FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT
fremsat den 14. april 2011 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende sag vedrører artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til associeringsaftalen EØF-Tyrkiet. Denne indeholder en standstill-klausul, som efter den 1. januar 1973 forbyder kontrahenterne at indføre nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

2. I 2008 ansøgte sagsøgeren i hovedsagen om tilladelse i Det Forenede Kongerige til at påbegynde selvstændig virksomhed. Han henviste i den forbindelse ikke til de nugældende, men derimod til de — gunstigere — retsforskrifter, der var gældende på skæringstidspunktet 1973. De kompetente myndigheder nægtede ham under henvisning til princippet om retsmisbrug at støtte ret på standstillklausulen, fordi han havde overtrådt en betingelse i sin tidligere opholdstilladelse forud for ansøgningen.

3. Eftersom Domstolen allerede har haft lejlighed til at tage stilling til indholdet og rækkevidden af standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1 [2], giver denne sag den mulighed for at præcisere, hvornår en påberåbelse af standstill-klausulen kan afvises.

II — Retlige rammer

A — *Associeringsaftalen EØF-Tyrkiet*

4. Den 12. september 1963 blev aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet undertegnet i Ankara af på den ene side Republikken Tyrkiet og på den anden side Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og dets medlemsstater. Ved Rådets afgørelse 64/732/EØF af 23. december 1963 blev denne aftale indgået, godkendt og bekræftet på Fællesskabets vegne [3]. I henhold til

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Jf. bl.a. dom af 11.5.2000, sag C-37/98, Savas, Sml. I, s. 2927, og af 20.9.2007, sag C-16/05, Tum og Dari, Sml. I, s. 7415.

3 — Samling af aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber, bind 3, s. 541, herefter »associeringsaftalen«.

associeringsaftalens artikel 2, stk. 1, har denne til formål at fremme en stadig og afbalanceret styrkelse af de økonomiske og handelsmæssige forbindelser mellem parterne, herunder på arbejdskraftens område, ved gradvist at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed samt ved at ophæve de restriktioner, som begrænser etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, med henblik på at forbedre det tyrkiske folks levestandard og senere at lette Republikken Tyrkiets optagelse i Fællesskabet [4].

5. Tillægsprotokollen til associeringsaftalen, der blev undertegnet i Bruxelles den 23. november 1970 og indgået, godkendt og bekræftet på Fællesskabets vegne ved Rådets forordning (EØF) nr. 2760/72 af 19. december 1972 [5], som i henhold til artikel 62 er en integrerende del af associeringsaftalen, fastsætter i artikel 1 betingelserne, de nærmere regler og tidsplanen for gennemførelsen af den i aftalens artikel 4 nævnte overgangsperiode. Tillægsprotokollen indeholder afsnit II med overskriften »Bevægelighed for personer og tjenesteydelser«, hvis kapitel II omhandler »[e]tableringsret, tjenesteydelser og transport«.

6. Tillægsprotokollens artikel 41, som er indeholdt i afsnit II, kapitel II, har følgende ordlyd:

»1. De kontraherende parter afholder sig fra indbyrdes at indføre nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

2. […]«

B — *National lovgivning*

7. Bestemmelserne om forlængelse af opholdstilladelse, der gjaldt i Det Forenede Kongerige den 1. januar 1973, var indeholdt i Statement of Immigration Rules for Control after Entry (House of Commons Paper 510, bestemmelser om indvandringskontrol efter indrejse).

8. Immigration Rules er blevet ændret og erstattet mange gange i de efterfølgende år. De Immigration Rules, der var gældende på tidspunktet for sagsøgtes afslag på sagsøgerens ansøgning om forlængelse af opholdstilladelse (den 21.10.2008), fremgår af House of Commons Paper 395 (HC 395).

9. Den forelæggende ret anfører — og dette er parterne enige om — at Immigration Rules, der var gældende i Det Forenede Kongerige i 2008 vedrørende påbegyndelse af selvstændig erhvervsvirksomhed i denne medlemsstat, er mere restriktive end dem, der var i kraft den 1. januar 1973.

