. a D 2004/38/CE)

cc) În special fondarea și conducerea de întreprinderi

dd) Ședere după încheierea activității independente

- concretizată prin art. 7 II I D 2004/38/CE

ee) Anexă: conduite protejate ale membrilor familiei (D 2004/38/CE)

- în special dreptul de ședere conform art. 7 I lit. d, II, IV

e) **Fără un domeniu special exclusiv (fără o excepție a domeniului conform art. 45 TCE¹²)**

aa) Fără *exercitare a violenței publice* (art. 45 subal. 1 TCE)

- *noțiune* mai restrânsă, *legal comunitară a exercitării violenței publice*: doar o participare directă și specifică la exercitarea violenței publice (Trib. europ., starea juridică 2/74, Reyners)

bb) Fără o excepție a domeniului conform dreptului secundar (art. 45 subal. 2 TCE) → până acum: (-)

⁶ În viitor art. 49 subal. 2 TFUE.

⁷ În viitor art. 49 subal. 1 TFUE.

⁸ În viitor art. 53 I TFUE.

⁹ **Directiva 2005/36/CE** referitoare la recunoașterea calificărilor profesionale. Aceasta conține regulamente generale (în special pentru recunoașterea atestatelor profesionale și a experienței profesionale) și regulamente speciale în ceea ce îi privește pe medici, medici stomatologi, medici veterinari, asistenți medicali, moașe, farmaciști și arhitecți.

¹⁰ **Directiva 98/5/EG** pentru simplificarea exercitării permanente a meseriei de avocat într-un alt stat membru decât cel în care a fost obținută calificarea. Atenție la restricția vastă de la art. 5 III: pentru exercitarea de activități, care sunt legate de reprezentarea mandatelor în fața instanțelor, avocaților străini le poate fi impus să acționeze împreună cu un avocat autorizat local, care este responsabil direct față de instanță [Directiva pentru dreptul de liberă trecere].

¹¹ În viitor de asemenea art. 53 I TFUE.

¹² În viitor art. 51 TFUE.

II. Îngrădiri

- doar prin măsuri ale statelor membre sau ale Uniunii; fără un efect direct al părții terțe a libertății de stabilire (DISCUTABIL)

1) Discriminări

- a) Discriminări deschise
- = Încălțări ale principiului tratamentului egal cu persoanele autohtone de la art. 43 subal. 2 TCE ("conform dispozițiilor statutului de admitere pentru proprii săi cetățeni")
 - mai ales regulamente legate de alegerea și exercitarea profesiei, dar și de ex. restricții ale capacității de proces a societăților întemeiate în alte state membre
 - în special *discriminarea* (și a familiilor) *în cazul avantajelor sociale și fiscale* (vezi și O 1408/71⁴, care poate fi aplicată și în cazul persoanelor independente respectiv în viitor O 883/2004⁵)
- b) Discriminări ascunse
- de ex. restricții de achiziționare a imobilelor de către întreprinderi străine

2) Restricții nediscriminative?

- a) Problematică
- O interdicție generală a restricțiilor în domeniul libertății de stabilire poate avea ca rezultat o obligare a statelor membre pentru liberalizarea generală a dreptului de stabilire și să pună astfel sub semnul întrebării conceptele tradiționale ale dreptului profesional național (clasificarea tradițională a profesiilor în statele membre separate).
 - Această problematică are o semnificație social-politică deosebită în vechile state membre. Aceasta poate periclita acceptarea extinderii spre est sau chiar în general a libertății de stabilire de către populație.
- b) Discuții în literatura de specialitate
- aa) O PARTE A LITERATURII DE SPECIALITATE: art. 43 TCE conține doar o interdicție de discriminare, nu o interdicție generală de restricție
- Motivație: art. 43 TCE nu are ca scop o liberalizare largă economică.
- bb) MODELUL DOMINANT AZI: art. 43 TCE conține la fel ca și celelalte libertăți fundamentale o interdicție de restricție generală
- Motivație: *textul* nou redactat al art. 43 subal. 1 TCE; convergența libertăților fundamentale
- c) Dezvoltarea în jurisprudență: către o interpretare ca o interdicție generală de restricție
- "Măsuri, care împiedică exercitarea sau care o pot face mai puțin atractivă" (Trib. europ., starea juridică C-55/94, *Gebhard*; vezi în prealabil deja Trib. europ., starea juridică C-19/92, *Kraus*)
 - Limitarea conceptuală este încă neclară (formula *Dassonville* și formula *Keck* nu sunt adecvate aici!)

