FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 26. september 2000 [1]

Indledning

1. I denne sag skal High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Divisional Court) (Det Forenede Kongerige) træffe afgørelse i en sag anlagt af to tjekkiske statsborgere, J. Barkoci og M. Malik, vedrørende Det Forenede Kongeriges myndigheders afslag på deres ansøgninger om indrejse- og opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige med henblik på dér at udøve selvstændig virksomhed i medfør af europaaftalen af 4. oktober 1993 om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og medlemsstaterne på den ene side og Den Tjekkiske Republik på den anden side [2] (herefter »aftalen«).

2. Disse to tjekkiske statsborgere, som i 1997 indrejste i Dover, hvor de søgte om asyl, befandt sig på tidspunktet for den nationale rets forelæggelse af de præjudicielle spørgsmål på Det Forenede Kongeriges område, men med fare for at blive udsendt til Den Tjekkiske Republik i henhold til en afgørelse truffet herom, hvis de ikke får medhold i de søgsmål, de har anlagt.

3. Denne uholdbare situation med hensyn til opholdet i Det Forenede Kongerige følger efter et hændelsesforløb, som skildres i forelæggelseskendelsen, og hvis hovedpunkter, som beskrevet i forelæggelseskendelsen, det vil være hensigtsmæssigt at nævne her:

— Ingen af sagsøgerne forsøgte at opnå en forudgående indrejseattest i Den Tjekkiske Republik, inden de rejste til Det Forenede Kongerige med henblik på at etablere sig som selvstændige erhvervsdrivende i henhold til aftalen.

— De to sagsøgere ankom til Det Forenede Kongerige gennem andre medlemsstater, hvor de havde kunnet indgive ansøgning om asyl.

— De to sagsøgere indgav imidlertid deres første asylansøgning i Den Europæiske

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 360, s. 2.

Union ved ankomsten til en havn i Det Forenede Kongerige (Dover).

— Efter at deres asylansøgninger var blevet afslået, forsøgte ingen af sagsøgerne i første omgang at opnå indrejsetilladelse til Det Forenede Kongerige i henhold til andre bestemmelser.

— Ansøgningerne i henhold til aftalen blev indgivet, mens J. Barkoci og M. Malik var løsladt mod kaution, den første, mens han ventede på at blive udsendt fra Det Forenede Kongerige, og den anden, mens han afventede en endelig afgørelse i den sag, han havde anlagt vedrørende afslaget på hans asylansøgning.

— J. Barkoci fik, efter at hans ansøgning i henhold til aftalen var blevet afslået, en midlertidig indrejsetilladelse.

— M. Malik's ansøgning blev afslået, selv om han havde fået midlertidig indrejsetilladelse.

— På det tidspunkt, hvor de to sagsøgere begyndte at udøve etableringsretten, var imidlertid hverken betingelserne for løsladelsen mod kaution eller den midlertidige indrejsetilladelse til hinder for, at de udøvede selvstændig virksomhed.

— De to sagsøgere var i et vist omfang afhængige af offentlig støtte, mens de etablerede sig.

Fællesskabsretlige bestemmelser

4. De bestemmelser i aftalen, som er relevante ved undersøgelsen af, hvilke regler der gælder for tjekkiske statsborgeres etablering i medlemsstaterne, findes i afsnit IV, der har overskriften »Arbejdskraftens bevægelighed, etablering, tjenesteydelser«.

5. Kapitel 1 i dette afsnit vedrører »Arbejdskraftens bevægelighed«.

6. Selv om J. Barkoci og M. Malik ikke gør rettigheder gældende i henhold til dette afsnit, finder jeg det hensigtsmæssigt at citere artikel 38, som har følgende ordlyd:

»1. På de betingelser og efter de retningslinjer, der gælder i hver af medlemsstaterne:

— behandles arbejdstagere af tjekkisk nationalitet, som er *lovligt beskæftiget*[3] på en medlemsstats område, på lige fod med medlemsstatens egne statsborgere uden nogen i nationaliteten begrundet forskelsbehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, aflønning eller afskedigelse

— har den *lovligt bosiddende*[4] ægtefælle og børn af en på en medlemsstats område lovligt beskæftiget arbejdstager, med undtagelse af sæsonarbejdere og arbejdstagere, der er omfattet af bilaterale aftaler som omhandlet i artikel 42, medmindre andet er fastsat ved sådanne aftaler, adgang til denne medlemsstats arbejdsmarked i det tidsrum, hvor denne arbejdstager har arbejdstilladelse.

3 — Min fremhævelse.
4 — Min fremhævelse.

2. Den Tjekkiske Republik indrømmer arbejdstagere, som er statsborgere i en medlemsstat og lovligt beskæftiget på Den Tjekkiske Republiks område, såvel som deres ægtefælle og børn, som lovligt er bosiddende på nævnte område, den i stk. 1 omhandlede behandling på de betingelser og efter de retningslinjer, der gælder i Den Tjekkiske Republik.«

7. Kapitel II, der har overskriften »Etablering«, indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»Artikel 45

[...]

3. Hver af medlemsstaterne indrømmer fra tidspunktet for denne aftales ikrafttræden en behandling, der ikke er mindre gunstig end den, de indrømmer egne virksomheder og statsborgere, med hensyn til etablering af tjekkiske virksomheder og statsborgere, og de indrømmer tjekkiske virksomheder og statsborgere etableret på deres områder i disses aktiviteter en behandling, der ikke er mindre gunstig end den, de indrømmer egne virksomheder og statsborgere.

4. I denne aftale forstås ved

a) 'etablering'

i) hvad angår statsborgere, retten til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber, som de faktisk kontrollerer. Statsborgere må i deres selvstændige erhvervsvirksomhed eller forretningsvirksomhed ikke søge eller tage beskæftigelse på den anden parts arbejdsmarked.

Bestemmelserne i dette kapitel finder ikke anvendelse på personer, som ikke udelukkende udøver selvstændig erhvervsvirksomhed.

[...]

[...]

Artikel 54

1. Bestemmelserne i dette kapitel anvendes under hensyntagen til begrænsninger begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

2. De omfatter ikke virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis på hver af parternes område er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.«

8. Kapitel III vedrører »Udveksling af tjenesteydelser mellem Fællesskabet og Den Tjekkiske Republik«.

9. Endelig slutter aftalens afsnit IV med kapitel IV, som vedrører »Almindelige bestemmelser«, og som indeholder følgende artikel:

»Artikel 59

1. For så vidt angår afsnit IV i denne aftale, er intet i aftalen til hinder for, at parterne anvender deres love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold, arbejde, arbejds-

vilkår, etablering af fysiske personer og udveksling af tjenesteydelser, forudsat at de ikke anvender dem på en sådan måde, at fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses. [...]«

10. Til aftalens slutakt er der knyttet en række erklæringer »vedtaget« af de befuldmægtigede samt brevvekslinger og ensidige erklæringer, som de befuldmægtigede har taget »til efterretning«. Alle disse tekster er offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. En af de fælles erklæringer vedrører artikel 59 og har følgende ordlyd:

»Den omstændighed alene, at der stilles visakrav til fysiske personer fra visse parter og ikke til fysiske personer fra andre, anses ikke for at eliminere eller begrænse fordelene i henhold til en særlig forpligtelse.«

Nationale bestemmelser

11. De nationale bestemmelser om indrejse og ophold, som Det Forenede Kongeriges kompetente myndigheder har anvendt på J. Barkoci og M. Malik, er udlændingeloven, HC 395, som ændret i 1996.

12. Paragraph 24-26 heri fastsætter de generelle regler vedrørende forudgående indrejseattest for visse grupper af personer, der ansøger om indrejsetilladelse, og foreskriver obligatorisk afslag på indrejsetilladelse til Det Forenede Kongerige, hvis en sådan indrejseattest ikke er blevet indhentet.

13. Paragraph 28 bestemmer, at den, der ansøger om indrejseattest, på ansøgningstidspunktet skal befinde sig uden for Det Forenede Kongerige, og at ansøgningen skal indgives til den angivne repræsentation i ansøgerens bopælsland.