10. En af procesdeltagerne [6] har uden at blive modsagt anført, at en afgørende forskel er, at i modsætning til bestemmelserne om tilladelse til selvstændig virksomhed, der var gældende i 1973, skal en udenlandsk statsborger

4 — Fjerde betragtning i præamblen til og artikel 28 i associeringsaftalen.

5 — Samling af aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber, bind 3, s. 581.

6 — Centre for Advice on Individual Rights in Europe, jf. punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

i henhold til de nyere bestemmelser præstere en kapital på 200 000 GBP [7].

III — Faktiske omstændigheder og hovedsagen

11. Tural Oguz (herefter »sagsøgeren i hovedsagen« eller »sagsøgeren«) indrejste i oktober 2000 i Det Forenede Kongerige på en indrejsetilladelse som studerende. De kompetente myndigheder forlængede efterfølgende hans opholdstilladelse som studerende flere gange. Disse opholdstilladelser var bl.a. betinget af, at sagsøgeren kun måtte påbegynde selvstændig erhvervsvirksomhed med tilladelse fra Secretary of State for the Home Department.

12. Sagsøgeren tog derefter *lønnet beskæftigelse* i Det Forenede Kongerige i nogle år med de kompetente myndigheders tilladelse. I november 2006 opsagde sagsøgerens arbejdsgiver ham af driftsmæssige grunde. Sagsøgerens forsøg på at finde anden lønnet beskæftigelse var forgæves.

13. Den 20. marts 2008 indsendte sagsøgeren derefter en ansøgning om forlængelse af sin opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige som *selvstændig erhvervsdrivende*. Han henviste til Immigration Rules [8], som var gældende i Det Forenede Kongerige fra den 1. januar 1973, der ifølge den forelæggende ret var gunstigere end Immigration Rules, der var i kraft i 2008. Som begrundelse for at anvende 1973-bestemmelserne henviste sagsøgeren til standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41.

14. Sagsøgeren var allerede påbegyndt sin selvstændige erhvervsvirksomhed i februar 2008 og havde faktisk drevet den i den efterfølgende måned. På tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen havde sagsøgeren således allerede udøvet sin selvstændige erhvervsvirksomhed i nogle uger og havde dermed overtrådt den betingelse, der var knyttet til hans opholdstilladelse. Sagsøgeren begrundede dette med, at han anså sig for berettiget til at etablere sin forretningsaktivitet, mens han forberedte og affattede en ansøgning om opholdstilladelse som erhvervsdrivende.

15. Den 11. august 2008 ophørte sagsøgeren med sin selvstændige erhvervsvirksomhed og informerede de kompetente myndigheder om, at han først ville genoptage denne, når der var truffet afgørelse om hans ansøgning.

16. Secretary of State for the Home Department (herefter »sagsøgte i hovedsagen«) gav sagsøgeren afslag på hans ansøgning. Begrundelsen for afslaget var, at sagsøgeren havde overtrådt betingelsen i sin tidligere

7 — Med henvisning til Statement of Changes to Immigration Rules (HC 395) as amended, paragraph 245L(b) og Appendix A, paragraph 35.

8 — House of Commons Paper 510.

opholdstilladelse ved at etablere sin forretningsaktivitet. Han var derfor udelukket fra at drage fordel af standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Han fik således afslag på sin afsøgning på grundlag af de gældende Immigration Rules. Ydermere blev længden af hans eksisterende opholdstilladelse som indehaver af en arbejdstilladelse forkortet, fordi han ikke længere opfyldte betingelserne for sin opholdstilladelse.

17. Den 4. november 2008 påklagede sagsøgeren afgørelsen til Asylum and Immigration Tribunal [9]. Han fik ikke medhold. Som begrundelse anførte Tribunal, at sagsøgeren ikke havde handlet svigagtigt. Han havde dog handlet i strid med betingelserne for sin opholdstilladelse ved at etablere, påbegynde og drive sin forretningsaktivitet, og han var derfor ikke berettiget til at påberåbe sig standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41.

18. Sagsøgeren nedlagde påstand om fornyet prøvelse af denne afgørelse [10]. Ved kendelse af 26. juni 2009 fastslog Senior Immigration Judge Ward [11], at den tidligere afgørelse om afslag på klagen ikke var behæftet med retlige fejl og stadfæstede afgørelsen.

