FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED fremsat den 12. september 2006 [1]

I — Indledning

1. Artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen af 1970 til associeringsaftalen mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet af 1963 forbyder indførelse af nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Det centrale spørgsmål, der skal løses i denne sag, er, om denne bestemmelse også er til hinder for, at medlemsstaterne gør betingelserne for tyrkiske statsborgeres indrejse til landet mere restriktive, end de var, da denne bestemmelse trådte i kraft i den pågældende medlemsstat.

1 — Originalsprog: engelsk.

II — Relevante retsregler

A — *Fællesskabsretten*

2. Aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet (herefter »associeringsaftalen«) blev undertegnet den 12. september 1963 i Ankara dels af Republikken Tyrkiet, dels af EØF's medlemsstater og Fællesskabet. Den blev indgået, godkendt og bekræftet på Fællesskabets vegne ved Rådets afgørelse 64/732/EØF af 23. december 1963 [2]. Tillægsprotokollen til associeringsaftalen blev undertegnet den 23. november 1970 i Bruxelles og indgået, godkendt og bekræftet på Fællesskabets vegne ved Rådets forordning (EØF) nr. 2760/72 af 19. december 1972 [3].

3. Associeringsaftalens artikel 13 indeholder følgende generelle bestemmelse om etable-

2 — *Samling af aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber*, bind 3, s. 541.

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

ringsfrihed mellem medlemsstaterne og Tyrkiet.

»De kontraherende parter enes om, på grundlag af artikel 52-56 og 58 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, indbyrdes at ophæve de restriktioner, som begrænser etableringsfriheden« [4].

4. Tillægsprotokollens artikel 41 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. Associeringsrådet fastsætter i overensstemmelse med principperne i artikel 13 og 14 i associeringsaftalen tempoet og retningslinjerne, ifølge hvilke de kontraherende parter indbyrdes gradvis afskaffer restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

Associeringsrådet fastsætter dette tempo og disse retningslinjer for de forskellige former for virksomhed under hensyntagen til tilsvarende bestemmelser, der allerede er truffet af Fællesskabet på disse områder, samt til Tyrkiets særlige situation på det økonomiske og sociale område. De aktiviteter, der særlig bidrager til udvikling af produktionen og samhandelen, vil få forrang.«

Associeringsrådet har indtil nu ikke truffet nogen foranstaltninger i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 2.

B — *National ret*

5. Section 11(1) i Immigration Act 1971 (udlændingelov) bestemmer:

»En person, der ankommer til Det Forenede Kongerige med skib eller fly, skal ved anvendelsen af denne lov ikke anses for at være indrejst i Det Forenede Kongerige, medmindre og indtil det tidspunkt han forlader skibet eller flyet, og den, der går fra borde i en havn, skal derudover ikke anses for at være indrejst i Det Forenede Kongerige, så længe han opholder sig inden for det område (hvis et sådant er udlagt) i havnen, som er godkendt til dette formål af en

4 — Efter omnummereringen af EF-traktaten i forbindelse med Amsterdam-traktaten henviser denne bestemmelse nu til artikel 43 EF — 46 EF og 48 EF.

Immigration Officer. En person, der ikke i øvrigt er indrejst i Det Forenede Kongerige, skal ikke anses for indrejst, så længe han tilbageholdes, eller han har en midlertidig adgang eller er midlertidigt løsladt i den periode, hvor han kan tilbageholdes i henhold til de beføjelser, der gives ved tillæg 2 til denne lov eller ved afsnit III i Immigration and Asylum Act 1999.«

6. Den 1. januar 1973, da Det Forenede Kongerige tiltrådte Det Europæiske Fællesskab, var de relevante bestemmelser i Immigration Rules vedrørende etablering af virksomhed og levering af tjenesteydelser indeholdt i Statement of Immigration Rules for Control on Entry (HC 509), som blev forelagt parlamentet den 23. oktober 1972 (herefter »Immigration Rules 1973«). Disse regler blev sammenfattet således i forelæggelseskendelsen. § 30 i Immigration Rules 1973 (under overskriften »Erhvervsdrivende«) bestemmer, at passagerer, der ikke er i stand til at forevise en indrejseattest (»Entry clearance«), men som ikke desto mindre forekommer sandsynligvis at kunne opfylde kravene i en af de følgende to paragraffer, skal gives adgang i et tidsrum på højst to måneder og med forbud mod at tage arbejde samt opfordres til at forelægge deres sag for Home Office. § 31 angår kravet om, at ansøgeren skal have tilstrækkelige midler til at investere i virksomheden, hvis den allerede er etableret, og til at bære sin del af virksomhedens tab; endvidere er det fastsat, at ansøgeren skal være i stand til at forsørge sig selv og sin husstand, at han skal være aktivt beskæftiget med virksomhedens drift og andre tilsvarende krav. § 32 bestemmer, at hvis ansøgeren ønsker at etablere en virksomhed for egen regning, skal han godtgøre, at han bringer tilstrækkelige midler ind i landet til at etablere en virksomhed, der realistisk bedømt kan forsørge ham og hans eventuelle husstand, uden at det er nødvendigt at tage arbejde, hvortil der kræves en arbejdstilladelse.

7. De relevante gældende bestemmelser for personer, der søger om tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige med henblik på at etablere virksomhed, er nu fastlagt i HC 395 (herefter »de nugældende udlændingebestemmelser«). § 201-205 fastsætter følgende krav:

»201. En person, der søger om tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige for at etablere virksomhed, skal godtgøre: (i) at han opfylder kravene i enten § 202 eller 203, (ii) at han i Det Forenede Kongerige selv har rådighed over mindst 200 000 GBP til investering i virksomheden i Det Forenede Kongerige, som står i hans eget navn og ikke i en trustfond eller en anden form for investering, og som han vil investere i virksomheden i Det Forenede Kongerige, (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, (iv) at han aktivt vil deltage i udøvelsen af virksomhedens aktiviteter eller leveringen af

tjenesteydelser på fuld tid for egen regning eller i et partnerskab eller i fremme og ledelse af virksomheden som direktør, (v) at hans finansielle investering vil være proportional med hans interesse i virksomheden, (vi) at han vil have enten en kontrollerende eller tilsvarende interesse i virksomheden, og at partnerskab eller en direktørstilling ikke udgør et skjult ansættelsesforhold, (vii) at han vil være i stand til at bære sin del af ansvaret, (viii) at der er et reelt behov for hans investering og tjenesteydelser i Det Forenede Kongerige, (ix) 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, (x) 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 (xi) at han har gyldig attest til indrejse i Det Forenede Kongerige i denne egenskab.

202. Når en person ønsker at overtage eller blive optaget som partner eller direktør i en eksisterende virksomhed i Det Forenede Kongerige, skal han ud over at opfylde kravene i § 201 fremlægge: (i) en skriftlig erklæring om vilkårene for hans overtagelse af eller optagelse i virksomheden, (ii) virksomhedens reviderede regnskaber for det foregående år, og (iii) bevis for, at hans tjenester og investering vil resultere i en stigning i den beskæftigelse, som virksomheden skaber for personer bosiddende i landet, idet der skal oprettes mindst to fuldtidsstillinger.

203. Når en person søger at oprette en ny virksomhed i Det Forenede Kongerige, skal han ud over at opfylde kravene i § 201 ovenfor fremlægge bevis for følgende: (i) at han eller hun indfører tilstrækkelig mange egne midler i landet til at oprette virksomheden, og (ii) at virksomheden vil skabe lønnet fuldtidsbeskæftigelse for mindst to personer, der allerede er bosiddende i Det Forenede Kongerige.

