CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
L. A. GEELHOED
van 12 september 2006 [1]

I — Inleiding

1. Artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol van 1970 bij de associatieovereenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en Turkije uit 1963, verbiedt de invoering van nieuwe beperkingen met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten tussen de partijen bij de overeenkomst. De centrale vraag in deze zaak is of deze bepaling de lidstaten tevens belet om voor de toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied restrictievere voorwaarden stellen dan die welke golden toen deze bepaling voor de betrokken lidstaat in werking trad.

II — De relevante bepalingen

A — *Het gemeenschapsrecht*

2. De overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Economische Gemeenschap en Turkije (hierna: „de associatieovereenkomst") is op 12 september 1963 te Ankara ondertekend door de Republiek Turkije en de lidstaten van de EEG en de Gemeenschap. De overeenkomst werd namens de Gemeenschap gesloten, goedgekeurd en bevestigd bij besluit 64/732/EEG van de Raad van 23 december 1963. [2] Het aanvullend protocol bij de associatieovereenkomst is op 23 november 1970 te Brussel ondertekend en namens de Gemeenschap gesloten, goedgekeurd en bevestigd bij verordening (EEG) nr. 2760/72 van de Raad van 19 december 1972. [3]

3. Artikel 13 van de associatieovereenkomst bevat de volgende algemene bepaling inzake

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB 1964, L 217, blz. 3685.

3 — PB L 293, blz. 1.

de vrijheid van vestiging tussen de lidstaten en Turkije:

„De overeenkomstsluitende partijen komen overeen zich te laten leiden door de artikelen 52 tot en met 56 en door artikel 58 van het Verdrag tot oprichting van de Gemeenschap, teneinde onderling de beperkingen van de vrijheid van vestiging op te heffen." [4]

De associatieraad bepaalt dit ritme en deze wijze van tenuitvoerlegging voor de verschillende soorten werkzaamheden, met inachtneming van de reeds door de Gemeenschap op deze gebieden getroffen soortgelijke maatregelen, alsmede van de bijzondere economische en sociale positie van Turkije. Er zal voorrang worden verleend aan de werkzaamheden die in het bijzonder bijdragen tot de ontwikkeling van de productie en het handelsverkeer."

De associatieraad heeft tot op heden geen maatregelen op grond van artikel 41, lid 2, van het aanvullend protocol genomen.

4. Artikel 41 van het aanvullend protocol luidt:

B — *Het nationale recht*

„1. De overeenkomstsluitende partijen voeren onderling geen nieuwe beperkingen in met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

5. Section 11, lid 1, van de Immigration Act 1971 (immigratiewet) van het Verenigd Koninkrijk bepaalt het volgende:

2. De associatieraad bepaalt, overeenkomstig de beginselen van de artikelen 13 en 14 van de associatieovereenkomst, het ritme waarin, en de wijze waarop de partijen onderling geleidelijk de beperkingen met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten opheffen.

„Hij die per schip of vliegtuig in het Verenigd Koninkrijk aankomt, wordt voor de toepassing van deze wet geacht het Verenigd Koninkrijk niet te zijn binnengekomen tenzij en totdat hij van boord gaat, en bij ontscheping in een haven wordt hij geacht het Verenigd Koninkrijk niet te zijn binnengekomen zolang hij zich ophoudt in dat gedeelte (zo dat er is) van de haven dat door een ambtenaar van de immigratiedienst daartoe is aangewezen; hij die niet op andere wijze het Verenigd Koninkrijk is binnen-

4 — Na de hernummering van het EG-Verdrag voortvloeiend uit het Verdrag van Amsterdam verwijst deze bepaling thans naar de artikelen 43 EG-46 EG en 48 EG.

gekomen, wordt geacht niet te zijn binnengekomen zolang hij in bewaring is gesteld of tijdelijk is toegelaten, dan wel in vrijheid gesteld onder voorbehoud van eventuele inbewaringstelling, volgens de bevoegdheden die zijn verleend bij Schedule 2 van deze wet of bij Part III van de Immigration and Asylum Act 1999."