19. Retstvisten verserer nu for appelinstansen Court of Appeal of England and Wales [12], som er den forelæggende ret. Denne ret gav Centre for Advice on Individual Rights in Europe (herefter »AIRE-centret«) tilladelse til at intervenere i hovedsagen.

IV — Anmodningen om præjudiciel afgørelse og proceduren for Domstolen

20. Ved kendelse af 23. marts 2010 besluttede Court of Appeal at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er en tyrkisk statsborger, som har opholdstilladelse i Det Forenede Kongerige på betingelse af, at han ikke udøver nogen form for virksomhed eller erhverv, og som påbegynder virksomhed som selvstændig erhvervsdrivende i strid med denne betingelse og derefter ansøger de nationale myndigheder om yderligere opholdstilladelse på grundlag af den forretning, han nu har oprettet, berettiget til at påberåbe sig artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til associeringsaftalen mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet?«

9 — Asyl- og indvandringsdomstolen.

10 — Order for reconsideration.

11 — Ledende dommer i udlændingesager.

12 — Appelretten for England og Wales.

21. I sagen for Domstolen har Tural Oguz, AIRE-centret, Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen afgivet skriftlige og mundtlige indlæg.

V — Bedømmelse

22. Den foreliggende sag vedrører fortolkningen af artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til associeringsaftalen EØF-Tyrkiet. Ifølge artikel 41, stk. 1, må de kontraherende parter ikke indføre nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

23. Tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, udelukker således en medlemsstat fra at indføre nye restriktioner, der har til formål eller til følge, at en tyrkisk statsborgers etablering og dermed også dennes ophold i denne medlemsstat underlægges strengere betingelser end dem, der var gældende på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden, dvs. 1. januar 1973 [13].

24. Domstolen har f.eks. anset indførelse af en visumpligt for at kunne udføre visse tjenesteydelser, som ikke gjaldt før tillægsprotokollens ikrafttræden, for en »ny restriktion« i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1's forstand [14].

25. Domstolen har allerede henvist til, at det følger af ordlyden af artikel 41, stk. 1, at denne klart, præcist og ubetinget fastsætter en utvetydig standstill-klausul, som forbyder, at de kontraherende parter indfører nye restriktioner, der begrænser etableringsfriheden, med virkning fra tillægsprotokollens ikrafttrædelsesdato. Det følger af denne ordlyd samt af karakteren af og formålet med associeringsaftalen, at artikel 41, stk. 1, har direkte virkning i medlemsstaterne [15].

26. En tyrkisk statsborger kan således påberåbe sig artikel 41, stk. 1, direkte over for en medlemsstats myndigheder.

27. Den forelæggende ret spørger nu, om en medlemsstat kan nægte en tyrkisk statsborger, som har overtrådt en betingelse i sin opholdstilladelse, retten til at påberåbe sig standstill-klausulen i tillægsprotokollens

13 — Savas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 69, dom af 21.10.2003, forenede sager C-317/01 og C-369/01, Abatay m.fl., Sml. I, s. 12301, præmis 66, og Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 49.

14 — Dom af 19.2.2009, sag C-228/06, Soysal og Savatli, Sml. I, s. 1031, præmis 57.

15 — Savas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 49, under henvisning til Domstolens praksis bl.a. vedrørende standstill-klausulen i artikel 13 i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19.9.1980, dom af 20.9.1990, sag C-192/89, Sevince, Sml. I, s. 3461, præmis 18 og 26.

artikel 41. Sagsøgte i hovedsagen går ligesom Det Forenede Kongeriges regering ud fra, at påberåbelse af standstill-klausulen i et sådant tilfælde ville være udtryk for retsmisbrug og derfor bør nægtes. Den forelæggende ret har udtrykkeligt udelukket, at sagsøgeren har handlet svigagtigt.

28. Efter min opfattelse kan standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1 — som jeg skal forklare nedenfor — ikke bruges til at nægte en person ret til at påberåbe sig bestemmelsen på grund af retsmisbrug. Ethvert retsmisbrug skal om nødvendigt behandles inden for rammerne af anvendelsen af national lovgivning.