Indrejsetilladelse i Det Forenede Kongerige til en person, der søger at etablere en virksomhed

204. En person, der ansøger om tilladelse til at indrejse i Det Forenede Kongerige for at etablere 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 etablere en virksomhed

205. Tilladelse til at indrejse i Det Forenede Kongerige til en person, der søger at etablere virksomhed, skal nægtes, hvis der ikke ved ankomsten forelægges Immigration Officer

en gyldig attest til indrejse i Det Forenede Kongerige i denne egenskab.«

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

8. Da de faktiske omstændigheder i sagerne Tum og Dari i det store hele er ens, vil det være hensigtsmæssigt at gennemgå dem samlet.

9. Veli Tum og Mehmet Dari, der begge er tyrkiske statsborgere, ankom til Det Forenede Kongerige henholdsvis den 29. november 2001 og den 1. oktober 1998. De fik begge fik midlertidig adgang til Det Forenede Kongerige i henhold til section 11 i Immigration Act 1971 med begrænset ret til (for Tums vedkommende) eller et forbud mod (for Daris vedkommende) at tage arbejde. Begge havde ansøgt om asyl i Det Forenede Kongerige. Disse ansøgninger blev imidlertid afvist af Secretary of State, og der blev i henhold til Dublin-konventionen [5] truffet foranstaltninger med henblik på at udsende dem til de medlemsstater, hvor de først havde ansøgt om asyl, nemlig Tyskland (for Tums vedkommende) og Frankrig (for Daris vedkommende). De fik ikke medhold i deres efterfølgende forsøg på at få afgørelsen undergivet retslig prøvelse.

10. Mens Dari opholdt sig i Det Forenede Kongerige, oprettede han sit eget pizzeria i Herne Bay, Kent. Den 30. september 2002 indgav Dari en ansøgning til udlændingemyndighederne om tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige, således at han fortsat kunne drive sin virksomhed. Tum ansøgte ligeledes om tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige med henblik på at etablere en rengøringsvirksomhed i Nordlondon. Da de opholdt sig i Det Forenede Kongerige på en midlertidig indrejsetilladelse i henhold til section 11 i Immigration Act 1971, påberåbte de sig bestemmelserne i associeringsaftalen og tillægsprotokollen, og forlangte, at ansøgningen blev behandlet på grundlag af Immigration Rules i den affattelse, der var gældende i 1973.

11. Den 12. maj 2003 afslog Secretary of State, som havde behandlet ansøgningen efter den gældende affattelse af Immigration Rules og ikke den affattelse, der var gældende i 1973, at give Tum tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige med henblik på at etablere virksomhed og anførte, at der ville blive truffet foranstaltninger med henblik på at udsende ham til Tyskland så snart som muligt. Dari fik afslag på sin ansøgning med samme begrundelse. Tum opnåede udsættelse med udsendelsen.

5 — Konvention om fastsættelse af, hvilken stat der er ansvarlig for behandlingen af en asylansøgning, der indgives i en af De Europæiske Fællesskabers medlemsstater, undertegnet i Dublin den 15.6.1990 (herefter »Dublin-konventionen«), EFT 1997 C 254, s. 1. Denne konvention er blevet erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 343/2003 af 18.2.2003 om fastsættelse af kriterier og procedurer til afgørelse af, hvilken medlemsstat der er ansvarlig for behandlingen af en asylansøgning, der er indgivet af en tredjelandsstatsborger i en af medlemsstaterne, EUT L 50, s. 1.

12. Tum og Dari anlagde herefter hver især sag til prøvelse af afgørelsen. Deres sager blev behandlet sammen af High Court of Justice, Queen's Bench Division, der gav dem medhold i dom af 19. november 2003. Hovedindholdet i denne dom var, at Dari og Tum kunne påberåbe sig de såkaldte »standstill«-bestemmelser i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, og dermed forlange, at deres ansøgninger om tilladelse til indrejse i Det Forenede Kongerige som erhvervsdrivende blev behandlet efter Immigration Rules i den affattelse, som var gældende på datoen for Det Forenede Kongerige tiltrædelse af Fællesskabet, nemlig den 1. januar 1973.

13. Denne afgørelse blev stadfæstet af Court of Appeal ved dom af 24. maj 2004.

14. Den 9. juli 2004 anmodede Secretary of State House of Lords om tilladelse til at iværksætte appel af Court of Appeals domme i de forenede sager. Efter en mundtlig forhandling den 27. oktober 2004 bestemte Appellate Committee of the House of Lords, at De Europæiske Fællesskabers Domstol skulle forelægges en anmodning om præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål i henhold til artikel 234 EF:

»Skal artikel 41, stk. 1, i den i Bruxelles den 23. november 1970 undertegnede tillægsprotokol til associeringsaftalen fortolkes således, at den fra datoen for protokollens ikrafttræden i en medlemsstat forbyder denne medlemsstat at indføre nye restriktioner med hensyn til vilkårene for og fremgangsmåden ved indrejse på dens område for en tyrkisk statsborger, der agter at etablere virksomhed i denne medlemsstat?«

15. Tum, Dari, Republikken Slovakiets og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen indgav skriftlige indlæg. Tum, Dari, Det Forenede Kongeriges og Kongeriget Nederlandenes regering samt Kommissionen indgav yderligere indlæg i retsmødet den 18. maj 2006.

16. Tum og Dari, Republikken Slovakiets regering og Kommissionen mener, at det spørgsmål, som House of Lords har forelagt for Domstolen, skal besvares bekræftende. Det Forenede Kongeriges og Kongeriget Nederlandenes regering er af den modsatte opfattelse og mener, at Domstolen bør besvare spørgsmålet benægtende.

IV — Sammenfatning af indlæggene

17. Dari og Tum gjorde i hovedsagen gældende, at »standstill«-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, ikke blot finder

anvendelse på betingelserne for etablering som sådan, men også på betingelserne for ophold og indrejse. I fællesskabsretten betragtes disse betingelser som en logisk følge af etableringsfriheden [6]. Tum og Dari accepterer, at denne bestemmelse ikke i sig selv kan tillægge en tyrkisk statsborger ret til at etablere sig samt en opholdsret i en medlemsstat. De har imidlertid nedlagt påstand om, at deres ansøgning om indrejse i Det Forenede Kongerige med henblik på at oprette en virksomhed i henhold til denne bestemmelse skal vurderes på grundlag af den nationale lovgivning, der var gældende på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft i Det Forenede Kongerige, dvs. den 1. januar 1973.

18. Tum og Dari har gjort gældende, at Domstolen allerede i Savas-sagen [7] fastslog, at en tyrkisk statsborger, selv når denne opholder sig ulovligt i Det Forenede Kongerige, er omfattet af den direkte gældende standstill-klausul i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. De har anført, at Domstolen ikke i denne sag behandlede spørgsmålet om indrejse, fordi Savas allerede var lovligt indrejst, selv om hans fortsatte ophold i Det Forenede Kongerige var ulovligt. Domstolen beskæftigede sig derfor kun med de betingelser, hvorunder Savas fortsat kunne forblive og etablere sig i Det Forenede Kongerige.

19. Til støtte for deres primære påstand vedrørende anvendelsesområdet for tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, har Tum og Dari gjort gældende, at der i modsætning til lignende standstill-klausuler [8] ikke er noget i ordlyden af denne standstill-klausul, der antyder, at den kun finder anvendelse på betingelserne for ophold og etablering og ikke på betingelserne for indrejse. Standstill-klausulen ville blive uden virkning, hvis medlemsstaterne i strid med associeringsaftalens formål kunne gøre indrejse til deres område vanskeligere eller endog umulig. De har understreget, at denne fortolkning af artikel 41, stk. 1, ikke berører medlemsstaternes kompetence for så vidt angår indvandring af tyrkiske statsborgere. Den sætter blot disse statsborgere i den samme situation, som de ville have været i på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i den pågældende medlemsstat, sådan som det kræves i standstill-klausulen.