6. Met ingang van 1 januari 1973, de datum van toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Europese Gemeenschap, waren de relevante voorschriften bij immigratie met als doel oprichting van een bedrijf en verrichting van diensten, opgenomen in het Statement of Immigration Rules for Control on Entry (HC 509) (overzicht van immigratievoorschriften voor toezicht bij binnenkomst; hierna: „de immigratievoorschriften van 1973"), bij het parlement ingediend op 23 oktober 1972. Deze voorschriften zijn in de verwijzingsbeslissing als volgt weergegeven. Paragraaf 30 van de immigratievoorschriften van 1973 (getiteld „Ondernemers") bepaalt dat passagiers die geen inreisvisum kunnen overleggen maar niettemin in staat lijken te zijn aan de vereisten van een van de volgende twee paragrafen te voldoen, moeten worden toegelaten voor een periode van niet langer dan twee maanden, waarin zij geen arbeid mogen verrichten, en hun geval aan het Home Office (ministerie van Binnenlandse Zaken) dienen voor te leggen. Paragraaf 31 bepaalt dat de aanvrager over voldoende middelen moet beschikken om te investeren in een bedrijf, indien reeds gevestigd, en om zijn aandeel in de verliezen te dragen; hij moet kunnen voorzien in zijn onderhoud en dat van de te zijnen laste komende personen; hij moet actief bij de bedrijfsvoering betrokken zijn, en verschillende andere vergelijkbare onderwerpen. Paragraaf 32 bepaalt dat de aanvrager die voor eigen rekening een bedrijf wil oprichten, moet aantonen dat hij voldoende middelen het land zal binnenbrengen om een bedrijf op te richten waarmee hij naar redelijke verwachting kan voorzien in zijn onderhoud en dat van de te zijnen laste komende personen, zonder arbeid te hoeven verrichten waarvoor een arbeidsvergunning vereist is.

7. De huidige voorschriften voor personen die toelating tot het Verenigd Koninkrijk verzoeken voor de oprichting van een bedrijf, zijn thans neergelegd in HC 395 (hierna: „huidige immigratievoorschriften"). In de paragrafen 201 tot en met 205 worden de volgende eisen gesteld:

„201. De vereisten voor toelating tot het Verenigd Koninkrijk om aldaar een bedrijf op te richten, zijn: i) de aanvrager voldoet aan de vereisten van hetzij paragraaf 202, hetzij paragraaf 203; en ii) hij beschikt over niet minder dan 200 000 GBP eigen vermogen, te besteden in het Verenigd Koninkrijk, op eigen naam en niet ondergebracht bij een trust of ander investeringsfonds, en te investeren in het bedrijf in het Verenigd Koninkrijk; en iii) hij zal, totdat het bedrijf hem een inkomen oplevert, daarnaast over voldoende middelen beschikken om hem en eventuele te zijnen laste komende personen te onderhouden zonder arbeid (anders dan zijn arbeid voor het bedrijf) te verrichten dan wel beroep op de openbare middelen te doen; en iv) hij zal voltijds actief betrokken

zijn bij de verhandeling of levering van diensten voor eigen rekening of als partner, dan wel bij de bevordering van de bekendheid en de leiding van de onderneming als directeur; en v) zijn financiële investering zal evenredig zijn aan zijn belang in het bedrijf; en vi) hij zal hetzij een meerderheids- hetzij een evenredig belang in het bedrijf hebben en zijn werkzaamheden als partner dan wel directeur komen niet neer op verkapte arbeid in loondienst; en vii) hij zal zijn aandeel in de schulden kunnen dragen; en viii) er bestaat een werkelijke behoefte aan zijn investeringen en diensten in het Verenigd Koninkrijk; en ix) zijn aandeel in de winst van het bedrijf is voldoende om hem en eventuele te zijnen laste komende personen te onderhouden zonder arbeid (niet zijnde zijn arbeid voor het bedrijf) te verrichten of beroep op de openbare middelen te doen; en x) hij is niet voornemens om zijn bedrijfsactiviteiten aan te vullen door arbeid te aanvaarden of te zoeken in het Verenigd Koninkrijk, anders dan zijn arbeid voor het bedrijf; en xi) hij beschikt over een geldig inreisvisum van het Verenigd Koninkrijk voor binnenkomst in deze hoedanigheid.