29. Forbuddet mod retsmisbrug er et almengyldigt EU-retligt princip [16]. Ifølge fast retspraksis kan fællesskabsbestemmelser ikke påberåbes med svig eller misbrug for øje, og de nationale retter kan konkret tage hensyn til de pågældendes misbrug på grundlag af objektive omstændigheder for at afgøre, om de skal nægtes fordelen ved at kunne påberåbe sig EU-rettens bestemmelser [17].

30. I Emsland-Stärke-dommen har Domstolen præciseret misbrugsprøven i forbindelse med ydelser i landbrugssektoren. Domstolen fastslog i dommen, at konstateringen af, at der er tale om misbrug, for det første kræver et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som EU-bestemmelserne forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt [18]. For det andet kræves der et subjektivt element bestående i ønsket om at drage fordel af fællesskabsbestemmelserne ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel [19].

31. Som Domstolen allerede har fremhævet, fungerer standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, ikke som en materiel regel, der medfører, at de relevante materielle retsregler, som den træder i stedet for, ikke kan finde anvendelse, men som en procedurelignende bestemmelse, der i tidsmæssig henseende foreskriver, hvilke bestemmelser i en medlemsstats lovgivning der skal anvendes ved vurderingen af situationen for en tyrkisk statsborger, der ønsker at gøre

16 — Jf. også generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 8.7.2010 i sag C-303/08, Bozkurt (dom af 22.12.2010, Sml. I, s. 13445) punkt 37, og generaladvokat Maduros forslag til afgørelse af 7.4.2005 i sag C-255/02, Halifax (dom af 21.2.2006, Sml. I, s. 1609), punkt 63, der begge viser hovedsammenhænge, i hvilke misbrugsbegrebet blev undersøgt af Domstolen.

17 — Jf. bl.a. dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 25, af 21.2.2006, sag C-255/02, Halifax m.fl., Sml. I, s. 1609, præmis 68, og af 22.12.2010, sag C-303/08, Bozkurt, Sml. I, s. 13445, præmis 47.

18 — Dom af 14.12.2000, sag C-110/99, Emsland-Stärke, Sml. I, s. 11569, præmis 52.

19 — Emsland-Stärke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 53.

brug af reglerne om etableringsfrihed i denne medlemsstat [20].

32. Det er således karakteristisk for den foreliggende standstill-klausul, at den ikke giver nogle materielle rettigheder. Umiddelbart følger der hverken en etableringsret eller en opholdsret heraf [21]. Den fastlægger kun, hvilke bestemmelser i national lovgivning der er anvendelige, nemlig ingen bestemmelser, som er mindre gunstige end dem, der var gældende den 1. januar 1973.

33. Efter min opfattelse burde standstill-klausulen allerede på grund af sin udformning ikke kunne bruges til at nægte en person ret til at påberåbe sig bestemmelsen på grund af retsmisbrug.

34. Artikel 41 opstiller ingen betingelser for sin anvendelse. Den er snarere ubetinget anvendelig. Som Domstolen har fastslået, indeholder artikel 41, stk. 1, et absolut forbud mod, at nationale myndigheder skaber nye hindringer for udøvelse af denne frihed ved at skærpe de på et givent tidspunkt gældende betingelser [22].

35. Standstill-klausulen regulerer kun, hvilken national lovgivning der finder anvendelse. Hvorvidt der ifølge national lovgivning består en etableringsret og en deraf afledt opholdsret, kan alene udledes af national lovgivning.

36. Når artikel 41 opstiller et absolut forbud, som ikke kræver, at visse betingelser er opfyldt, er det vanskeligt at forestille sig et tilfælde af retsmisbrug i forhold til denne bestemmelse. Da der ikke er opstillet betingelser for bestemmelsens anvendelse, kan sådanne heller ikke kunstigt opstilles i misbrugsøjemed.

37. Sagsøgte i hovedsagen og Det Forenede Kongeriges regering anfører, at sagsøgeren ikke bør kunne påberåbe sig standstill-klausulen, fordi han kun blev i stand til at opfylde de materielle betingelser i Immigrations Rules af 1973, som han ellers ikke kunne opfylde, ved at påbegynde selvstændig virksomhed, hvorved han overtrådte betingelsen i sin opholdstilladelse.