20. Som svar på Det Forenede Kongeriges påstand om, at beskyttelsen i artikel 41, stk. 1, ikke bør udvides til at omfatte afviste

6 — Der henvises til dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 50, af 12.12.1990, forenede sager C-100/89 og C-101/89, Kaefer og Procacci, Sml. I, s. 4647, præmis 15, af 20.5.1992, sag C-106/91, Ramrath, Sml. I, s. 3351, præmis 17, og af 27.9.2001, sag C-257/99, Barkoci og Malik, Sml. I, s. 6557, præmis 44.

7 — Dom af 11.5.2000, sag C-37/98, Savas, Sml. I, s. 2927.

8 — De henviser til artikel 13 i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19.9.1980 om udvikling af associeringen, der bestemmer følgende: »Fællesskabets medlemsstater og Tyrkiet må ikke indføre nye begrænsninger for så vidt angår vilkårene for adgang til beskæftigelse for arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der på nævnte landes områder har opnået opholds- og arbejdstilladelse i henhold til gældende lovgivning« (min fremhævelse) (herefter »afgørelse nr. 1/80).

asylansøgere (jf. punkt 25 nedenfor), har Tum og Dari gjort gældende, at de ikke i henhold til section 11 i Immigration Act 1971 er formelt indrejst i Det Forenede Kongerige, selv om de rent fysisk opholder sig i Det Forenede Kongerige. Spørgsmålet om, hvorvidt de kan sendes tilbage til en anden medlemsstat i henhold til Dublin-konventionen, er uden betydning for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål, som House of Lords har forelagt Domstolen. Dette spørgsmål går blot ud på at få fastslået, hvilke bestemmelser der gælder for Tums og Daris ansøgninger om indrejse med henblik på etablering af virksomhed.

21. Republikken Slovakiets regering og Kommissionen støtter i det store hele de synspunkter, som Tum og Dari har givet udtryk for. De har begge anført, at når tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, er til hinder for, at medlemsstaterne gør det vanskeligere for tyrkiske statsborgere at etablere virksomhed end det var på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i den pågældende medlemsstat, følger det heraf, at de ikke må modarbejde denne ret ved at indføre nye restriktioner for retten til ophold og retten til indrejse, da disse rettigheder hænger uløseligt sammen med retten til etablering.

22. Kommissionen har gjort gældende, at det ville være paradoksalt ikke at udvide standstill-klausulen i artikel 41, stk. 1, til at gælde en person, der har fremsat en behørig ansøgning om indrejseattest, mens personen stadig opholdt sig i Tyrkiet, eftersom Domstolen i Savas-sagen fastslog, at en person, der er lovligt indrejst i, men som opholder sig ulovligt i en medlemsstat, er omfattet af denne klausul. Kommissionen har tilføjet, at en person, der har ansøgt om indrejse som turist, mens vedkommende i virkeligheden agtede at etablere virksomhed efter ankomsten til medlemsstaten, ikke ville være omfattet af den beskyttelse, som aftalen yder. En sådan svigagtig hensigt vil imidlertid være meget vanskelig om ikke umulig at bevise.

23. Kommissionen har påpeget, at selv om Domstolen har fastslået, at afgørelse nr. 1/80 ikke berører medlemsstaternes kompetence til at regulere tyrkiske arbejdstageres første indrejse til deres område, betyder dette ikke, at hverken associeringsaftalen eller tillægsprotokollen nogensinde kan påvirke medlemsstaternes kompetence til at regulere tyrkiske statsborgeres indrejse til deres område. Medlemsstaternes kompetence til at kontrollere tyrkiske statsborgeres første indrejse er således underlagt begrænsninger. Selv om dette resultat må betragtes som uundgåeligt, foreslår Kommissionen, at Domstolen bør begrænse rækkevidden af sit svar til restriktioner, der hænger uløseligt sammen med retten til etablering, for ikke unødigt at begrænse medlemsstaternes ret til regulere tyrkiske statsborgeres førstegangsindrejse til deres område.

24. Det Forenede Kongeriges regering har hovedsageligt gjort gældende, at medlemsstaterne ifølge Domstolens faste praksis bevarer muligheden for at fastsætte deres egne betingelser for tyrkiske statsborgeres førstegangsindrejse til deres område. Det er ikke formålet med associeringsaftalen og tillægsprotokollen, at tyrkiske statsborgere skal indrømmes den samme ret til etablering som statsborgere i EU. Det Forenede Kongerige kan ved udøvelsen af sine beføjelser lovligt ændre betingelserne for tyrkiske statsborgeres indrejse til Det Forenede Kongerige med henblik på etablering af virksomhed, selv om en sådan ændring gør det vanskeligere at rejse ind i Det Forenede Kongerige, end det var den 1. januar 1973. Dette argument er baseret på Savas-dommen, i hvilken Domstolen fastslog, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, kun omfatter de betingelser, som medlemsstaterne anvender på personer, der søger at etablere virksomhed, når de er lovligt indrejst i en medlemsstat, og at bestemmelsen ikke begrænser medlemsstaternes ret til at fastsætte betingelserne for førstegangsindrejse.

25. Det Forenede Kongerige har subsidiært gjort gældende, at såfremt Domstolen skulle finde, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, er til hinder for, at medlemsstaterne indfører nye restriktioner for indrejse til deres område for tyrkiske statsborgere, som søger at etablere virksomhed dér, gælder dette ikke for personer, der har søgt om at forblive og etablere virksomhed, efter at deres ansøgning om asyl er blevet afvist, og som kan udsendes til en anden medlemsstat i henhold til Dublin-konventionen eller senere lovgivning. I denne forbindelse har Det Forenede Kongeriges regering påpeget, at Tum og Dari først gjorde deres rettigheder i henhold til artikel 41, stk. 1, gældende, da de stod over for truslen om udsendelse til henholdsvis Frankrig og Tyskland. Hvis personer i en sådan situation kan påberåbe sig beskyttelse mod udsendelse i henhold til Dublin-konventionen, vil asylansøgeren kunne sætte det fælles europæiske asylsystem ud af drift. Dette ville svare til en misbrug af rettigheder, idet asylsøgeren ville kunne drage fordel af rettigheder i fællesskabslovgivningen på grund af sin ulovlige indrejse og tilstedeværelse i en medlemsstat.

26. Den nederlandske regering er ligeledes af den opfattelse, at kun tyrkiske statsborgere, der har opfyldt de nationale udlændingebestemmelser for indrejse og ophold, kan påberåbe sig rettigheder i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Hvis personer, der ulovligt er indrejst i en medlemsstat og efterfølgende har etableret virksomhed dér, var omfattet af beskyttelsen i artikel 41, stk. 1, ville det underminere effektiviteten af den nationale udlændingelovgivning, der fortsat henhører under medlemsstaternes kompetence. Det ville også gøre Fællesskabets asylsystem ineffektivt. Den nederlandske regering er af den opfattelse, at Tum og Dari, hvis de var rejst hjem til Tyrkiet og havde fremsendt en ny ansøgning om indrejse til Det Forenede Kongerige med henvisning til deres økono-

miske aktiviteter, mens de opholdt sig ulovligt i landet, stadig ikke ville kunne påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Hvis et sådant krav imødekommes, vil det bringe den nationale udlændingelovgivnings effektivitet og troværdighed i fare.

V — Stillingtagen

27. Som allerede anført i indledningen til dette forslag til afgørelse, er det grundlæggende spørgsmål, der skal besvares i den foreliggende sag, hvorvidt tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, der forbyder indførelse af nye restriktioner for etableringsfriheden og friheden til at levere tjenesteydelser fra tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i den pågældende medlemsstat, også forbyder medlemsstaterne at gøre betingelserne for tyrkiske statsborgeres indrejse mere restriktive.

28. Samtlige parter har i deres forskellige indlæg gjort Domstolens dom i Savas-sagen [9] gældende til støtte for deres diametralt modsatte påstande om, at dette spørgsmål bør besvares enten bekræftende eller benægtende. Det er derfor nødvendigt først at sammenfatte de vigtigste omstændigheder i denne sag og Domstolens dom.