202. Hij die voornemens is, een bestaand bedrijf in het Verenigd Koninkrijk over te nemen of daarin deel te nemen als partner of als directeur, moet naast de vereisten van paragraaf 201 het volgende overleggen: i) een schriftelijke weergave van de voorwaarden waaronder hij het bedrijf zal overnemen of daarin zal deelnemen; en ii) goedgekeurde jaarrekeningen van het bedrijf over vorige jaren, en iii) materiaal waaruit blijkt dat zijn diensten en investeringen zullen resulteren in een nettotoename van de werkgelegenheid die door het bedrijf wordt geboden aan alhier gevestigde personen, in die zin dat ten minste twee nieuwe volledige arbeidsplaatsen worden gecreëerd.

203. Hij die voornemens is, een nieuw bedrijf op te richten in het Verenigd Koninkrijk, moet naast de hiervóór in paragraaf 201 genoemde vereisten materiaal overleggen waaruit blijkt dat: i) hij voldoende eigen middelen het land binnen zal brengen om een bedrijf op te richten; en ii) het bedrijf voltijds betaalde arbeid zal scheppen voor ten minste twee reeds in het Verenigd Koninkrijk gevestigde personen.

Toelating tot het Verenigd Koninkrijk als persoon die een bedrijf wenst op te richten

204. Hij die verzoekt om toelating tot het Verenigd Koninkrijk om er een bedrijf op te richten, kan worden toegelaten voor een periode niet langer dan twaalf maanden, met een beperking van zijn vrijheid om arbeid te aanvaarden, mits hij bij aankomst aan de immigratieambtenaar een geldig inreisvisum voor het Verenigd Koninkrijk kan overleggen voor binnenkomst in deze hoedanigheid.

Weigering van toelating tot het Verenigd Koninkrijk als persoon die een bedrijf wenst op te richten

205. Toelating tot het Verenigd Koninkrijk van een persoon die een bedrijf wenst op te richten wordt geweigerd, indien bij aankomst aan de immigratieambtenaar geen geldig

inreisvisum voor het Verenigd Koninkrijk wordt overgelegd voor binnenkomst in deze hoedanigheid."

III — De feiten en het procesverloop

8. Daar de feiten in de zaken Tum en Dari in grote lijnen vergelijkbaar zijn, zal ik ze tegelijk uiteenzetten.

9. Veli Tum en Mehmet Dari, die beiden de Turkse nationaliteit bezitten, kwamen in het Verenigd Koninkrijk aan op 29 november 2001, respectievelijk 1 oktober 1998. Beiden verkregen zij tijdelijke toelating ingevolge Section 11 van de Immigration Act 1971, met een beperking (in het geval van Tum), c.q. een verbod (in het geval van Dari) op het aanvaarden van arbeid. Zij vroegen beiden asiel aan in het Verenigd Koninkrijk. Deze verzoeken werden evenwel door de staatssecretaris afgewezen en op grond van de overeenkomst van Dublin [5] werd uitzetting gelast naar de lidstaten waar zij voor het eerst asiel hadden aangevraagd, te weten Duitsland (Tum) en Frankrijk (Dari). Hun beroepen in rechte tegen deze beslissingen liepen op niets uit.

10. Gedurende zijn verblijf in het Verenigd Koninkrijk begon Dari een eigen pizzabedrijf te Herne Bay, Kent. Op 30 september 2002 verzocht hij de immigratiedienst om toelating tot het Verenigd Koninkrijk teneinde zijn bedrijf te kunnen voortzetten. Ook Tum verzocht toelating tot het Verenigd Koninkrijk, om een schoonmaakbedrijf op te richten in Noord-Londen. Daar zij in het Verenigd Koninkrijk verbleven met tijdelijke toelating ingevolge Section 11 van de Immigration Act 1971, en dus formeel niet het Verenigd Koninkrijk waren binnengekomen voor immigratie, baseerden zij hun aanvragen op de associatieovereenkomst en het aanvullend protocol, en verzochten zij beoordeling van hun verzoek op basis van de immigratievoorschriften van 1973.