14. Paragraph 211-223 i HC 395 omhandler »personer, der har til hensigt at udøve virksomhed i henhold til bestemmelserne i en EF-associeringsaftale«. Paragraph 211-216, som vedrører ansøgninger om indrejsetilladelse, har følgende ordlyd:

»Betingelser for tilladelse til at indrejse i Det Forenede Kongerige for personer, som har til hensigt at udøve virksomhed i henhold til bestemmelserne i en EF-associeringsaftale

211. For så vidt angår paragraph 212-223 forstås der ved en virksomhed et foretagende, som er

— et enkeltmandsfirma, eller

— et interessentskab, eller

— et selskab registreret i Det Forenede Kongerige.

212. De betingelser, der skal opfyldes af en person, som søger tilladelse til at indrejse i Det Forenede Kongerige med henblik på at oprette virksomhed, er følgende:

i) at han opfylder betingelserne i enten paragraph 213 eller paragraph 214, og

ii) at de midler, han sætter i virksomheden, er undergivet hans kontrol og er tilstrækkelige til, at han kan oprette virksomhed i Det Forenede Kongerige, og

iii) at han, indtil virksomheden giver ham en indtægt, har yderligere midler, der er tilstrækkelige til, at han kan forsørge og sørge for indkvartering af sig selv og personer, der forsørges af ham, uden at arbejde (bortset fra sit arbejde i virksomheden) eller falde det offentlige til byrde, og

iv) at hans andel af virksomhedens fortjeneste vil være tilstrækkelig til, at han kan forsørge og sørge for indkvartering af sig selv og personer, der forsørges af ham, uden at arbejde (bortset fra sit arbejde for virksomheden) eller falde det offentlige til byrde

v) at han ikke har til hensigt som supplement til sin virksomhed at tage eller søge anden beskæftigelse i Det Forenede Kongerige end sit arbejde for virksomheden, og

vi) at han har gyldig attest til indrejse i Det Forenede Kongerige i denne egenskab.

213. I tilfælde, hvor en person har til hensigt at oprette et selskab i Det Forenede Kongerige, som han faktisk

kontrollerer, skal han — ud over at godtgøre, at han opfylder betingelserne i paragraph 212 — godtgøre:

i) at han er statsborger i Den Tjekkiske Republik [...] og

ii) at han vil få en kontrollerende interesse i selskabet, og

iii) at han vil være aktivt engageret i udviklingen og ledelsen af selskabet, og

iv) at selskabet vil blive registreret i Det Forenede Kongerige og vil drive virksomhed eller udføre tjenesteydelser i Det Forenede Kongerige, og

v) at selskabet vil være ejer af virksomhedens aktiver, og

vi) hvis han overtager et eksisterende selskab, forevise en skriftlig redegørelse for de vilkår, hvorpå han skal overtage virksomheden, samt de reviderede regnskaber for virksomheden for de foregående år.

214. I tilfælde, hvor en person har til hensigt at oprette selvstændig erhvervsvirksomhed eller et interessentskab i Det Forenede Kongerige, skal han — ud over at godtgøre, at han opfylder betingelserne i paragraph 212 — godtgøre:

i) at han er statsborger i Den Tjekkiske Republik [...] og

ii) at han vil være aktivt engageret i at drive virksomhed eller udføre tjenesteydelser i Det Forenede Kongerige for egen regning eller i et interessentskab, og

iii) at han, alene eller sammen med de andre interessenter, vil være ejer af virksomhedens aktiver, og

iv) i tilfælde, hvor der foreligger et interessentskab, at hans andel i virksomheden ikke vil være ensbetydende med skjult beskæftigelse, og

v) hvis han overtager eller går ind i en eksisterende virksomhed, forevise en skriftlig redegørelse for de vilkår, hvorpå han skal overtage eller

gå ind i virksomheden samt de reviderede regnskaber for virksomheden for de foregående år.

Tilladelse til at indrejse i Det Forenede Kongerige til en person, der søger at oprette en virksomhed i henhold til bestemmelserne i en EF-associeringsaftale

215. En person, der søger tilladelse til at indrejse i Det Forenede Kongerige for at oprette en virksomhed, kan få indrejsetilladelse i op til 12 måneder på den betingelse, at hans frihed til at tage beskæftigelse begrænses, forudsat at han ved ankomsten kan forelægge Immigration Officer en gyldig attest til indrejse i Det Forenede Kongerige i denne egenskab.

Afslag på indrejsetilladelse i Det Forenede Kongerige til en person, der søger at oprette en virksomhed i henhold til bestemmelserne i en EF-associeringsaftale

216. Tilladelse til at indrejse i Det Forenede Kongerige til en person, der søger at oprette en virksomhed, skal nægtes, hvis der ikke ved ankomsten forelægges Immigration Officer en gyldig attest til indrejse i Det Forenede Kongerige i denne egenskab.«

De præjudicielle spørgsmål

15. Den forelæggende ret har konstateret, at den står over for to diametralt modsatte standpunkter. Ifølge J. Barkoci og M. Malik tillægger aftalens artikel 45, stk. 3, dem rettigheder, som de kan påberåbe sig for Det Forenede Kongeriges myndigheder, som handlede retsstridigt ved at kræve, at de skulle være i besiddelse af en indrejseattest, og ved at nægte at træffe en afgørelse, hvorved de blev indrømmet ret til at opholde sig på Det Forenede Kongeriges område som selvstændige erhvervsdrivende.

16. Efter sagsøgernes opfattelse kan det ikke med hensyn til deres ophold på Det Forenede Kongeriges område kræves, at de rejser tilbage for at ansøge om en forudgående indrejseattest.

17. Ifølge Det Forenede Kongerige er det fuldstændig rimeligt, at der kræves indrejseattest, således at de kompetente myndigheder kan sikre sig, at den virksomhed, som J. Barkoci og M. Malik ønsker at påbegynde, opfylder betingelserne i udlændingelovgivningen.

18. Kravet om indrejsetilladelse består, uanset at de pågældende vil påberåbe sig aftalen, og uanset at de befinder sig på Det Forenede Kongeriges område i henhold til ordningen med midlertidig indrejsetilladelse.

19. Det er med rette blevet lagt til grund, at sagsøgerne, når de ikke havde godtgjort, at deres ansøgninger klart og åbenbart opfyldte de materielle betingelser for udstedelse af indrejsetilladelse med henblik på at etablere sig om selvstændige erhvervsdrivende, ikke gennem en fravigelse af udlændingelovgivningen kunne fritages for kravet om indrejseattest.

20. Med henblik på at afgøre, hvem der har ret, har den nationale ret forelagt Domstolen i alt syv — som det vil fremgå, meget lange og detaljerede — spørgsmål, som er indbyrdes forbundne, idet nogle af spørgsmålene kun stilles for det tilfældes skyld, at det foregående spørgsmål besvares på en bestemt måde. Spørgsmålene kan opdeles i to grupper, hvilket den nationale ret også har gjort, hvor den første vedrører den direkte virkning og fortolkningen af aftalen, og den anden kravet om forudgående tilladelse før afrejsen.

A — *Direkte virkning og fortolkning af aftalen*

Den forelæggende ret har under denne overskrift forelagt følgende tre spørgsmål:

»1) Har associeringsaftalens artikel 45 direkte virkning inden for medlemsstaternes nationale retssystemer uanset bestemmelserne i aftalens artikel 59?

2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, hvordan skal betingelsen i den næstsidste sætning i associeringsaftalens artikel 59, stk. 1 (og navnlig ordene 'fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen') da fortolkes, og, mere generelt, i hvilket omfang kan en medlemsstat da anvende sine love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold og etablering af fysiske personer på personer, der påberåber sig associeringsaftalens artikel 45, uden at tilsidesætte denne betingelse?

3) Hvis det første spørgsmål besvares benægtende, kan en fysisk person, som er tjekkisk statsborger, da alligevel, under en national retssag anlagt med henblik på at anfægte en afgørelse truffet af de relevante nationale myndigheder om at nægte denne person adgang til at etablere virksomhed i henhold til aftalen, påberåbe sig associeringsaftalens artikel 45 med henblik på at anfægte lovligheden af en medlemsstats love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold og etablering af fysiske personer, og i bekræftende fald på hvilket retsgrundlag?«

Det første spørgsmål

21. Indledningsvis skal det første af disse spørgsmål præciseres på et punkt. Så vidt jeg kan se, spørger den forelæggende ret ikke, om en tjekkisk statsborger, som har opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige, kan påberåbe sig aftalens artikel 45, stk. 3, for en britisk domstol med henblik på at undgå, at han som selvstændig erhvervsdrivende behandles mindre gunstigt end britiske statsborgere.