A — *Savas-sagen*

29. Abdulnasir Savas [10], som er tyrkisk statsborger, fik tilladelse til at rejse ind i Det Forenede Kongerige som turist for en periode af en måned. Hans visum var underlagt en udtrykkelig betingelse om, at han ikke måtte tage ansættelse, drive erhvervsvirksomhed eller udøve erhverv som selvstændig erhvervsdrivende. På trods af, at hans visum udløb, forlod Savas ikke Det Forenede Kongerige, og efter dette tidspunkt overtrådte han således denne medlemsstats udlændingelovgivning. Nogle år efter begyndte Abdulnasir Savas at drive en skjortefabrik uden at have ansøgt om arbejdstilladelse eller tilladelse til at drive selvstændig erhvervsvirksomhed. Efter at have drevet sin virksomhed i nogen tid, ansøgte han de nationale udlændingemyndigheder om at få sin situation lovliggjort. Hans ansøgning om opholdstilladelse blev imidlertid afvist, og der blev udstedt en udvisningsordre mod ham. Savas appellerede efterfølgende denne afgørelse, men appellen blev forkastet.

30. Savas havde oprindeligt blot baseret sine ansøgninger på national ret, men senere gjorde han tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, gældende, idet han påstod, at hans situation skulle vurderes på grundlag af Immigration Rules 1973. Udlændingemyndighederne afviste dette argument med den begrundelse, at han på datoen for indgivelse af ansøgningen om normalisering af sit ophold i Det Forenede Kongerige ikke længere havde tilladelse til at opholde sig

9 — Nævnt i fodnote 7.

10 — Savas var rent faktisk ledsaget af sin kone, da han rejste ind i Det Forenede Kongerige. For at forenkle denne redegørelse har jeg dog gjort rede for de faktiske omstændigheder i ental.

dér og derfor ikke kunne være omfattet af Immigration Rules 1973. Savas indbragte dernæst sagen for Queen's Bench Division of the High Court of Justice. Denne ret betvivlede, at formålet med associeringsaftalen var at indrømme udenlandske statsborgere, der som Savas opholder sig ulovligt i en medlemsstat, rettigheder. Den besluttede derfor at forelægge nogle præjudicielle spørgsmål for Domstolen om den direkte virkning af tillægsprotokollens artikel 41 og omfanget af beskyttelsen i henhold til denne bestemmelse.

31. I forbindelse med den foreliggende sag er det kun nødvendigt at henvise til Domstolens bemærkninger vedrørende rækkevidden af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. For fuldstændighedens skyld skal jeg dog bemærke, at Domstolen ikke havde nogen vanskeligheder med at fastslå, at denne bestemmelse faktisk kan gøres gældende i sager ved de nationale domstole [11].

32. Med hensyn til rækkevidden af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, havde Savas først i sine skriftlige indlæg gjort gældende, at denne bestemmelse gav ham en direkte ret til etablering og en tilsvarende opholdsret, selv om han overtrådte Det Forenede Kongeriges udlændingelovgivning, da han etablerede virksomhed i landet. Under den mundtlige forhandling frafaldt han imidlertid dette argument og påstod nu, at denne bestemmelse gav ham ret til at anmode en national domstol om at afgøre, om de bestemmelser, der fandt anvendelse på ham, var strengere med hensyn til etableringsfrihed og opholdsret, end de bestemmelser, der var gældende på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i Det Forenede Kongerige. Domstolen behandlede begge argumenter i sin dom.

33. Det første argument fremsat af Savas foranledigede Domstolen til at gentage de grundlæggende principper, den havde fastslået i sin faste praksis med hensyn til tyrkiske arbejdstagere. Der er tale om følgende grundlæggende principper:

— »På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin [berører reglerne vedrørende associeringen EØF-Tyrkiet ikke] medlemsstaternes kompetence til at udstede forskrifter såvel om tyrkiske statsborgeres indrejse til landet som om betingelserne for deres første beskæftigelse, men regulerer alene situationen for tyrkiske arbejdstagere, der allerede er lovligt tilknyttet medlemsstaternes arbejdsmarked« [12].

— »Tyrkiske statsborgere [har] i modsætning til medlemsstaternes statsborgere ikke ret til fri bevægelighed inden for

11 — Dommens præmis 46-54.

12 — Dommens præmis 58.

Fællesskabet, men [har] kun [...] bestemte rettigheder i den værtsmedlemsstat, på hvis område de er lovligt indrejst, og hvor de i et bestemt tidsrum har haft lovlig beskæftigelse« [13].

— »De rettigheder, der [...] er tillagt tyrkiske arbejdstagere med hensyn til beskæftigelse, [indebærer] uundgåeligt, at arbejdstageren i det mindste har opholdsret, da retten til adgang til arbejdsmarkedet og til beskæftigelse ellers ville være helt illusorisk« [14].

— »Lovligheden af en tyrkisk statsborgers beskæftigelse i værtsmedlemsstaten forudsætter en permanent og ikke kun foreløbig situation på arbejdsmarkedet i den pågældende medlemsstat, og dermed at der foreligger en ikke anfægtet opholdsret« [15].

— »Beskæftigelsesperioder, som en tyrkisk statsborger har tilbagelagt under dække af en opholdstilladelse, der er udstedt som følge af vedkommendes svigagtige adfærd, som har ført til en straffedom, vedrører ikke en permanent situation og [skal] derfor kun [...] anses for foreløbige, idet den pågældende ikke i de pågældende perioder havde opholdsret i henhold til loven. [...] Det er udelukket, at en tyrkisk statsborgers udøvelse af en beskæftigelse under dække af en opholdstilladelse, der er opnået under sådanne svigagtige omstændigheder, kan afføde rettigheder for vedkommende« [16].

34. Domstolen konstaterede dernæst, at »[d]isse principper, der er fastslået i forbindelse med fortolkningen af bestemmelser vedrørende associeringen EØF-Tyrkiet, der tilsigter gradvist at gennemføre den frie bevægelighed for tyrkiske arbejdstagere inden for Fællesskabet, må analogt også være gældende i forbindelse med associeringsordningens bestemmelser vedrørende etableringsretten« [17].

35. Den fastslog med hensyn til dette punkt, at »»standstill-klausulen«, som er indeholdt i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, ikke i sig selv kan tillægge en tyrkisk statsborger ret til at etablere sig samt en opholdsret, der opstår som accessorium hertil« [18].

36. Domstolen konstaterede endvidere, at »en tyrkisk statsborgers første adgang til en

13 — Dommens præmis 59.
14 — Dommens præmis 60.
15 — Ligeledes dommens præmis 60.
16 — Dommens præmis 61 og 62.
17 — Dommens præmis 63.
18 — Dommens præmis 64.

medlemsstats område udelukkende er 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« [19].

37. Savas kunne ikke på grund af sin udlændingestatus gøre krav på en direkte ret til etablering eller ophold i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

38. Som svar på Savas' andet argument erindrede Domstolen om, at den havde fundet, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, indrømmer personer rettigheder, der skal beskyttes af de nationale domstole, og at denne bestemmelse »er til hinder for, at en medlemsstat træffer nye foranstaltninger, som kan have til formål eller til følge at underkaste en tyrkisk statsborgers adgang til etablering og den accessoriske ret til ophold på medlemsstatens område betingelser, som er mere restriktive end dem, der var gældende, da tillægsprotokollen trådte i kraft i forhold til den pågældende medlemsstat« [20]. Det tilkommer de nationale domstole at afgøre, om dette er tilfældet.

39. Domstolen sammenfattede sine resultater vedrørende rækkevidden af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, således:

— »Nævnte artikel 41, stk. 1, kan ikke i sig selv tillægge en tyrkisk statsborger ret til at etablere sig og som accessorium hertil opholdsret i den medlemsstat, på hvis område han har opholdt sig og udøvet erhvervsmæssig virksomhed som selvstændig erhvervsdrivende i strid med den nationale udlændingelovgivning.

— Tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, forbyder derimod, at der indføres nye nationale restriktioner for tyrkiske statsborgeres etableringsfrihed og opholdsret med virkning fra det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft i værtsmedlemsstaten. Det påhviler den nationale domstol at fortolke den nationale ret med henblik på at afgøre, om de retsforskrifter, der er blevet anvendt over for sagsøgeren i hovedsagen, er mindre fordelagtige end dem, der var gældende, da tillægsprotokollens trådte i kraft« [21].

19 — Dommens præmis 65.

20 — Dommens præmis 69.

21 — Dommens præmis 71, tredje og fjerde led.

B — *Stillingtagen*

1. Spørgsmål, der ikke blev besvaret i Savas-sagen

40. Som anført ovenfor fortolkede Tum og Dari støttet af Kommissionen og den slovakiske regering Domstolens dom i Savas-sagen således, at en tyrkisk statsborger kan påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, for at sikre, at de regler for etablering, der fandt anvendelse på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i Det Forenede Kongerige, finder anvendelse på hans situation, uanset om han opholder sig lovligt eller ulovligt på den pågældende medlemsstats område. De mener, at bestemmelserne om etablering nødvendigvis omfatter betingelserne for indrejse i den pågældende medlemsstat. At Domstolen ikke henviste til betingelserne for indrejse i sin dom kan skyldes den omstændighed, at Savas var lovligt indrejst i Det Forenede Kongerige. De har gjort gældende, at Domstolens bemærkninger vedrørende medlemsstaternes kompetence i forbindelse med tyrkiske statsborgeres første indrejse skal ses som Domstolens svar på Savas' første argument i de skriftlige indlæg, og at disse bestemmelser ikke har nogen indflydelse på Domstolens svar på Savas' andet argument.

41. Det Forenede Kongeriges regering, støttet af Kongeriget Nederlandenes regering, fokuserer derimod på den vægt, som Domstolen har lagt på medlemsstaternes enekompetence til at træffe afgørelse om en tyrkisk statsborgers første indrejse til deres område. En tyrkisk statsborger har kun ret til beskyttelse i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, når han har fået indrejsetilladelse i henhold til de Immigration Rules, der var gældende på tidspunktet for indgivelse af ansøgningen om indrejsetilladelse. Den har påpeget, at Domstolen i Savas-dommens præmis 69 (nævnt i punkt 38 ovenfor) kun henviste til adgang til etablering og den accessoriske ret til ophold på medlemsstatens område, som henhørende under anvendelsesområdet for artikel 41, stk. 1, og den henviste ikke i denne forbindelse til betingelserne for indrejse.

42. Det er ikke overraskende, at alle de intervenerende parter bruger Savas-dommen til støtte for tilsyneladende uforenelige synspunkter, da Domstolens konklusioner i denne dom i sig selv forekommer modstridende. På den ene side lægger Domstolen vægt på medlemsstaternes enekompetence til at regulere tyrkiske statsborgeres første indrejse til deres område og bekræfter, at tyrkiske statsborgere kun kan påberåbe sig bestemte rettigheder med hensyn til udøvelse af beskæftigelse eller selvstændig erhvervsvirksomhed, hvis de befinder sig i en lovlig situation i den pågældende medlemsstat. På den anden side accepterer Domstolen, at en tyrkisk statsborger kan påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, for at sikre, at der ikke anvendes strengere betingelser for hans etablering og ophold end dem, der var gældende på tidspunktet for denne protokols ikrafttræden i værtsmedlemsstaten, selv om den pågældende tyrkiske statsborger opholdt sig ulovligt i denne medlemsstat. Hvis en tyrkisk

statsborger kun kan gøre krav på adgang til at etablere selvstændig virksomhed i henhold til den nationale lovgivning, hvis han befinder sig i en lovlig situation i denne medlemsstat, kan man stille det spørgsmål, hvorfor han har ret til at få sin ansøgning behandlet i henhold til ældre, mere generøse bestemmelser, selv om hans ophold i denne medlemsstat er i strid med den nationale udlændingelovgivning?

43. Under alle omstændigheder står det klart, at Domstolen i Savas-dommen ikke beskæftigede sig udtrykkeligt med det klare spørgsmål om, hvorvidt tyrkiske statsborgere kan påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, for at få indrejsetilladelse til en medlemsstat med henblik på at etablere virksomhed dér. Problemet i denne sag var, at Savas efter at være rejst lovligt ind i Det Forenede Kongerige på et turistvisum var blevet i landet i strid med den nationale udlændingelovgivning. I modsætning hertil er Tum og Dari endnu ikke til trods for deres fysiske tilstedeværelse i Det Forenede Kongerige indrejst i den pågældende medlemsstat i juridisk forstand, de har blot fået midlertidig adgang.

44. De to holdninger, som de intervenerende parter har indtaget, svarer til to særskilte, men indbyrdes forbundne spørgsmål vedrørende fortolkningen af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, som Domstolens dom i Savas-sagen lod ubesvarede:

1) Er det en forudsætning for at kunne påberåbe sig beskyttelse i henhold til denne bestemmelse, at den pågældende tyrkiske statsborger er lovligt indrejst på den pågældende medlemsstats område?

2) Omfatter begrebet »etableringsfrihed« i denne bestemmelse betingelserne for indrejse i en medlemsstat?

2. Lovligt ophold som en forudsætning for at kunne påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1?

45. Generelt henhører reguleringen af tredjelandsstatsborgeres, herunder tyrkiske statsborgere, indvandring stadig under medlemsstaternes kompetence, i det omfang den nationale udlændingelovgivning ikke er

underlagt samordningsforanstaltningerne i artikel 63, nr. 3, EF [22], og sådanne foranstaltninger finder anvendelse på den pågældende medlemsstat [23]. Dette indebærer, at medlemsstaterne har ret til at fastsætte betingelserne for tredjelandsstatsborgeres indrejse til deres område og mere specifikt til kun at lade dem indrejse efter at have foretaget en vurdering af den pågældende person og hans eller hendes begrundelse for at søge om indrejsetilladelse til deres område.

46. Domstolen har i en konsekvent række af domme vedrørende såvel tyrkiske arbejdstagere som tyrkiske statsborgere, der udøver selvstændig erhvervsvirksomhed, udtrykkeligt anerkendt, at medlemsstaterne bevarer kompetencen vedrørende tyrkiske statsborgeres indvandring. Der kan henvises til bemærkningerne i Savas-dommen, nævnt i punkt 33 ovenfor, som blev stadfæstet i Abatay- og Sahin-sagerne [24]. Medlemsstaterne har således kompetence til at træffe afgørelse om tyrkiske statsborgeres indrejse til deres område i henhold til de kriterier, der er fastlagt i deres nationale udlændingelovgivning.

47. Dette punkt bestrides ikke af parterne i hovedsagen. Det, der adskiller dem, er, om det er en forudsætning for at kunne påberåbe sig beskyttelse i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, at den pågældende tyrkiske statsborger er lovligt indrejst i og opholder sig lovligt i værtsmedlemsstaten. Skal de med andre ord have fået adgang til værtsmedlemsstatens område i henhold til de nationale udlændingebestemmelser, før de kan få adgang til denne medlemsstats nationale markeder med henblik på der at udøve økonomisk aktivitet som arbejdstager eller selvstændig erhvervsvirksomhed?