38. Dette viser, at sagsøgerens eventuelle retsmisbrug vedrører de materielle betingelser i de *nationale* udlændingebestemmelser og ikke standstill-klausulen. Spørgsmålet om retsmisbrug er således passende placeret i materiel national ret. Sagsøgeren anfører selv, at de kompetente myndigheder i henhold til Immigration Rules af 1973 kan tage

20 — Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 55.

21 — Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 52.

22 — Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 61.

en ansøgers misbrugsadfærd i betragtning [23]. Det Forenede Kongeriges regering bekræftede denne mulighed over for Domstolen under retsmødet.

39. Det kan således foreløbig konkluderes, at artikel 41, stk. 1, på grund af sin absolutte karakter, der ikke opstiller nogle materielle betingelser, men udelukkende fastsætter den anvendelige lovgivning, ikke er anvendelig i forhold til spørgsmålet om retsmisbrug.

40. Denne konklusion bekræftes, hvis man ser på konstellationer, hvor Domstolen har anerkendt eksistensen af et retsmisbrug i forhold til associeringsaftalen.

41. Domstolen har således med henvisning til princippet om retsmisbrug udelukket, at perioder, hvor en tyrkisk statsborger alene var beskæftiget som følge af svigagtig adfærd, som han er blevet dømt for, kan anses for lovlige i forhold til afgørelse nr. 1/80's artikel 6, stk. 1 [24], eftersom den pågældende i virkeligheden ikke opfyldte betingelserne i denne bestemmelse og således heller ikke kunne støtte ret på bestemmelsen [25]. Som endnu et eksempel på retsmisbrug der angav Domstolen et tilfælde, hvor et proformaægteskab alene var indgået med henblik på svigagtigt at opnå en gunstigere stilling i henhold til associeringsaftalen [26].

42. I modsætning til standstill-klausulen i artikel 41, som ikke indeholder nogle materielle rettigheder, medfører afgørelse nr. 1/80's artikel 6 og 7, som var relevante i ovennævnte sager, materielle rettigheder, nemlig retten til beskæftigelse og retten til ophold. Derfor kunne princippet om retsmisbrug for så vidt også gøres gældende.

43. Nedenfor vil jeg desuden komme ind på Domstolens udtalelse i Tum og Dari-sagen, som den forelæggende ret henviser til. Domstolen anførte følgende: »I øvrigt foreligger der for Domstolen ingen konkrete oplysninger, der tyder på, at de berørte personer i hovedsagerne har påberåbt sig anvendelsen af »standstill«-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, alene med det formål svigagtigt at drage fordel af de i fællesskabsretten indeholdte rettigheder« [27].

44. Af denne udtalelse fra Domstolen følger, at Domstolen går ud fra, at der kunne tænkes at forekomme sager, hvor spørgsmålet om

23 — Sagsøgeren henviser i den forbindelse til paragraph 4 i bestemmelserne.

24 — Associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19.9.1980 om udvikling af associeringen.

25 — Dom af 5.6.1997, sag C-285/95, Kol, Sml. I, s. 3069, præmis 26 og 27.

26 — Bozkurt-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 50.

27 — Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 66.

anvendelsen af princippet om retsmisbrug opstår i forbindelse med standstill-klausulen i artikel 41, stk. 1.

45. Selv om misbrugsprøven fandt anvendelse i en situation som den foreliggende sag, ville man ikke nå frem til, at der forelå et retsmisbrug.

46. Den afgørende betingelse for, at der kan antages at foreligge et retsmisbrug, er, om en person påberåber sig en EU-retlig bestemmelse for at opnå fordele, som ikke er forenelige med bestemmelsens formål [28].

47. Standstill-klausulens karakter og formål er at skabe fordelagtige betingelser for den gradvise gennemførelse af etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser ved at forbyde nationale myndigheder at indføre nye hindringer for nævnte friheder for ikke at gøre den gradvise virkeliggørelse af disse friheder mellem medlemsstaterne og Republikken Tyrkiet mere vanskelig [29].

48. Som nævnt ovenfor, pålægger standstill-klausulen medlemsstaterne det »absolutte forbud« [30] mod, at nationale myndigheder skaber nye hindringer for udøvelsen af disse friheder ved at skærpe de på et givent tidspunkt gældende betingelser. Formålet er således, at det i princippet kun er de mere gunstige bestemmelser, der finder anvendelse mellem de kontraherende parter.