22. Et sådant spørgsmål havde været enkelt at besvare, for forbuddet mod forskelsbehandling i aftalens artikel 45, stk. 3, udgør en klar og præcis bestemmelse, som ikke kræver vedtagelse af gennemførelsesbestemmelser. Formålet med bestemmelsen er således — i lyset af Domstolens praksis [5] — at tillægge borgerne rettigheder, som kan påberåbes for de kompetente retter.

23. Det står imidlertid klart, at det, som den forelæggende ret på baggrund af sagens omstændigheder ønsker oplyst, er, om aftalens artikel 45, stk. 3, giver en tjekkisk statsborger ret til at indrejse og opholde sig i Det Forenede Kongerige med henblik på at udøve selvstændig virksomhed uden først at have indhentet indrejseattest og opholdstilladelse i henhold til HC 395.

24. Det er netop derfor, at den nationale ret henviser til aftalens artikel 59, som opstiller en betingelse for anvendelsen af den nationale lovgivning om indrejse og ophold.

25. J. Barkoci og M. Malik har i deres indlæg vedrørende de tre første spørgsmål først og fremmest gjort gældende, at ordlyden af bestemmelserne i aftalens artikel 45, stk. 3, ikke væsentligt afviger fra ordlyden af EF-traktatens artikel 52 (efter ændring nu artikel 43 EF), således at den etableringsret, som er tillagt tjekkiske statsborgere, ikke kan begrænses eller væsentligt afvige fra den etableringsret, som gælder for medlemsstaternes statsborgere.

26. Sagsøgerne har ikke bestridt, at indholdet af begrebet etablering er mere specifikt afgrænset i aftalens artikel 45, stk. 4, end i traktaten, navnlig i den henseende, at en tjekkisk statsborger, som udøver etableringsretten, ikke samtidig må søge eller tage lønnet beskæftigelse, men de anfører, at dette ikke medfører, at aftalens artikel 45, stk. 3, kan fortolkes helt uafhængigt af traktatens artikel 52.

5 — Jf. f.eks. dom af 30.9.1987, sag 12/86, Demirel, Sml. s. 3719, præmis 14, af 20.9.1990, sag C-192/89, Sevince, Sml. I, s. 3461, præmis 15, og af 4.5.1999, sag C-262/96, Sürül, Sml. I, s. 2685, præmis 60.

27. På grundlag heraf har de anført, at aftalens artikel 45, stk. 3, i analogi med traktatens artikel 52 direkte giver tjekkiske statsborgere ret til at indrejse og opholde sig i en medlemsstat med henblik på at udøve selvstændig virksomhed.

28. På grundlag af samme påstand om, at aftalens artikel 45, stk. 3, skal fortolkes efter samme retningslinjer som traktatens artikel 52, har sagsøgerne endvidere anført, at indrømmelsen af de rettigheder, der er knyttet til etableringsretten, ikke kan betinges af et krav om, at den påbegyndte virksomhed giver den pågældende en minimumsindtægt, eller at han ikke modtager offentlig støtte som supplement til denne indtægt.

29. I tillæg til argumentet vedrørende selve ordlyden af aftalens artikel 45, stk. 3, kan der ifølge J. Barkoci og M. Malik anføres en række argumenter vedrørende karakteren af og formålet med den pågældende aftale, som tilsigter at skabe forudsætningerne for, at Den Tjekkiske Republik hurtigt kan tiltræde Fællesskabet.

30. Sagsøgerne i hovedsagen har herefter anført, at aftalens artikel 59, stk. 1, ikke skal fortolkes således, at der stilles spørgsmålstegn ved deres analyse af artikel 45, stk. 3. Hvis en medlemsstat indrømmes ret til på grundlag af artikel 59, stk. 1, at fratage en tjekkisk statsborger muligheden for at udøve sin etableringsret ved at nægte ham ret til indrejse og ophold, vil det ifølge sagsøgerne udhule indholdet af hele kapitlet om etablering. Det vil også stride mod de bestemmelser, der er vedtaget inden for Verdenshandelsorganisationen (WTO), idet der er tale om en bestemmelse i en aftale, der — som artikel 59 — forbyder, at fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses; sagsøgerne tillægger det i denne forbindelse ingen betydning, at der henvises til rettighederne for parterne i aftalen og ikke til deres statsborgeres rettigheder.

31. J. Barkoci og M. Malik har endelig anført, at det i lyset af det svar, som de to første spørgsmål efter deres opfattelse kræver, ikke er nødvendigt at besvare det tredje spørgsmål, idet de dog subsidiært har gjort gældende, at de nationale retter under alle omstændigheder skal træffe afgørelse om lovligheden af den nationale udlændingelovgivning i lyset af de forpligtelser, som aftalens artikel 45, stk. 3, pålægger medlemsstaterne, og de rettigheder, der følger af samme bestemmelse for tjekkiske statsborgere.

32. Det Forenede Kongeriges regering har anført, at aftalens artikel 45, stk. 3, ikke har direkte virkning inden for medlemsstaternes nationale retssystemer.

33. Det Forenede Kongeriges regering baserer sin analyse på en sammenligning af aftalens formål og traktatens formål, på

Domstolens praksis, hvorefter ligheden mellem ordlyden af en bestemmelse i traktaten og i en aftale indgået af Fællesskabet på ingen måde kræver, at de fortolkes ens, og på tilstedeværelsen af aftalens artikel 59.

34. Eftersom aftalens artikel 45, stk. 3, ifølge Det Forenede Kongeriges regering ikke har direkte virkning, kan J. Barkoci og M. Malik ikke anfægte lovligheden af den britiske udlændingelovgivning for de nationale domstole på grundlag af denne bestemmelse.

35. For så vidt angår den betingelse, der er fastsat i aftalens artikel 59, første punktum in fine, er det efter Det Forenede Kongeriges opfattelse tvivlsomt, om en borger — i betragtning af dens formulering — kan påberåbe sig denne. Det er regeringens opfattelse, at betingelsen under alle omstændigheder kun kan medføre visse forpligtelser for medlemsstaterne vedrørende måden, hvorpå de anvender deres udlændingelovgivning, men ikke sætte spørgsmålstegn ved, at denne lovgivning findes.

36. Det Forenede Kongeriges regering har anført, at den har ændret lovgivningen netop for at tage hensyn til bestemmelserne i associeringsaftalen med Den Tjekkiske Republik og andre lignende aftaler.

37. Blandt de øvrige regeringer, som har afgivet indlæg i sagen, er der ingen, der støtter det argument, som er fremført af sagsøgerne i hovedsagen. Selv om deres analyse ikke nøjagtigt matcher den, som er foretaget af Det Forenede Kongeriges regering, når de alle frem til den konklusion, at J. Barkoci og M. Malik ikke kan unddrage sig anvendelsen af Det Forenede Kongeriges lovgivning om indrejse og ophold ved at henvise til aftalens artikel 45, stk. 3.

38. Hvordan skal den første gruppe af den nationale rets spørgsmål besvares?

39. Det er rigtigt, at isoleret set kan aftalens artikel 45, stk. 3, umiddelbart se ud til at tillægge tjekkiske statsborgere etableringsret, og at Domstolen i sager vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 52 har fastslået, at etableringsretten indebærer en indrejse- og opholdsret[6]. Denne konstatering kan imidlertid kun udgøre et udgangspunkt for argumentationen.

40. En bestemmelse skal nemlig ikke ses isoleret, men vurderes i sin rette sammenhæng; det formål, som forfølges med den tekst, hvori bestemmelsen indgår, og denne teksts øvrige bestemmelser, som er logisk

6 — Jf. dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 50, og af 5.2.1991, sag C-363/89, Roux, Sml. I, s. 273, præmis 9.

forbundet med den pågældende bestemmelse, skal med andre ord undersøges samlet [7].

41. Den omstændighed, at traktatens artikel 52 er blevet fortolket på en bestemt måde, har desuden ikke i sig selv nogen betydning for, hvilken betydning der skal tillægges aftalens artikel 45, stk. 3 — en bestemmelse, som i øvrigt er affattet i andre vendinger og indgår i en anden sammenhæng [8].

42. De principper, som er opstillet i Royersagen, hvorfra sagsøgerne i hovedsagen har citeret, kan således ikke anvendes i den foreliggende sag.