48. På dette punkt har Domstolen, også i Savas-dommen, utvetydigt fastslået, at tyrkiske statsborgere kun kan påberåbe sig økonomiske rettigheder i en værtsmedlemsstat, hvis de befinder sig i en lovlig situation i den pågældende medlemsstat [25]. Tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, giver ikke i sig selv tyrkiske statsborgere nogen direkte økonomiske rettigheder, men bestemmer blot, at de rettigheder, som disse statsborgere kan gøre gældende i en værtsmedlemsstat, skal fastlægges i henhold til den nationale lovgivning, der var gældende på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i denne medlemsstat. Da der ligger et klart materielt element i bestemmelsen af, hvilken lovgivning der finder anvendelse på en ansøgning om at drive økonomisk virksomhed i en medlemsstat, idet denne afgør omfanget af

22 — En række fællesskabsforanstaltninger om tredjelandsstatsborgeres indrejse med specifikke formål for øje er blevet vedtaget i henhold til denne bestemmelse. Jf. f.eks. Rådets direktiv 2004/114/EF af 13.12.2004 om betingelserne for tredjelandsstatsborgeres indrejse og ophold med henblik på studier, elevudveksling, ulønnet erhvervsuddannelse eller volontørtjeneste, EUT L 375, s. 12, og Rådets direktiv 2005/71/EF af 12.10.2005 om en særlig indrejseprocedure for tredjelandsstatsborgere med henblik på videnskabelig forskning, EUT L 289, s. 15.

23 — I henhold til artikel 1 og 2 i protokollen om Det Forenede Kongeriges og Irlands stilling, der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, finder ingen af disse direktiver anvendelse på Det Forenede Kongerige.

24 — Dom af 21.10.2003, forenede sager C-317/01 og C-369/01, Abatay og Sahin, Sml. I, s. 12301, præmis 65.

25 — Dommens præmis 65, nævnt i punkt 36 i dette forslag til afgørelse.

de rettigheder, der potentielt kan nydes i henhold til national lovgivning, er der imidlertid ingen grund til, at den i Savas-dommen fastsatte regel om den tyrkiske statsborgers forudgående lovlige indrejse og lovlige ophold ikke skulle finde anvendelse på tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

49. Dette forekommer mig således at være den eneste måde, hvorpå Savas-dommen kan læses på en konsekvent måde. Det må antages, at da Domstolen fastslog, at det tilkom de nationale domstole at afgøre, om de nationale bestemmelser, som de nationale udlændingemyndigheder anvendte på Savas, resulterede i en forringelse af hans situation i forhold til anvendelsen af Immigration Rules 1973 [26], kunne dette kun vedrøre situationen efter, at Savas havde opnået formel indrejsetilladelse til Det Forenede Kongerige med henblik på dér at etablere selvstændig erhvervsvirksomhed. Den omstændighed, at Savas fik tilladelse til at rejse ind i Det Forenede Kongerige på et turistvisum, bør ikke anses for at være tilstrækkelig i denne forbindelse, da etablering af virksomhed pr. definition indebærer ophold i en længere periode. Hvis det derimod accepteredes, at Domstolen ikke mente, at dette krav skulle anvendes på Savas, ville dette sætte ham og andre tyrkiske statsborgere, der opholder sig i Det Forenede Kongerige i strid med denne medlemsstats udlændingelovgivning, i en mere fordelagtig situation end tyrkiske statsborgere, der søger indrejsetilladelse med henblik på etablering af virksomhed i henhold til de nugældende nationale udlændingebestemmelser. Dette kan ikke have været Domstolens hensigt. Fællesskabsretten bør ikke fortolkes og anvendes på en sådan måde, at den fremmer eller endog tilskynder til en omgåelse af de nationale bestemmelser, der ydermere stadig henhører under medlemsstatens enekompetence.

50. Det blev dernæst gjort gældende, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, sammenlignet med andre standstill-klausuler, som f.eks. artikel 13 i afgørelse nr. 1/80, ikke indeholder nogen restriktioner eller betingelser, der begrænser dens anvendelsesområde. Jeg skal her atter understrege, at artikel 13 i afgørelse 1/80 forbyder, at der indføres nye restriktioner for betingelserne om adgang til beskæftigelse, som finder anvendelse på tyrkiske statsborgere og deres familiemedlemmer, der på landets område »har opnået opholds- og arbejdstilladelse i henhold til gældende lovgivning«.

51. Jeg finder ikke dette argument overbevisende. Artikel 13 i afgørelse nr. 1/80 er en af de detaljerede bestemmelser, som associeringsrådet har vedtaget i henhold til tillægsprotokollens artikel 36, der bestemmer, at associeringsrådet kan træffe foranstaltninger med henblik på en gradvis indførelse af fri bevægelighed for arbejdstagere mellem medlemsstaterne og Tyrkiet. Der er endnu ikke blevet vedtaget sådanne bestemmelser for tyrkiske statsborgere, der ønsker at etablere selvstændig virksomhed i en

26 — Jf. dommens præmis 70.

medlemsstat. Deres rettigheder er fuldt ud omfattet af standstill-bestemmelsen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Jeg vil mene, at i en situation, hvor der mangler sammenlignelige detaljerede bestemmelser for adgangen til at etablere virksomhed, kan dette ikke indebære, at tyrkiske statsborgere har bedre adgang til at etablere virksomhed i medlemsstaterne med henblik på at udøve en økonomisk aktivitet som selvstændige erhvervsdrivende end tyrkiske statsborgere, der søger adgang til at udøve en økonomisk aktivitet, der kan være den samme aktivitetstype, i et ansættelsesforhold. Der er behov for en samstemmende fortolkning af disse bestemmelser snarere end for at sondre på denne måde mellem bestemmelserne vedrørende arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende. Dette er i endnu højere grad nødvendigt, fordi medlemsstaterne har nogenlunde eller endog fuldstændig de samme interesser i at tillade indrejse for begge kategorier af tyrkiske statsborgere.

52. Af alle disse årsager mener jeg, at en forudsætning for, at tyrkiske statsborgere gives ret til at påberåbe sig beskyttelse i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, for at sikre, at deres ansøgninger om at etablere virksomhed i en medlemsstat behandles i henhold til den lovgivning, der var gældende på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i værtsmedlemsstaten, er, at de først er lovligt indrejst i og opholder sig lovligt i denne medlemsstat i overensstemmelse med den nationale udlændingelovgivning.

3. Indebærer adgangen til etablering i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, en ret til indrejse i en medlemsstat?

53. De parter, der intervenerede til støtte for et bekræftende svar på det præjudicielle spørgsmål, som House of Lords har forelagt Domstolen, har henvist til associeringsaftalens artikel 13, hvoraf det fremgår, at artikel 43 EF skal fungere som vejledende princip i forbindelse med ophævelse af restriktioner, der hindrer etableringsfriheden mellem de kontraherende parter. Domstolen har i sin faste praksis vedrørende artikel 43 EF konsekvent fastslået, at udøvelse af etableringsfriheden mellem medlemsstaterne nødvendigvis indebærer en ret til indrejse i værtsmedlemsstaten [27]. Disse parter fastholder, at dette også må gælde i forbindelse med associeringsaftalen.

54. De har ligeledes påpeget, at Domstolen i Barkoci og Malik-sagen [28], der vedrørte etableringsfriheden inden for rammerne af Europaaftalen med Den Tjekkiske Republik, med henvisning til sin praksis vedrørende såvel fortolkning af EF-traktaten som asso-

27 — Jf. Domstolens praksis nævnt i fodnote 6.

28 — Nævnt i fodnote 6.

cieringsaftalen med Tyrkiet fastslog, at »retten til national behandling for så vidt angår etablering [...] indebærer en ret til indrejse og en ret til ophold, som er afledt af retten til etablering, for tjekkiske statsborgere, der ønsker at udøve virksomhed inden for industri, handel, håndværk og liberale erhverv i en medlemsstat« [29].

55. Det er dog efter min mening tvivlsomt, om principper, der finder anvendelse i forbindelse med etableringsfrihed inden for Fællesskabet, uden yderligere kvalifikation kan overføres til tredjelandsstatsborgeres udøvelse af denne frihed i forbindelserne mellem Fællesskabet og tredjelande. De regler og principper, der finder anvendelse på etableringsfriheden inden for Fællesskabet, følger af Fællesskabets grundlæggende mål om at etablere et indre marked, der i artikel 14 EF som bekendt beskrives som »et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i [EF-traktaten]«. Henset til dette mål er retten til indrejse i medlemsstaten med henblik på at udøve de frihedsrettigheder, der sikres med traktaten, vigtig. Hvis medlemsstaterne kunne fastsætte betingelser for andre medlemsstaters statsborgeres indrejse til deres områder, ville det indre marked blive uden virkning.