11. Op 12 mei 2003 weigerde de staatssecretaris, na de aanvraag te hebben getoetst aan de huidige immigratievoorschriften en niet aan de immigratievoorschriften van 1973, Tum toe te laten tot het Verenigd Koninkrijk met als doel oprichting van een bedrijf, en kondigde hij aan dat Tum zo spoedig mogelijk zou worden uitgezet naar Duitsland. Het verzoek van Dari werd op dezelfde gronden afgewezen. Aan Tum werd een verwijderingsbevel uitgereikt.

5 — Overeenkomst betreffende de vaststelling van de staat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat bij een van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen wordt ingediend, ondertekend te Dublin op 15 juni 1990 (hierna: „overeenkomst van Dublin", PB 1997, C 254, blz. 1). Deze overeenkomst is vervangen bij verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend (PB L 50, blz. 1).

12. Tum en Dari stelden beiden beroep in. Hun zaken werden tezamen behandeld door de High Court of Justice, Queen's Bench Division, die hen op 19 november 2003 in het gelijk stelde. De uitspraak kwam erop neer dat Tum en Dari zich konden beroepen op de zogeheten „standstill"-bepalingen van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol en dus aanspraak konden maken op beoordeling van hun verzoek om toelating tot het Verenigd Koninkrijk als ondernemer op basis van de immigratievoorschriften die golden op het tijdstip van toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Gemeenschap, 1 januari 1973.

13. Deze uitspraak werd door de Court of Appeal op 24 mei 2004 bevestigd.

14. Op 9 juli 2004 verzocht de staatssecretaris het House of Lords om tegen de uitspraak van de Court of Appeal in de gevoegde zaken beroep te mogen instellen. Na een mondelinge behandeling op 27 oktober 2004 besloot het Appellate Committee of the House of Lords ingevolge artikel 234 EG het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Moet artikel 41, lid 1, van het op 23 november 1970 te Brussel ondertekende aanvullend protocol bij de associatieovereenkomst aldus worden uitgelegd dat het een lidstaat verbiedt, na de datum waarop het protocol in die lidstaat van kracht is geworden, nieuwe beperkingen te stellen aan de voorwaarden en de procedure voor toegang tot zijn grondgebied van Turkse onderdanen die voornemens zijn, in die lidstaat een bedrijf op te richten?"

15. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Tum en Dari, de Slowaakse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk, en de Commissie. Ter terechtzitting op 18 mei 2006 zijn opmerkingen gemaakt door Tum en Dari, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Nederlandse regering en door de Commissie.

16. Tum en Dari, de Slowaakse regering en de Commissie zijn van mening dat de vraag van het House of Lords bevestigend moet worden beantwoord. De Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk betogen daarentegen dat het Hof de vraag ontkennend moet beantwoorden.

IV — Samenvatting van de opmerkingen van partijen

17. Tum en Dari stellen primair dat de standstill-bepaling in artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol niet alleen van toepas-

sing is op de vestigingsvoorwaarden als zodanig, maar ook op de voorwaarden voor verblijf en toelating. In het gemeenschapsrecht worden deze laatste beschouwd als het noodzakelijk uitvloeisel van de vrijheid van vestiging.[6] Tum en Dari erkennen dat Turkse onderdanen aan deze bepaling geen rechtstreeks recht van vestiging of recht op toelating tot een lidstaat kunnen ontlenen. Zij betogen echter dat hun verzoek om toelating tot het Verenigd Koninkrijk om er een bedrijf op te richten, op grond van deze bepaling moet worden beoordeeld op basis van het nationale recht zoals dit gold op het tijdstip dat het Verenigd Koninkrijk partij werd bij het aanvullend protocol, dat wil zeggen 1 januari 1973.

18. Volgens Tum en Dari heeft het Hof in de zaak Savas[7] reeds duidelijk gemaakt dat Turkse onderdanen, zelfs degenen die zich volstrekt illegaal in het Verenigd Koninkrijk bevonden, zich niettemin kunnen beroepen op de rechtstreeks toepasselijke standstill-bepaling van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol. Zij wijzen erop dat het Hof zich in die zaak niet behoefde uit te spreken over de kwestie van de toelating, daar Savas reeds legaal was binnengekomen, al was zijn voortgezet verblijf in het Verenigd Koninkrijk illegaal. Ter beoordeling van het Hof waren dus alleen de voorwaarden waaronder Savas kon worden toegestaan in het Verenigd Koninkrijk te blijven en zich er te vestigen.