43. I denne dom tog Domstolen udgangspunkt i [9], at EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF) bestemmer, at arbejdskraftens frie bevægelighed skal gennemføres inden for Fællesskabet, og at dette ifølge samme artikels stykke 3 medfører ret til adgang til medlemsstaternes område og til frit at bevæge sig og tage ophold dér for at udøve beskæftigelse og blive boende efter beskæftigelsens ophør. Domstolen konstaterede herefter, at artiklerne om etableringsretten og udvekslingen af tjenesteydelser bygger på de samme principper [10], for så vidt angår indrejse og ophold på medlemsstaternes område af statsborgere fra andre medlemsstater, og at disse bestemmelser indeholder et forbud for medlemsstaterne mod at indføre restriktioner eller opstille hindringer herfor [11].

44. Det er imidlertid ubestridt, at den omhandlede aftale slet ikke er af samme karakter, og jeg kan her begynde med at nævne, at den netop ikke indrømmer arbejdstagere ret til fri bevægelighed (jf. artikel 38 og 59, som er citeret ovenfor), hvilket ikke er blevet bestridt i denne sag.

45. I Royer-dommen understregede Domstolen i øvrigt, at dens fortolkning af traktatens bestemmelser vedrørende personers frie bevægelighed var »anerkendt ved alle de afledte retsakter, som [var] udstedt til iværksættelse af de nævnte traktatbestemmelser«, og den henviste herved navnlig til Rådets direktiv 73/148/EØF af 21. maj 1973 om ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsningerne inden for Fællesskabet for statsborgere i medlemsstaterne med hensyn til etablering og udveksling af tjenesteydelser [12].

7 — Jf. dom af 6.10.1982, sag 283/81, Cilfit m.fl., Sml. s. 3415, præmis 20.

8 — Jf. dom af 9.2.1982, sag 270/80, Polydor og RSO, Sml. s. 329, præmis 14-21, af 26.10.1982, sag 104/81, Kupferberg, Sml. s. 3641, præmis 28, 29 og 30, og af 1.7.1993, sag C-312/91, Metalsa, Sml. I, s. 3751, præmis 10, 11 og 12.

9 — Dommens præmis 19.

10 — Præmis 12.

11 — Præmis 23.

12 — EFT L 172, s. 14.

46. Dette direktiv indeholder følgende vigtige bestemmelser:

»Artikel 1

1. Medlemsstaterne *ophæver* i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktiv *rejse- og opholdsbegrænsningerne* [13]:

a) for en medlemsstats statsborgere, der har etableret sig eller ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat for at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed eller udføre en tjenesteydelse dér

[...]

Artikel 3

1. Medlemsstaterne tillader, at de i artikel 1 nævnte personer rejser ind på deres område alene mod forevisning af et gyldigt identitetskort eller pas.

2. Hverken indrejsevisum eller nogen tilsvarende forpligtelse kan kræves undtagen for familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat. Medlemsstaterne skal yde disse personer enhver lettelse med henblik på at opnå de fornødne visa.«

47. Da det er blevet skønnet nødvendigt at vedtage et sådant direktiv for at fastsætte de nærmere betingelser for de rettigheder, der er indrømmet statsborgere fra medlemsstaterne, fører det umiddelbart til følgende konklusion: Hvis parterne i aftalen havde ønsket, at tjekkiske statsborgere skulle være omfattet af samme ordning som EF-statsborgere, ville de have truffet foranstaltninger med henblik på at sikre dette, f.eks. ved at erklære, at dette direktiv skulle finde anvendelse på tjekkiske statsborgere, eller ved at tilføje en tilsvarende tekst som bilag til aftalen.

48. Desuden er forskellen mellem artikel 1 i direktiv 73/148 og artikel 59 i aftalen påfaldende. Mens Rådet i førstnævnte bestemmelse giver udtryk for at ville »ophæve [...] rejse- og opholdsbegrænsningerne« for medlemsstaternes statsborgere, erklærer de kontraherende parter i aftalens artikel 59, at »[f]or så vidt angår afsnit IV i denne aftale, er intet i aftalen til hinder for, at parterne anvender deres love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold, arbejde, arbejdsvilkår, etablering af fysiske personer og udveksling af tjenesteydelser [...]«.

13 — Min fremhævelse.

49. Det kan således ikke konkluderes, at tjekkiske statsborgere har ret til indrejse og ophold i medlemsstaterne på samme vilkår som EF-statsborgere, når blot de giver udtryk for at have til hensigt dér at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed og er i besiddelse af et gyldigt pas.

50. Denne fortolkning bekræftes af den samtidige tilstedeværelse i aftalen af artikel 45, stk. 3, og artikel 59, stk. 1. Når disse bestemmelser findes samtidig, kan det ikke lægges til grund, at de kontraherende parter ved artikel 45, stk. 3, på én gang ønskede at indføre et forbud mod forskelsbehandling af tjekkiske statsborgere og fastsætte regler for deres ret til indrejse og ophold. Der er ingen tvivl om, at parterne ønskede at adskille disse to spørgsmål.

51. Sagsøgerne i hovedsagen anførte under retsmødet endvidere, at Rush Portuguesa-dommen [14] viser, at en kontraherende parts statsborgere inden for rammerne af en og samme aftale udmærket i fuldt omfang kan nyde godt af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, samtidig med at der er fastsat begrænsninger for arbejdstagernes frie bevægelighed, og at det samme derfor må gælde med hensyn til tjekkiske statsborgeres ret til etablering. Sagsøgerne i hovedsagen tager imidlertid ikke højde for, at denne dom vedrørte fortolkningen af akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Spaniens og Den Portugisiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af traktaterne og ikke en aftale indgået mellem De Europæiske Fællesskaber og et tredjeland. Ved den pågældende akt blev Den Portugisiske Republik fuldgyldigt medlem af Fællesskabet, med forbehold af en midlertidig undtagelse fra princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed.

52. Som de regeringer, der har afgivet indlæg i sagen, og Kommissionen med rette har understreget, tillader aftalens genstand og formål — som beskrevet i præamblen og artikel 1 — på ingen måde at konkludere, at de kontraherende parter havde til hensigt at oprette et fælles marked med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital svarende til det, som traktatens forfattere havde til hensigt at oprette.

53. Også ved læsning af aftalens artikel 59, stk. 2, bekræftes det, at formålet med aftalen ikke slet og ret er at gennemføre de regler for etablering, som følger af traktaten, inden for rammerne af associeringen.

54. Ifølge artikel 59, stk. 2, skal »[b]estemmelserne i kapitel II, III og IV i afsnit IV tilpasses af Associeringsrådet ved afgørelse på baggrund af resultaterne af forhandlingerne om tjenesteydelser som led i Uruguay-runden, særlig med henblik på at sikre, at en part i henhold til en hvilken

14 — Dom af 27.3.1990, sag C-113/89, Sml. I, s. 1417.

som helst bestemmelse i denne aftale indrømmer den anden part en behandling, som ikke er mindre gunstig end den, der indrømmes i henhold til bestemmelserne i en fremtidig almindelig aftale om handel og tjenesteydelser (GATS)«.

55. Når parterne har taget højde for, at aftaler, som forhandles inden for rammerne af den almindelige overenskomst om told og udenrigshandel (GATT), eventuelt kan gå videre end associeringsaftalen for så vidt angår etableringsfrihed, skyldes det nok, at de var fuldstændig bevidste om, at rækkevidden af associeringsaftalens bestemmelser om etableringsfrihed er begrænset, og at denne ikke kan sammenlignes med rækkevidden af de tilsvarende bestemmelser i traktaten.

56. At Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 52 ikke kan anvendes i relation til aftalen, i hvert fald ikke for så vidt angår spørgsmål vedrørende indrejse og ophold, fremgår lige så klart, når man undersøger den begrænsede rækkevidde, som begrebet etablering har ifølge aftalens artikel 45, stk. 4. Heri bestemmes det, at kapitlet om etablering ikke finder anvendelse på personer, som ikke udelukkende udøver selvstændig erhvervsvirksomhed, og at statsborgere i deres selvstændige erhvervsvirksomhed eller forretningsvirksomhed ikke må søge eller tage beskæftigelse på den anden parts arbejdsmarked.