56. Målet med associeringen med Tyrkiet er et helt andet. Ifølge associeringsaftalens artikel 2, stk. 1, er målet »at fremme en stadig og afbalanceret styrkelse af de økonomiske og handelsmæssige forbindelser mellem parterne, under fuldt hensyn til nødvendigheden af at sikre en hurtigere udvikling af Tyrkiets økonomi og en højnelse af beskæftigelsesniveauet og livsvilkårene for det tyrkiske folk«. I sidste ende søger aftalen at bidrage til en forbedring af livsvilkårene for det tyrkiske folk, hvilket vil lette Tyrkiets optagelse i Fællesskabet på et senere tidspunkt [30].

57. Til dato har dette samarbejde mellem Fællesskabet og Tyrkiet resulteret i oprettelsen af en toldunion, men dog ikke et fælles eller indre marked kendetegnet ved fraværet af interne grænser. I modsætning til en toldunion, der er begrænset til liberalisering af handelen med varer mellem de berørte stater, er fællesmarkeder bestemt til at etablere fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser og produktionsfaktorer. De må derfor sikre fri bevægelighed for arbejdstagere og kapital og etableringsfrihed. Bestemmelserne i associeringsaftalen og tillægsprotokollen om disse emner er hovedsageligt programerklæringer og fastsætter udelukkende et udgangspunkt for en fremtidig liberalisering. Selv når der er aftalt mere detaljerede ordninger, som det er tilfældet i forbindelse med arbejdskraftens frie bevægelighed (artikel 6 ff. i afgørelse nr. 1/80), kan disse

29 — Jf. dommens præmis 50.

30 — Jf. fjerde betragtning til associeringsaftalen og dennes artikel 28.

bestemmelser ikke sammenlignes med de tilsvarende rettigheder, der er sikret i henhold til EF-traktaten (artikel 39 EF og forordning nr. 1612/68). Da der ikke findes tilsvarende bestemmelser, der tilsigter at indføre etableringsfrihed, er det indlysende, at bestemmelserne om etablering i forbindelse med associeringsaftalen ikke kan fortolkes parallelt med artikel 43 EF. Nærmere bestemt kan retten til indrejse ikke, hvor grænserne mellem medlemsstaterne og Tyrkiet ikke er fjernet for at sikre fri bevægelighed som på Fællesskabets indre marked, betragtes som en nødvendig forudsætning for udøvelse af rettigheder i forbindelse med etablering inden for rammerne af associeringen med Tyrkiet.

58. En anden forskel mellem bestemmelserne om etableringsfrihed i EF-traktaten på den ene side og associeringsaftalen og tillægsprotokollen på den anden side er, at førstnævnte giver adgang til etablering, der kan håndhæves direkte via de nationale domstole, mens tyrkiske statsborgere ikke, som Domstolen fastslog i Savas-dommen, kan udlede nogen direkte ret til etablering af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. De kan kun gøre denne bestemmelse gældende for at sikre, at de nationale bestemmelser om etablering, der fandtes på tidspunktet for tillægsaftalens ikrafttræden i værtsmedlemsstaten, finder anvendelse på dem. Dette forudsætter, at medlemsstaterne havde ret til at anvende sådanne nationale bestemmelser på tyrkiske statsborgeres etablering, uanset om disse bestemmelser kunne begrundes, når de blev anvendt i forbindelse med EF-traktaten. Denne store forskel i etableringsrettens karakter i henhold til EF-traktaten og associeringsaftalen er den anden grund til, at en samstemmende fortolkning af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, og associeringsaftalens artikel 13 på den ene side og artikel 43 EF på den anden side ikke er indlysende.

59. Da tyrkiske statsborgere i modsætning til medlemsstaternes statsborgere ikke har en direkte og automatisk ret til etablering i medlemsstaterne, følger det nødvendigvis heraf, at de ikke har nogen stiltiende eller afledt ret til indrejse på medlemsstaternes område med henblik på dér at etablere virksomhed. Når der ikke er tale om bevægelighed inden for Fællesskabet, skal spørgsmålet om adgang til en medlemsstats område behandles særskilt i forhold til spørgsmålet om adgang til denne medlemsstats markeder. Retten til indrejse i en medlemsstat kan ikke betragtes som en nødvendig accessorisk ret til etableringsfriheden inden for rammerne af associeringsaftalen med Tyrkiet. Dette betyder, at reglerne for tyrkiske statsborgeres indrejse til en medlemsstats område ikke henhører under det materielle anvendelsesområde for til-

lægsprotokollens artikel 41, stk. 1, og følgelig kan tilpasses eller gøres mere restriktiv af medlemsstaterne på grundlag af deres socioøkonomiske og demografiske interesser.

61. Jeg konkluderer derfor, at den etableringsfrihed, der henvises til i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, ikke omfatter betingelserne for tyrkiske statsborgeres indrejse i medlemsstaterne. Det betyder, at denne bestemmelse ikke kan påberåbes for at forhindre, at der anvendes strengere bestemmelser på tyrkiske statsborgere end de betingelser, der var gældende på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i den pågældende medlemsstat.

60. Det er korrekt, at Domstolen i Barkoci og Malik-sagen fastslog, at retten til etablering ifølge dens faste praksis om etableringsfrihed i henhold til EF-traktaten og associeringsaftalen med Tyrkiet indebærer en accessorisk indrejse- og opholdsret. Med hensyn til tyrkiske statsborgere henviste Domstolen i denne forbindelse til sin dom i Savas-sagen. De præmisser, som Domstolen har citeret [31] i sin dom, henviser imidlertid kun til opholdsretten som en accessorisk ret til etableringsfriheden og nævner slet ikke indrejse. Som tidligere nævnt beskæftigede Savas-dommen sig ikke udtrykkeligt med spørgsmålet om indrejse, da det ikke var relevant i den sag. Tredjelandsstatsborgeres indrejse i en medlemsstat er helt adskilt fra opholdsretten i forbindelse med etableringsfrihed og kan ikke blot anses for at være underforstået i den frihed uden yderligere forklaring fra Domstolen. Henvisningen til indrejseretten i forbindelse med etableringsfriheden for tyrkiske statsborgere i Barkoci og Malik-sagen er derfor ikke underbygget af Domstolens praksis.

4. Det problematiske i, at udlændingebestemmelserne fastsætter betingelser for etablering

62. Hvis tyrkiske statsborgere ikke kan påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, til at anfægte anvendelsen af strengere betingelser for indvandring, idet denne kun beskytter disse statsborgere mod, at der anvendes strengere kriterier for etablering, rejser spørgsmålet sig om, hvordan disse principper skal anvendes på bestemmelser som Det Forenede Kongeriges udlændingebestemmelser, da disse bestemmelser gør beslutningen om indrejse i Det Forenede Kongerige for tyrkiske statsborgere, der ønsker at etablere virksomhed dér, betinget af, at de opfylder betingelserne for økonomisk etablering i landet.

31 — Præmis 60 og 63, nævnt i punkt 33 og 34 i dette forslag til afgørelse.

63. Ved besvarelsen af dette spørgsmål skal det endnu en gang understreges, at medlemsstaterne på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin fortsat har kompetence i udlændingespørgsmål og derfor har ret til at fastsætte betingelser for tredjelandsstatsborgeres første indrejse til deres område. Dernæst kan tyrkiske statsborgere, som jeg har konkluderet ovenfor, kun gøre økonomiske rettigheder i forbindelse med associeringsaftalen med Tyrkiet gældende, når de formelt har fået indrejsetilladelse til og opholder sig lovligt på en medlemsstats område i overensstemmelse med dens kriterier og fremgangsmåder for indvandring. Omvendt kan de økonomiske rettigheder, som tyrkiske statsborgere potentielt kan indrømmes i denne forbindelse, ikke gøres gældende til at gøre krav på en ret til indrejse i en medlemsstat.