49. Det er ikke uforeneligt med dette formål, såfremt en tyrkisk statsborger, som har overtrådt en betingelse i sin tidligere opholdstilladelse, også kan påberåbe sig klausulen.

50. I overensstemmelse hermed fandt Domstolen heller ikke, at der forelå et retsmisbrug i ovennævnte Tum og Dari-sag eller i den lignende Savas-sag.

51. I Tum og Dari-sagen påberåbte to personer, der opholdt sig i en medlemsstat i strid med en udvisningskendelse, efter at de havde fået afslag på deres asylansøgninger, sig standstill-klausulen. Domstolen afviste i sagen udtrykkeligt påstanden om, at en tyrkisk

28 — Jf. også generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i Bozkurt-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 16, punkt 39, og generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 18.5.2004 i sag C-200/02, Zhu og Chen (dom af 19.10.2004, Sml. I, s. 9925), punkt 115.

29 — Dommen i sagen Abatay m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 72. Jf. i samme retning også dom af 9.12.2010, forenede sager C-300/09 og C-301/09, Toprak, Sml. I, s. 12845, præmis 52.

30 — Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 61.

statsborger kun kan påberåbe sig standstill-klausulen, såfremt han er indrejst lovligt i medlemsstaten [31]. I Savas-sagen havde den pågældende overtrådt de nationale udlændingebestemmelser, da han påberåbte sig standstill-klausulen. Dette medførte dog ikke, at Domstolen nægtede ham at gøre standstill-klausulen gældende [32].

52. Udfaldet burde således ikke være anderledes i en sag som hovedsagen, hvor den pågældende, der henviser til standstill-klausulen — i modsætning til i de ovennævnte sager — endog havde en opholdstilladelse og alene havde overtrådt en betingelse heri. Endelig er sagsøgeren i hovedsagen ikke indrejst ulovligt i Det Forenede Kongerige, men havde en indrejsetilladelse og endog en arbejdstilladelse, selv om denne ikke var gyldig til selvstændig virksomhed. Det var kun ved at påbegynde selvstændig virksomhed, hvilket han også hurtigt ophørte med, at han overtrådte en betingelse i sin opholdstilladelse.

53. Det er stadig nødvendigt at tage Domstolens dom i Kondova-sagen [33] i betragtning. Denne dom er anført af sagsøgte i hovedsagen og Det Forenede Kongeriges regering.

54. Denne sag vedrørte Europaaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Bulgarien på den anden side [34].

55. Domstolen fandt i den forbindelse, at en bulgarsk statsborger, som havde til hensigt at udøve lønnet beskæftigelse eller selvstændig erhvervsvirksomhed i en medlemsstat, men som unddrog sig de nationale myndigheders forudgående kontrol ved i strid med sandheden at oplyse, at han indrejste i denne medlemsstat for at ernære sig ved et sæsonarbejde, ikke var omfattet af Europaaftalens beskyttelsesområde [35].

56. Såfremt bulgarske statsborgere på ethvert tidspunkt kunne indgive en ansøgning med henblik på etablering i værtsmedlemsstaten, uanset en tidligere overtrædelse af den nationale udlændingelovgivning, kunne de nævnte statsborgere under disse omstændigheder blive fristet til at forblive ulovligt på

31 — Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 59.

32 — Savas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 70.

33 — Dom af 27.9.2001, sag C-235/99, Kondova, Sml. I, s. 6427.

34 — Aftale indgået og godkendt på vegne af Fællesskabet ved Rådet og Kommissionens afgørelse 94/908/EF, EKSF, Euratom af 19.12.1994, EFT L 358, s. 1, herefter »Europaaftalen«.

35 — Kondova-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 80. Domstolen henviser analogt til fællesskabsborgeres omgåelse af national lovgivning for at misbruge fællesskabsretten, Centros-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis.

nævnte stats område og først underkaste sig den nationale kontrolordning, når de opfylder de materielle betingelser, der er fastsat i den nævnte lovgivning [36].

57. Sagsøgte i hovedsagen og Det Forenede Kongeriges regering anfører denne udtalelse fra Domstolen som begrundelse for at nægte sagsøgeren ret til at påberåbe sig standstill-klausulen. For at underbygge deres påstand om sagernes parallelitet, henviser de til ovennævnte påstand om, at sagsøgerens overtrædelse af betingelsen har medført, at han blev i stand til at opfylde de materielle udlændingebestemmelser af 1973.