57. Dette indebærer, at den omstændighed, at en tjekkisk statsborger påbegynder selvstændig virksomhed i en medlemsstat, ikke er tilstrækkelig til, at han kan påberåbe sig aftalens artikel 45, stk. 3. Han skal kunne godtgøre, at han ikke er udelukket herfra som følge af artikel 45, stk. 4, og dette indebærer, at han skal acceptere en vis kontrol fra de nationale myndigheder i den medlemsstat, hvor han har til hensigt at etablere sig. Selve det, at en sådan kontrol findes, kan ikke forenes med en anerkendelse af, at aftalen direkte tillægger ham ret til indrejse og ophold.

58. J. Barkoci og M. Malik har også henholdt sig til dommen i sagen Kaefer og Procacci [15], hvori Domstolen, som skulle fortolke artikel 176 i Rådets afgørelse 86/283/EØF af 30. juni 1986 om de oversøiske landes og territoriers associering med Det Europæiske Økonomiske Fællesskab [16], fastslog, at retten til indrejse og ophold er en forudsætning for den etableringsret, som på visse betingelser er tillagt en statsborger i en medlemsstat, som agter at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed eller præstere tjenesteydelser i en anden medlemsstats oversøiske lande og territorier.

59. Det skal i denne forbindelse blot bemærkes, at — ud over at der var tale om en rettighed, der var tillagt EF-statsborgere med henblik på at give dem adgang til at udøve virksomhed på en anden medlemsstats territorium, og ikke statsbor-

15 — Dom af 12.12.1990, forenede sager C-100/89 og C-101/89, Sml. I, s. 4647, præmis 15.

16 — EFT L 175, s. 1.

gere i tredjelande — nævnte rådsafgørelse ikke, som selve traktaten, indeholder nogen bestemmelse, som svarer til aftalens artikel 59, stk. 1, og der kan således ikke uddrages nogen relevant lære af denne dom for så vidt angår besvarelsen af de spørgsmål, som den nationale ret har forelagt.

60. Sagsøgerne i hovedsagen forsøger desuden at finde støtte for deres argumenter i det forhold, at Domstolen i forbindelse med associeringsaftalen EØF-Tyrkiet i en række afgørelser har fastslået, at hvis en tyrkisk arbejdstager i henhold til en afgørelse truffet af Associeringsrådet, og på de i denne afgørelse fastsatte vilkår, har ret til at udøve lønnet beskæftigelse efter eget valg i en medlemsstat, indebærer dette uundgåeligt, at arbejdstageren har opholdsret [17].

61. Denne retspraksis støtter imidlertid ikke sagsøgernes argumenter. Som Domstolen for nylig har gentaget i Savas-dommen [18], vedrører den kun tyrkiske arbejdstagere, som allerede er lovligt tilknyttet en medlemsstats arbejdsmarked, men på ingen måde tyrkiske statsborgere, som for første gang søger at få adgang til arbejdsmarkedet i en medlemsstat og bosætte sig dér. For så vidt angår sidstnævnte statsborgere kan medlemsstaterne fortsat selv bestemme, om de vil give indrejse- og opholdstilladelse. Domstolen udtalte herom følgende i Savas-dommens præmis 65:

»En tyrkisk statsborgers første adgang til en medlemsstats område er udelukkende reguleret af den pågældende stats nationale ret, og den tyrkiske statsborger kan kun i medfør af fællesskabsretten påberåbe sig bestemte rettigheder med hensyn til udøvelse af beskæftigelse eller selvstændig erhvervsvirksomhed og som accessorium hertil rettigheder med hensyn til ophold, såfremt han befinder sig i en lovlig situation i den pågældende medlemsstat.«

62. For så vidt angår det argument, som sagsøgerne i hovedsagen udleder af Verdenshandelsorganisationens praksis, skal det blot bemærkes, at dette argument — når det er fastslået, at aftalens artikel 45, stk. 3, ikke regulerer spørgsmålet om retten til indrejse og ophold — ikke holder, eftersom en nægtelse heraf over for en tjekkisk statsborger ikke vil udgøre en overtrædelse af denne bestemmelse, og enhver diskussion om, hvorvidt der foreligger fortabelse af en erhvervet rettighed, er således formålsløs.

63. Endelig skal det med hensyn til de regler for fortolkning af traktater, som er udviklet i international sædvaneret og sammenfattet i Wienerkonventionen om traktatretten, blot bemærkes, at eftersom disse regler kræver, at parternes fælles hensigt tages i betragtning, er det — når parterne i aftalen har anerkendt, at visumkravet ikke indebærer, at fordelene for nogen af par-

17 — Jf. Sevince-dommen, præmis 29, dom af 16.12.1992, sag C-237/91, Kus, Sml. I, s. 6781, præmis 29 og 30, af 6.6.1995, sag C-434/93, Bozkurt, Sml. I, s. 1475, præmis 28, af 23.1.1997, sag C-171/95, Tetik, Sml. I, s. 329, præmis 24, og af 16.3.2000, sag C-329/97, Ergat, Sml. I, s. 1487, præmis 40.

18 — Dom af 11.5.2000, sag C-37/98, Sml. I, s. 2927, præmis 60 og 65.

terne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses — vanskeligt at se, hvordan det kan gøres gældende, at samme parter gennem affattelsen af aftalens artikel 45, stk. 3, skulle have tildelt tjekkiske statsborgere, som ønsker at udøve retten til at etablere sig, en ret til indrejse og ophold, som de kan påberåbe sig for de nationale myndigheder i den medlemsstat, hvor de har valgt at etablere sig.

64. Da både affattelsen af artikel 45, stk. 3, og artikel 59, stk. 1, i aftalen og den sammenhæng, hvori disse bestemmelser indgår, samt de principper, som Domstolen henviser til ved fortolkningen af fællesskabsretlige bestemmelser, efter min opfattelse fører til det samme resultat, mener jeg ikke, at artikel 45, stk. 3, sikrer sagsøgerne i hovedsagen nogen ret til indrejse og ophold i en medlemsstat.

65. På grundlag af disse konklusioner skulle det i princippet ikke være nødvendigt at besvare det andet spørgsmål, eftersom dette kun er forelagt for det tilfældes skyld, at det første spørgsmål besvares bekræftende, og jeg skulle således kunne gå direkte til det tredje spørgsmål.

66. Jeg mener imidlertid, at det andet og det tredje spørgsmål vedrører samme problem, nemlig spørgsmålet om følgerne af den betingelse, der er fastsat i aftalens artikel 59, stk. 1, første punktum in fine, og hvorefter parterne ikke må anvende deres love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold på en sådan måde, at fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses. Åbner denne del af bestemmelsen døren for en domstolsprøvelse af de afgørelser, som de nationale myndigheder træffer på området?

Det andet og det tredje spørgsmål

67. Det skal indledningsvis bemærkes, at når der i aftalens artikel 59, stk. 1, henvises til parterne i aftalen og ikke til deres statsborgere, kan det — som Det Forenede Kongeriges regering og den tyske regering har bemærket — give det indtryk, at kun en part i aftalen kan kritisere den måde, hvorpå en anden part handler i forbindelse med ansøgninger om tildeling af indrejse- og opholdsret.

68. Jeg skal imidlertid straks erindre om, at en national ret, for hvilken der er anlagt sag til prøvelse af en national afgørelse truffet i overensstemmelse med en fællesskabsretlig bestemmelse, ikke kan undlade at tage hensyn til den pågældende fællesskabsretlige bestemmelse, blot fordi den ikke direkte tillægger borgerne en ret.

69. Den nationale ret er derimod forpligtet til, i videst muligt omfang at fortolke og anvende den nationale bestemmelse i over-

ensstemmelse med fællesskabsbestemmelsen [19]. Dette har de to ovennævnte regeringer i øvrigt også implicit anerkendt ved at anføre, at aftalens artikel 59 skal fortolkes således, at en medlemsstat kan anvende sine forskrifter vedrørende indrejse og ophold og etablering af fysiske personer på personer, der påberåber sig aftalens artikel 45, stk. 3, på den betingelse, at den ikke herved gør det umuligt eller overdrevent vanskeligt for en tjekkisk statsborger effektivt at udøve retten til at etablere sig. En tjekkisk statsborger, som ønsker at udøve retten til etablering i henhold til artikel 45, stk. 3, kan, når han som J. Barkoci og M. Malik for en national ret påklager et afslag på indrejse og ophold, for denne ret gøre gældende, at den afgørelse, der er truffet i hans sag, er uforenelig med betingelsen i aftalens artikel 59, stk. 1, første punktum in fine.