64. Det er et faktum, at medlemsstaternes udlændingepolitikker over for tredjelandsstatsborgere, herunder tyrkiske statsborgere, er blevet mere restriktive siden den økonomiske stilstandsperiode i Vesteuropa i 1970'erne. Ud fra fællesskabslovgivningens perspektiv er denne udvikling forblevet relativt ukontroversiel, fordi udlændingepolitikken henhører under medlemsstaternes enekompetence. Medlemsstaterne kan i deres udlændingepolitikker, ud over at anvende kriterier i tilknytning til den offentlige orden, fastsætte kriterier i forbindelse med formålet med at søge om indrejsetilladelse, f.eks. studier, beskæftigelse eller etablering af virksomhed, og kontrollere, at disse kriterier er opfyldt, inden der gives indrejsetilladelse. På denne måde kan de ikke blot sikre, at nationale politiske interesser beskyttes, men også, at der er sandsynlighed for, at den ansøgende tredjelandsstatsborger kan nå sine mål, og at ansøgningen er seriøs. I denne forbindelse er det indlysende, at en ansøgning om indrejse i en medlemsstat med henblik på at etablere virksomhed skal behandles mere indgående end en ansøgning om indrejse som turist, og at sidstnævnte ikke kan anvendes som grundlag for ikke tilsigtede aktiviteter. Medlemsstaternes enekompetence til at fastsætte betingelser for tredjelandsstatsborgeres indvandring indebærer, at de har ret til at tilpasse de kriterier, de anvender, når de skal give tilladelse til indrejse til deres område i lyset af krav til offentlig orden og deres socioøkonomiske og demografiske interesser, der hele tiden ændrer sig, og til, når dette er nødvendigt, at gøre disse kriterier mere restriktive.

65. I lyset af disse principper må det fastslås, at tyrkiske statsborgere ikke kan påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, for at sikre, at deres ansøgning om indrejse til en medlemsstats område med henblik på der at etablere virksomhed vurderes i henhold til kriterier, der var gældende på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i denne medlemsstat. Hvis en sådan ret anerkendes, vil det underminere medlemsstaternes enekompetence (som Domstolen anerkendte i Savas-dommen) til at fastsætte betingelserne for tyrkiske statsborgeres første indrejse.

Denne kompetence omfatter ikke blot beføjelser til at vurdere ansøgninger om indrejse, men også beføjelser til at tilpasse vurderingskriterierne. På et område som udlændingepolitikken bør fællesskabsretten fortolkes og anvendes på en sådan måde, at de kompetencer, som medlemsstaterne fortsat har, kan anvendes effektivt [32].

66. Det kan tilføjes, at når det ud fra et økonomisk synspunkt er irrelevant, om økonomiske aktiviteter udføres af tyrkiske statsborgere i et ansættelsesforhold eller tyrkiske statsborgere, der udøver selvstændig erhvervsvirksomhed, er det ulogisk at hævde, at medlemsstaterne er underlagt en standstill-klausul vedrørende sidstnævntes indrejse, men ikke vedrørende førstnævntes indrejse.

67. Jeg er klar over, at denne fremgangsmåde reelt resulterer i, at tyrkiske statsborgere skal opfylde strengere kriterier for etablering af virksomhed i en medlemsstat, end det var tilfældet på tidspunktet for tillægsprotokollens ikrafttræden i værtsmedlemsstaten. Dette er imidlertid et uundgåeligt resultat af kompetencefordelingen mellem medlemsstaterne og Fællesskabet på udlændingeområdet. Når en tyrkisk statsborger har fået tilladelse til indrejse på værtsmedlemsstatens område, kan han eller hun påberåbe sig beskyttelsen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, til at anfægte anvendelsen af andre betingelser for etablering, der er blevet gjort mere restriktive med tiden. Denne ret er navnlig relevant for tyrkiske statsborgere, som har fået tilladelse til at rejse ind i en medlemsstat som arbejdstagere, og som efter nogen tid beslutter at etablere virksomhed og dermed kan være omfattet af mindre restriktive etableringsbetingelser. Jeg mener, at dette er det primære formål med tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

68. Disse bemærkninger fører til den konklusion, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, ikke finder anvendelse på udlændingebestemmelser som dem, der er tale om i hovedsagen.

5. Afviste asylansøgere

69. Såfremt Domstolen ikke skulle være enig i dette synspunkt, er det herefter nødvendigt at undersøge Det Forenede Kongeriges subsidiære argument om, at afviste asylansøgere ikke bør have ret til at påberåbe sig beskyt-

32 — Jf. i samme retning mit forslag til afgørelse af 27.4.2006 i sag C-1/05, Jia, punkt 63.

telsen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, da dette vil svare til misbrug af rettigheder.

70. I denne henseende er det vigtigt at påpege, at såvel en beslutning om at nægte en tyrkisk statsborger asyl og følgelig kræve udsendelse til en anden medlemsstat i henhold til Fællesskabets asylordning som en beslutning om at nægte en tyrkisk statsborger adgang til en medlemsstats område med henblik på der at etablere virksomhed udelukkende henhører under national lovgivning. Tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, præciserer blot, hvilken lovgivning ratione temporis der skal finde anvendelse på beslutningen. Den giver ikke en selvstændig adgang til etablering.

71. Uden at det er nødvendigt at undersøge, om Tums og Daris forsøg på at påberåbe sig tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, bør betragtes som misbrug af rettigheder, hvis Domstolen skulle fastslå, at de har ret til at gøre denne bestemmelse gældende med henblik på at få deres ansøgninger behandlet i henhold til Immigration Rules 1973, vil dette ikke — i det mindste ikke i henhold til fællesskabslovgivningen — på nogen måde berøre gyldigheden af den oprindelige beslutning, som Det Forenede Kongeriges udlændingemyndigheder traf vedrørende deres asylansøgninger.

72. Selv om de opfylder de kriterier, der er fastlagt i Immigration Rules 1973, bør man ikke overse den omstændighed, at de kun var i stand til at opfylde disse som følge af aktiviteter, de havde udøvet i den periode, hvor de endnu ikke formelt havde fået tilladelse til indrejse til Det Forenede Kongeriges område, og mens deres juridiske status ikke var lovmæssig. En faktisk situation, der er opstået under et ulovligt ophold, kan efter min mening ikke udgøre et passende grundlag for økonomiske rettigheder til etablering eller for en ret til at gøre krav på adgang til de nationale markeder, der vurderes i henhold til gunstigere nationale bestemmelser, der siden er blevet erstattet. Ansøgninger om tilladelse til indrejse i en medlemsstat med henblik på dér at etablere virksomhed indgivet af tyrkiske statsborgere, som tidligere er rejst ind i og/eller har opholdt sig i den pågældende medlemsstat i strid med den nationale udlændingelovgivning, må behandles på lige fod med tilsvarende ansøgninger indgivet af tyrkiske statsborgere, der søger indrejsetilladelse i overensstemmelse med disse nationale udlændingebestemmelser. Hvad angår denne fremgangsmådes forenelighed med Savas-dommen henviser jeg til mine bemærkninger i punkt 49 ovenfor.

VI — Forslag til afgørelse

73. Henset til ovenstående bemærkninger foreslår jeg, at det af House og Lords forelagte præjudicielle spørgsmål besvares således:

»Artikel 41, stk. 1, i den i Bruxelles den 23. november 1970 undertegnede tillægsprotokol til associeringsaftalen er ikke fra datoen for protokollens ikrafttræden i en medlemsstat til hinder for, at denne medlemsstat indfører nye restriktioner med hensyn til vilkårene for og fremgangsmåden ved indrejse på dens område for en tyrkisk statsborger, der agter at etablere virksomhed i denne medlemsstat.«