III. Justificarea îngrădirii prin bariere

1) Justificare prin bariera art. 46 I TCE¹³

- a) Aplicabilitatea art. 46 I TCE: doar în cazul discriminărilor deschise
- doar "*regulamente speciale pentru străini*" (mai ales regulamente ale legislației pentru străini)
- b) Îndeplinirea premiselor art. 46 I TCE
- aa) Măsură din motive de ordine, siguranță și sănătate publică
- doar din *motive ne-economice*; concretizare (doar pe baza art. 46 II TCE) din **art. 27 ss. D 2004/38/CE**
 - Recurs la "ordinea publică" doar în cazul periclitării reale și suficient de grave a unui interes fundamental al societății prin *comportamentul personal al persoanei în cauză* (Trib. europ., starea juridică 30/77, *Boucherau*; comp. acum art. 27 II subal. 2 D 2004/38/CE)
- bb) Lipsa de regulamente pentru protecția acestor obiecte de protecție legală prin legislația Uniunii
- în rest justificare a îngrădirii doar conform acestor regulamente
 - vezi în special O 1408/71, D 2004/38/CE

¹³ În viitor art. 52 I TFUE.

- c) Respectarea barierelor-barierelor
- aa) Relativitatea îngrădirii
- α) Scopul permis al măsurii
- exclusiv protecția ordinii, siguranței și sănătății publice!
- β) Conveniența măsurii
- γ) Necesitatea măsurii
- în special.: există alternative la interdicție respectiv la închiderea sucursalei, la interdicția activității lucrativă, la expulzare?
- δ) Justețea măsurii (→ vezi schema 3, p. 4)
- pentru expulzările din motive de ordine sau siguranță publică concretizate la art. 28 D 2004/38/CE
 - pentru măsurile pentru protecția sănătății publice concretizate la art. 29 D 2004/38/CE
- bb) Nici o încălcare a drepturilor fundamentale
- cc) Nici o încălcare a altui drept primar sau secundar al Uniunii

2) Justificare prin barierele imanente ale dreptului de stabilire în orice loc

- a) Aplicabilitatea barierelor imanente: doar în cazul măsurilor valabile nediscriminatorii (discriminări și limitări ascunse)
- deci nu în cazul măsurilor care sunt îndreptate direct împotriva stabilirii cetățenilor străini ai Uniunii!
- b) Premisele barierelor imanente: urmărirea *intereselor publice stringente*
- Terminologia Trib. europ.: "justificate din *motive stringente ale interesului general*" (starea juridică C-19/92, Kraus)
 - Doar măsurile pentru urmărirea intereselor publice neeconomice
 - Exemple: măsuri pentru protecția împotriva purtării abuzive a gradelor academice, pentru asigurarea credibilității și a unui nivel educațional ridicat în profesie, pentru asigurarea unei justiții corecte, pentru protecția consumatorului
- c) Respectarea îngrădirilor-îngrădirilor (vezi mai sus)
- în special pertinenta măsurii pentru urmărirea intereselor publice stringente (care nu există de regulă în cazul solicitării domiciliului în țară sau în cazul prezentării anumitor adeverințe)
 - în special nici o încălcare a *dispozițiilor de armonizare profesională* din Legislația comunitară sau regulamentele *referitoare la recunoașterea reciprocă a diplomelor* și a altor dovezi de calificare (vezi în special D 2005/36/CE⁹ și D 1998/5/CE¹⁰)

Indiciu de aprofundare: *Tietje*, în: Ehlers (editor), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (Drepturi și libertăți fundamentale europene), ediția a II-a 2005 = Ehlers (editor), *European Fundamental Rights and Freedoms* (Drepturi și libertăți fundamentale europene), 2007, respectiv art. 10; *Frenz*, *Handbuch Europarecht* (Manual de drept european), volumul I, 2004, nr. de margine 1848 ss.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht* (Drept european), ediția a V-a 2006, nr. de margine 807 ss. vezi de asemenea schema de la *Frenz*, nr. de margine 1900, și *Streinz*, *Europarecht* (Drept european), ediția a VI-a 2003, nr. de margine 766.