70. Dette kan, som de to regeringer anerkender, være tilfældet, hvis der meddeles afslag på indrejse og ophold med henblik på etablering med den begrundelse, at den pågældende er tjekkisk statsborger eller har bopæl i Den Tjekkiske Republik, fordi der i den nationale retsorden er fastsat generelle begrænsninger for indvandring, eller fordi retten til at påbegynde selvstændig økonomisk virksomhed er betinget af, at der er konstateret et behov, som er begrundet i økonomiske hensyn eller forholdene på arbejdsmarkedet, således som det bestemmes i punkt A, nr. 5, i Rådets resolution af 30. november 1994 om begrænsning af tredjelandsstatsborgeres indrejse på medlemsstaternes område med henblik på at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed [20], som den tyske regering henviser til i sit indlæg, men som i henhold til punkt B heri ikke finder anvendelse på tjekkiske statsborgere.

71. Også den franske og den nederlandske regering udelukker, at de nationale udlændingebestemmelser kan anvendes fuldstændig vilkårligt på en tjekkisk statsborger, som ønsker at etablere sig med henblik på at udøve selvstændig virksomhed.

72. Som Det Forenede Kongeriges regering anfører i sit indlæg, var det i øvrigt for at undgå kritik i denne henseende, at den lod indsætte særlige bestemmelser i HC 395 vedrørende statsborgere fra tredjelande, som har indgået associeringsaftaler af samme type som den, der er indgået med Den Tjekkiske Republik; disse statsborgere kan ifølge indrømmelse fra Det Forenede Kongeriges regering ikke pålægges visse krav, som kan pålægges statsborgere fra andre tredjelande.

73. Det tilkommer ikke Domstolen at afgøre spørgsmålet, om en national ret, som finder, at de nationale udlændingebe-

19 — Jf. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8.

20 — EFT 1996 C 274, s. 7.

stemmelser er anvendt på en tjekkisk statsborger, som ønsker at etablere sig, på en måde, som er uforenelig med aftalen, skal erklære disse bestemmelser retsstridige eller blot erklære dem for uanvendelige på ansøgeren.

74. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de tre første spørgsmål som følger:

— Aftalens artikel 45, stk. 3, har direkte virkning for så vidt angår forbuddet mod at indrømme tjekkiske statsborgere, som er lovligt indrejst i en medlemsstat for dér at udøve selvstændig virksomhed, en mindre gunstig behandling end den, medlemsstaten indrømmer sine egne statsborgere.

Tjekkiske statsborgere har imidlertid ikke ret til indrejse og ophold i henhold til denne bestemmelse.

— En tjekkisk statsborger kan ikke påberåbe sig aftalens artikel 45, stk. 3, og artikel 59 stk. 1, første punktum in fine, med henblik på at anfægte lovligheden af en medlemsstats love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold og etablering af fysiske personer, medmindre disse love og forskrifter er affattet eller anvendes på en måde, som generelt gør det umuligt eller overdrevent vanskeligt for tjekkiske statsborgere at etablere sig i den pågældende medlemsstat, således at aftalens artikel 45, stk. 3, mister sin effektive virkning.

B — *Kravet om forudgående tilladelse før afrejsen*

75. Når jeg anerkender, at det tredje spørgsmål i visse grænsetilfælde kan besvares bekræftende, må jeg også tage stilling til den anden række spørgsmål, som består af det fjerde til det syvende spørgsmål. Disse lyder således:

»4) Hvis det første eller det tredje spørgsmål besvares bekræftende, tillader associeringsaftalens artikel 45 og/eller artikel 59 da, at en medlemsstat kræver, at en person, som ønsker at rejse til en medlemsstat udelukkende med det formål at etablere selvstændig virksomhed i henhold til aftalen, skal ansøge om og opnå forudgående 'indrejseattest' (dvs. forudgående tilladelse til at rejse til den pågældende medlemsstat med dette særlige formål for øje)?

5) Hvis det fjerde spørgsmål besvares bekræftende,

a) er en medlemsstat berettiget til at betinge udstedelsen af en sådan forudgående indrejseattest af, at denne person opfylder visse materielle betingelser vedrørende etablering således som dem, der er indeholdt i paragraph 212 i HC 395, og

b) har en medlemsstat ret til at nægte en person, som ønsker at etablere sig som selvstændig erhvervsdrivende i henhold til associeringsaftalen, indrejse til sit område alene med den begrundelse, at den pågældende person ikke har opnået en sådan forudgående indrejseattest?

6) Hvis en sådan person ikke har fået udstedt en indrejsetilladelse til den pågældende medlemsstats område på noget andet grundlag, har en eller flere af følgende faktorer da nogen — og i givet fald hvilken — betydning for besvarelsen af det femte spørgsmål:

a) det forhold, at denne person ved ankomsten til medlemsstatens grænse ikke søgte om indrejsetilladelse i henhold til associeringsaftalen, men på et andet grundlag, og at ansøgningen efterfølgende blev afslået

b) længden af den periode, der er gået mellem ansøgerens oprindelige ankomst til medlemsstatens grænse og datoen for hans efterfølgende ansøgning om tilladelse til at etablere sig som selvstændig erhvervsdrivende i henhold til aftalen

c) omfanget af eventuelle begrænsninger vedrørende ansøgerens bevægelsesfrihed eller beskæftigelse/erhvervsudøvelse, som de nationale myndigheder i medfør af beføjelser, der er tillagt dem i den nationale udlændingelovgivning, har pålagt ham i denne periode

d) det forhold, at ansøgeren har haft adgang til den pågældende medlemsstats sociale sikringssystem og har været økonomisk afhængig heraf, mens han etablerede sig som selvstændig erhvervsdrivende?

7) Hvis en medlemsstat ikke er berettiget til at nægte en person, som ønsker at etablere sig i henhold til associeringsaftalen, indrejse alene med den begrundelse, at den pågældende person ikke har opnået forudgående indrejseattest, er de kompetente myndigheder da berettiget til kun at give en sådan person indrejsetilladelse, hvis hans ansøgning klart og åbenbart opfylder de samme materielle kriterier, som ville være blevet anvendt, hvis han havde søgt om forudgående indrejseattest?«

Det fjerde spørgsmål

76. Det fjerde spørgsmål er let at besvare, for så vidt som det er formuleret generelt, hvorimod det femte spørgsmål specifikt vedrører de betingelser, der er fastsat for meddelelse af indrejsetilladelse i Det Forenede Kongeriges lovgivning.

77. Hvis man først har anerkendt, at aftalens artikel 45, stk. 3, skal sammenholdes med artikel 59, stk. 1, og at tjekkiske statsborgere ikke har ret til indrejse og ophold i henhold til artikel 45, er den logiske følge heraf nemlig, at medlemsstaterne kan kræve af de pågældende, at de ansøger om og opnår en forudgående tilladelse, uanset hvordan denne tager form, før de kan rejse til en medlemsstat med henblik på at etablere sig som selvstændige erhvervsdrivende.

Det femte spørgsmåls punkt a)

78. Domstolen anmodes med dette spørgsmål om at tage stilling til, om de materielle betingelser, der er fastsat i Det Forenede Kongeriges bestemmelser vedrørende den krævede indrejseattest, er lovlige henset til aftalens artikel 45, stk. 3, og artikel 59, stk. 1.

79. Disse betingelser, som er indeholdt i paragraph 212 og 216 i HC 395, jf. ovenfor, forekommer mig rimelige, for så vidt som de blot giver konkret indhold til de krav, som følger af definitionen af begrebet etablering i aftalens artikel 45, stk. 4.

80. Der er tale om, at en tjekkisk ansøger skal forelægge de britiske udlændingemyndigheder oplysninger, som gør det muligt for disse at vurdere, om den planlagte virksomhed falder inden for aftalens artikel 45, stk. 4.

81. J. Barkoci og M. Malik har imidlertid anført, at kravet om, at de skal kunne forsørge og sørge for indkvartering af sig selv og personer, der forsørges af dem, går ud over, hvad der bestemmes i aftalen, og er grundlæggende forskelligt fra traktatens bestemmelser — som fortolket af Domstolen — vedrørende EF-statsborgere, som ønsker at benytte sig af etableringsfriheden.

82. For så vidt angår sidstnævnte aspekt kan jeg nøjes med at henvise til mine bemærkninger vedrørende det første spørgsmål.