58. Den nævnte dom kan imidlertid ikke overføres på den foreliggende sag. I modsætning til artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til associeringsaftalen EØF-Tyrkiet gav Europaaftalen, som var relevant i Kondova-sagen, en etableringsret. Med aftalens artikel 45 blev der indført ligebehandling mellem bulgarske statsborgere og medlemsstaternes statsborgere. I henhold til Europaaftalens artikel 59 henhørte alene den første indrejse under medlemsstaternes kompetence. Det er således ikke overraskende, at Domstolen i Kondova-sagen, hvor Europaaftalen giver en materiel ret, ligeledes åbner mulighed for at kunne nægte påberåbelse af denne materielle ret på grund af retsmisbrug.

59. Konklusionen i Kondova-sagen kan imidlertid ikke overføres på standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Som allerede nævnt, giver tillægsprotokollens standstill-klausul ikke en materiel ret til etablering eller ligebehandling med egne statsborgere, men fastlægger alene, hvilken national lovgivning der finder anvendelse.

60. Det kan således konkluderes, at standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, ikke er egnet til at nægte en person retten til at påberåbe sig klausulen på grund af retsmisbrug. Et eventuelt retsmisbrug skal i givet fald bedømmes inden for rammerne af anvendelsen af national lovgivning. Ifølge

36 — Kondova-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 77.

parterne giver national lovgivning også mulighed for at tage dette i betragtning.

61. Afslutningsvis skal endnu et aspekt, som fremgår af sagsøgerens påstand, kort nævnes. Sagsøgeren henviser i sit skriftlige indlæg til, at der forelå en skriftlig instruks fra Secretary of State til hans sagsbehandlere [37] om, at en tyrkisk statsborgers påbegyndelse af selvstændig virksomhed skulle accepteres af myndigheder, når den pågældende var i besiddelse af en opholdstilladelse og indgav ansøgning om forlængelse af opholdstilladelsen på grundlag af den selvstændige virksomhed. Som følge heraf havde Secretary of State skabt en forvaltningspraksis, hvorefter der blev set bort fra manglende opfyldelse af forpligtelsen til at indhente en tilladelse inden påbegyndelse af selvstændig virksomhed.

62. En sådan omstændighed ville rejse det interessante spørgsmål, om fravigelse fra en gunstigere forvaltningspraksis [38], der er blevet indført i mellemtiden, i sig selv kunne udgøre en overtrædelse af standstill-klausulen. Endelig har Domstolen for nylig fastslået, at afskaffelse af en gunstigere lovbestemmelse, som blev indført efter den i standstill-klausulen angivne dato, ligeledes strider imod standstill-klausulens forbud mod at indføre »nye restriktioner«, selv om den nye retsstilling ikke medfører en mindre gunstig stilling end den, der gjaldt inden standstill-klausulens skæringsdag [39]. Eftersom den forelæggende ret ikke har forelagt et spørgsmål i denne retning, dette ikke har været genstand for drøftelse mellem parterne, og en sådan omstændighed ikke fremgår af forelæggelsesafgørelsen, kan dette spørgsmål ikke besvares endegyldigt i den foreliggende sag.

37 — Published Guidance of the Secretary of State to his caseworkers.

38 — Såfremt dette måtte være tilfældet under de foreliggende omstændigheder.

39 — Jf. Toprak-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 30, vedrørende standstill-klausulen i artikel 13 i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80.

VI — Forslag til afgørelse

63. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare forelæggelsesafgørelsen fra Court of Appeal of England and Wales således:

»En tyrkisk statsborger, som har opholdstilladelse i en medlemsstat på betingelse af, at han ikke udøver nogen form for virksomhed eller erhverv, og som påbegynder virksomhed som selvstændig erhvervsdrivende i strid med denne betingelse og derefter ansøger de nationale myndigheder om yderligere opholdstilladelse på grundlag af den forretning, han nu har oprettet, er uafhængigt af en overtrædelse af forpligtelsen i sin opholdstilladelse berettiget til at påberåbe sig artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til associeringsaftalen mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet.«