83. Med hensyn til det første aspekt må det medgives, at aftalen ikke indeholder noget egentligt krav om, at den pågældende skal have en tilstrækkelig indtægt til ikke at falde det offentlige til byrde.

84. Jeg mener imidlertid ikke, at dette krav strider mod aftalens bestemmelser, for hvis en medlemsstat kan nægte en tjekkisk statsborger, som ønsker at kombinere selvstændig virksomhed med lønnet beskæftigelse, adgang til at etablere virksomhed, eller med andre ord kræve, at den selvstændige virksomhed ikke tjener til omgåelse af den omstændighed, at der ikke er fri bevægelighed for tjekkiske arbejdstagere, er det svært at se, hvordan man skulle kunne forbyde denne medlemsstat at forhindre etablering i form af oprettelse af en virksomhed, som ville give så lille en indtægt, at den pågældende tjekkiske statsborger og hans familie ville være nødt til at modtage offentlig støtte for at overleve.

85. Det vil være almindelig sund fornuft at kræve, at en tjekkisk statsborgers virksomhed ikke alene skal være selvstændig i den forstand, at den ikke dækker over en lønnet beskæftigelse, men også sikre ham faktisk økonomisk uafhængighed.

86. Det hjælper ikke sagsøgerne i hovedsagen, at de heroverfor gør gældende, at Det Forenede Kongeriges myndigheder ikke kan nægte en britisk statsborger ret til at påbegynde selvstændig virksomhed med den begrundelse, at denne ikke er tilstrækkelig indbringende, for britiske statsborgeres udøvelse af en sådan virksomhed er — så vidt jeg ved — ikke undergivet samme eller tilsvarende begrænsninger som dem, der følger af aftalens artikel 45, stk. 4.

Det femte spørgsmåls punkt b)

87. Jeg skal nu — stadig i forbindelse med det femte spørgsmål — undersøge, om den omstændighed, at en tjekkisk statsborger ved ankomsten til grænsen ikke er i besiddelse af den indrejseattest, som kræves i henhold til den gældende udlændingelovgivning i Det Forenede Kongerige, kan begrunde, at han nægtes indrejse.

88. Efter min opfattelse giver svaret sig selv. Hvordan skulle man kunne antage, at en medlemsstat, henset til aftalens bestemmelser, har ret til at kræve indrejseattest, og samtidig forbyde denne at straffe manglende overholdelse af denne bestemmelse?

89. Besynderligt nok anfører Kommissionen i sit indlæg, at den omstændighed, at den pågældende person ikke er i besiddelse af en sådan attest, ikke kan begrunde et afslag på tilladelse til at indrejse.

90. Efter Kommissionens opfattelse vil en sådan sanktion, som vil indebære, at den tjekkiske statsborger ved ankomsten til grænsen ikke vil have noget andet valg end at vende tilbage til sit hjemland for dér at indgive en ansøgning på behørig vis, være åbenbart overdreven, eftersom der er tale om en simpel formalitet, som ikke er blevet overholdt, og den vil ikke kunne hævdes at være forenelig med bestemmelserne i aftalens artikel 45, stk. 3, og artikel 59, stk. 1.

91. Det ser for mig ud som om, Kommissionen med denne argumentation forveksler den ordning, som gælder efter traktaten, med den, som er indført ved aftalen. Kommissionen anvender — i relation til aftalen og efter min mening med urette — Domstolens praksis, hvorefter EF-statsborgere, som rejser til en anden medlemsstat for dér at søge beskæftigelse, levere en tjenesteydelse eller etablere sig, blot udøver en rettighed, som de er tillagt direkte ved traktaten, således at den omstændighed, at de ikke har overholdt alle de administrative formaliteter, som fællesskabsretten stadig tillader, ikke kan medføre sanktioner, som er så strenge, at de udgør en hindring for den rettighed, de udøver [21].

92. I forbindelse med aftalen er udstedelse af en indrejseattest imidlertid ikke en simpel formalitet. Denne attest giver nemlig den tjekkiske statsborger en ret til indrejse, som han ikke tidligere havde. Den har konstitutiv og ikke blot konstaterende karakter, og det indebærer naturligvis, at en person, som ikke er i besiddelse af en sådan attest, kan nægtes indrejse på den pågældende medlemsstats område, og en sådan nægtelse udgør ikke en hindring for nogen rettighed, idet rettigheden netop først stiftes med udstedelsen af indrejseattesten.

93. Det kan i denne sammenhæng endvidere bemærkes, at det af bestemmelserne i traktaten og den afledte ret vedrørende visa klart fremgår, at manglende visum automatisk medfører, at den pågældende ikke har ret til at passere grænsen.

94. EF-traktatens artikel 100 C [22] bestemmer således, at Rådet »udpeger de tredjelande, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum *ved passage af medlemsstaternes ydre grænser*« [23].

95. Rådets forordning (EF) nr. 574/1999 af 12. marts 1999 [24], som er vedtaget på grundlag af traktatens artikel 100 C, bestemmer følgende i artikel 5:

»I denne forordning forstås ved visum en tilladelse, som er udstedt af en medlemsstat, eller en afgørelse, som er truffet af en medlemsstat, og *som kræves for indrejse på denne medlemsstats område* [...]« [25].

96. Denne tekst viser også, at begrebet visum i fællesskabslovgivers øjne skal forstås bredt. En tilladelse som den britiske »entry clearance« (indrejseattest) kan derfor anses for at høre til kategorien visa.

21 — Jf. f.eks. dom af 14.7.1977, sag 8/77, Sagulo m.fl., Sml. s. 1495, præmis 12.

22 — Bestemmelsen er ophævet ved Amsterdam-traktaten, men artikel 62, stk. 2, litra b), nr. i), EF har samme indhold.

23 — Min fremhævelse.

24 — Forordning om fastlæggelse af, hvilke tredjelandes statsborgere der skal være i besiddelse af visum ved passage af medlemsstaternes ydre grænser (EFT L 72, s. 2).

25 — Min fremhævelse.

97. Forordning nr. 574/1999 finder ganske vist ikke anvendelse på den foreliggende sag, eftersom Den Tjekkiske Republik ikke er opført på listen i bilaget til forordningen, og denne kun vedrører visa til korte ophold. Forordningens artikel 2 bestemmer imidlertid, at »[m]edlemsstaterne træffer afgørelse om, hvorvidt der skal gælde visumpligt for statsborgere fra tredjelande, der ikke er opført på den fælles liste«. Det Forenede Kongerige kan derfor udmærket kræve »entry clearance« selv for korte ophold. Dette er så meget desto mere tilfældet, når der er tale om passage af grænsen med henblik på etablering på ubestemt tid.

98. Endelig bestemmer fællesskabsretten for så vidt angår tredjelandsstatsborgere, som skal have visum selv i forbindelse med lufthavnstransit [26], at dette visum »udstedes af medlemsstaternes *konsulære repræsentationer*« [27], som skal »kontrollere, at der ikke er nogen sikkerhedsmæssig risiko eller risiko for ulovlig indvandring« [28].

99. Eftersom et visum, der giver adgang til en lufthavn, pr. definition ikke kan udstedes i selve denne lufthavn, kan der ikke udledes noget generelt af denne tekst. Jeg mener imidlertid ikke, at der findes bestemmelser i fællesskabsretten, som er til hinder for, at en medlemsstat kræver, at visum eller indrejseattest under alle omstændigheder udstedes af dens konsulære repræsentation i ansøgerens hjemland, og at den ved grænsen afviser alle, som ikke allerede er i besiddelse af visum eller indrejseattest.

100. Dette udgør ikke en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. For det første er der grænser for de midlertidige indkvarteringsmuligheder i nærheden af medlemsstaternes havne og lufthavne.

101. For det andet kræver ansøgninger om etablering en grundig undersøgelse, som kan tage tid. Myndighederne skal have mulighed for at kontrollere, at de økonomiske midler, den pågældende person hæver der at råde over, ikke hidrører fra narkotikahandel eller andre kriminelle aktiviteter, og at han ikke befinder sig i en af de situationer, hvor selv EF-statsborgere kan nægtes adgang til at etablere sig i en anden medlemsstat (hvis han f.eks. er stofmisbruger eller ramt af visse sygdomme) [29].

102. For så vidt angår statsborgere fra en stat, som er tilknyttet Fællesskabet ved en aftale som den i denne sag omhandlede, kan det således ikke hævdes, at udstedelse af et visum i form af en såkaldt entry clearance er en simpel formalitet, og at en tjekkisk statsborger, som har godtgjort, at

26 — Artikel 2 i fælles aktion af 4.3.1996 vedtaget af Rådet på grundlag af artikel K.3 i traktaten om Den Europæiske Union om en ordning for lufthavnstransit (EFT L 63, s. 8). Den Tjekkiske Republik er ikke opført på listen i bilaget til den fælles aktion.

27 — Min fremhævelse.

28 — Dom af 12.5.1998, sag C-170/96, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 2763.

29 — Rådets direktiv 64/221/EØF af 25.2.1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til rejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed (EFT 1963-1964, s. 109).

han er i besiddelse af de nødvendige intellektuelle evner og økonomiske midler til at etablere sig som selvstændig, ikke længere kan nægtes indrejse til den pågældende stats område. Det forholder sig tværtimod således, at opnåelse af »entry clearance« udgør en særskilt og yderligere betingelse, og har den pågældende ikke opnået denne, kan de nationale myndigheder ved ankomsten sende ham tilbage til hjemlandet.

103. Jeg mener derfor, at både spørgsmål 5a og 5b skal besvares bekræftende.

Det sjette spørgsmål

104. Under hensyn til min begrundelse for, at Det Forenede Kongerige har ret til at nægte en person, som ikke er i besiddelse af en indrejseattest, indrejse til sit område, er det let at besvare det sjette spørgsmål.

105. De forskellige faktorer, som den forelæggende ret nævner i det sjette spørgsmål, har ingen betydning for besvarelsen af det femte spørgsmål. For det første har Det Forenede Kongerige ikke pligt til at fastsætte bestemmelser, hvorefter den omstændighed, at en person ikke er i besiddelse af en indrejseattest, i visse tilfælde ikke automatisk skal medføre, at han nægtes indrejse, for en person, som ikke er i besiddelse af en sådan attest, kan ikke påberåbe sig indrejse- og opholdsret.

106. For det andet er Domstolens retspraksis vedrørende tyrkiske statsborgeres opholdsret i medlemsstaterne fuldstændig utvetydig. En persons udøvelse af virksomhed på en medlemsstats område, mens han befandt sig i en ulovlig situation for så vidt angår medlemsstatens bestemmelser vedrørende indrejse- og opholdsret, afføder ikke rettigheder for vedkommende [30].

107. På samme måde kan en person, som har kunnet forsørge sig selv på en medlemsstats område og med dennes tilladelse til midlertidigt at gøre dette, mens han afventer en domstolsafgørelse i en sag om prøvelse af en afgørelse om nægtelse af opholdsret eller om udvisning, ikke gøre rettigheder gældende efter fællesskabsretten på grundlag af dette slet og ret tålte ophold [31].

108. Det skal ikke komme en medlemsstat til skade, at den af grunde, som kunne kaldes humanitære, ikke effektivt forhindrer, at en udlænding, som medlemsstaten aldrig har givet og aldrig har været forpligtet til at give opholdsret, opholder sig på

30 — Jf. f.eks. dom af 5.6.1997, sag C-285/95, Kol, Sml. I, s. 3069, præmis 27.

31 — Jf. Sevince-dommen, præmis 31, og Kus-dommen, præmis 12-17.

dens område; i modsat fald ville man ligefrem belønne ulovlig indvandring.

109. Tilsvarende kan en person med en midlertidig indrejsetilladelse, som har kunnet udøve selvstændig virksomhed, måske fordi de kompetente myndigheder i henhold til den skønsmæssige beføjelse, som de ubestrideligt er tillagt, har vurderet, at det vil være klogere at lade den pågældende tjene til sit ophold end falde det offentlige til byrde, ikke gøre gældende, at han allerede har etableret sig i henhold til aftalen, og påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 45, stk. 3.

Det syvende spørgsmål

110. Under hensyn til besvarelsen af det femte spørgsmål er det i princippet ikke nødvendigt at besvare det syvende spørgsmål, men jeg vil benytte lejligheden til at fremsætte et par bemærkninger.

111. Hvis en medlemsstat under udøvelsen af en skønsmæssig beføjelse, som særligt tilkommer den, går med til at overveje muligheden for at tilkende en tjekkisk statsborger, som agter at påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling i aftalen, selv om han ikke har overholdt forpligtelsen efter udlændingelovgivningen til at ansøge om indrejseattest inden ankomsten til grænsen, ret til indrejse og ophold — hvilket Det Forenede Kongerige efter det oplyste under retsmødet gør — selv om intet er til hinder for, at de kompetente myndigheder træffer afgørelse om udvisning, har den pågældende medlemsstat naturligvis ret til at gøre en eventuel afgørelse om indrejsetilladelse betinget af, at de materielle betingelser for meddelelse af indrejse- og opholdsret med henblik på etablering klart og åbenbart er opfyldt.

112. En tjekkisk statsborger, som ankommer til Det Forenede Kongeriges grænse uden indrejseattest, vil henset til Det Forenede Kongeriges bestemmelser typisk blive sendt tilbage, og han har ingen ret til prøvelse af sin situation for så vidt angår etablering på samme måde, som hvis han havde overholdt den fastsatte procedure.

113. En prøvelse af en sådan persons ansøgning er i sig selv et privilegium, hvis ikke en retsstridig begunstigelse, som han indrømmes af de britiske myndigheder, og det tilkommer ham ikke at diskutere de betingelser, som stilles i forbindelse hermed.

114. Den anden række spørgsmål fra den forelæggende ret bør følgelig besvares således:

— Aftalens artikel 45 og 59 tillader, at en medlemsstat kræver, at en person, som ønsker at rejse til medlemsstatens område udelukkende med det formål

at etablere selvstændig virksomhed i henhold til aftalen, skal ansøge om og opnå forudgående »indrejseattest« (dvs. forudgående tilladelse til at rejse til den pågældende medlemsstat med dette særlige formål for øje).

— En medlemsstat har under alle omstændigheder ret til at nægte en person, som ønsker at etablere sig som selvstændig erhvervsdrivende i henhold til aftalen, indrejse til sit område alene med den begrundelse, at den pågældende person ikke har opnået en sådan forudgående indrejseattest.

— En medlemsstat er berettiget til at betinge udstedelsen af en forudgående indrejseattest af, at denne person opfylder visse materielle betingelser vedrørende etablering som dem, der beskrives af den forelæggende ret.

Forslag til afgørelse

115. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Divisional Court), som følger:

»— Artikel 45, stk. 3, i europaaftalen af 4. oktober 1993 om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og medlemsstaterne på den ene side og Den Tjekkiske Republik på den anden side har direkte virkning for så vidt angår forbuddet mod at indrømme tjekkiske statsborgere, som er lovligt indrejst i en medlemsstat for dér at udøve selvstændig virksomhed, en mindre gunstig behandling end den, medlemsstaten indrømmer sine egne statsborgere.

Tjekkiske statsborgere har imidlertid ikke ret til indrejse og ophold i henhold til denne bestemmelse.

— En tjekkisk statsborger kan ikke påberåbe sig aftalens artikel 45, stk. 3, og artikel 59 stk. 1, første punktum in fine, med henblik på at anfægte lovligheden af en medlemsstats love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold og etablering af fysiske personer, medmindre disse love og forskrifter er affattet eller anvendes på en måde, som generelt gør det umuligt eller overdrevent vanskeligt for tjekkiske statsborgere at etablere sig i den pågældende medlemsstat, således at aftalens artikel 45, stk. 3, mister sin effektive virkning.

— Aftalens artikel 45 og 59 tillader, at en medlemsstat kræver, at en person, som ønsker at rejse til medlemsstatens område udelukkende med det formål at etablere selvstændig virksomhed i henhold til aftalen, skal ansøge om og opnå forudgående 'indrejseattest' (dvs. forudgående tilladelse til at rejse til den pågældende medlemsstat med dette særlige formål for øje).

— En medlemsstat har under alle omstændigheder ret til at nægte en person, som ønsker at etablere sig som selvstændig erhvervsdrivende i henhold til aftalen, indrejse til sit område alene med den begrundelse, at den pågældende person ikke har opnået en sådan forudgående indrejseattest.

— En medlemsstat er berettiget til at betinge udstedelsen af en forudgående indrejseattest af, at denne person opfylder visse materielle betingelser vedrørende etablering som dem, der beskrives af den forelæggende ret.«