19. Ter ondersteuning van hun primaire stelling betreffende de strekking van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol merken Tum en Dari voorts op dat, in tegenstelling tot vergelijkbare standstill-bepalingen[8], niets in de formulering van dit artikel erop wijst dat het alleen van toepassing is op de voorwaarden voor verblijf en vestiging, en niet op de voorwaarden voor toelating. De standstill-bepaling zou zinledig worden wanneer de lidstaten in strijd met de doelstellingen van de associatieovereenkomst de toegang tot hun grondgebied moeilijker of zelfs onmogelijk zouden mogen maken. Deze lezing van artikel 41, lid 1, doet volgens hen niet af aan de bevoegdheid van de lidstaten inzake de immigratie van Turkse onderdanen. Deze bepaling brengt die onderdanen slechts in dezelfde positie als die waarin zij zouden hebben verkeerd op het tijdstip dat de lidstaat partij werd bij het aanvullend protocol, zoals de standstill-bepaling eist.

20. Ten slotte brengen Tum en Dari tegen de stelling van het Verenigd Koninkrijk dat de bescherming van artikel 41, lid 1, niet

6 — Zij verwijzen naar arresten van 8 april 1976, Royer (48/75, Jurispr. blz. 497, punt 50); 20 mei 1992, Ramrath (C-106/91, Jurispr. blz. I-3351, punt 17); 12 december 1990, Kaefer en Procacci (C-100/89 en C-101/89, Jurispr. blz. I-4647, punt 15), en 27 september 2001, Barkoci en Malik (C-257/99 , Jurispr. blz. I-6557, punt 44).

7 — Arrest van 11 mei 2000 (C-37/98, Jurispr. blz. I-2927).

8 — Zij verwijzen naar artikel 13 van besluit 1/80 van de associatieraad van 19 september 1980 betreffende de ontwikkeling van de associatie, dat bepaalt: „De lidstaten van de Gemeenschap en Turkije mogen geen nieuwe beperkingen invoeren met betrekking tot de toegang tot de werkgelegenheid van werknemers en hun gezinsleden *wier verblijf en arbeid* op hun onderscheiden grondgebied *legaal zijn*". (cursivering van mij) (hierna: „besluit 1/80").

dient te gelden voor afgewezen asielzoekers (zie hierna, punt 25), in dat zij weliswaar fysiek aanwezig zijn in het Verenigd Koninkrijk, maar volgens Section 11 van de Immigration Act 1971 formeel niet het Verenigd Koninkrijk zijn binnengekomen. Of zij ingevolge de overeenkomst van Dublin naar een andere lidstaat kunnen worden uitgezet, is niet relevant voor het antwoord op de prejudiciële vraag van het House of Lords. Met deze vraag wordt slechts beoogd te vernemen welke bepalingen van toepassing zijn op de verzoeken van Tum en Dari om toelating met als doel de oprichting van een bedrijf.

21. De Slowaakse regering en de Commissie zijn het in grote lijnen eens met de opvattingen van Tum en Dari. Beide stellen zij dat, nu artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol de lidstaten belet, het beginnen van een bedrijf voor Turkse onderdanen moeilijker te maken dan het geval was ten tijde van de inwerkingtreding van die bepaling voor die lidstaat, zij als uitvloeisel daarvan dat recht niet mogen dwarsbomen door nieuwe beperkingen van het recht van verblijf en het recht op toelating in te voeren, voor zover die rechten onlosmakelijk verbonden zijn met het recht van vestiging.

22. De Commissie merkt op dat, aangezien het Hof in het arrest Savas heeft verklaard dat de standstill-bepaling gold voor iemand die legaal was toegelaten tot maar illegaal verbleef in een lidstaat, het paradoxaal zou zijn om deze bepaling niet te laten gelden voor iemand die naar behoren toelating heeft aangevraagd vanuit Turkije. Zij voegt hieraan toe dat iemand die toelating heeft verzocht als toerist, terwijl hij in werkelijkheid de bedoeling heeft een bedrijf te beginnen wanneer hij eenmaal tot de lidstaat is toegelaten, buiten de bescherming van de associatieovereenkomst zou vallen. De bedoeling fraude te plegen, zou evenwel zeer moeilijk, zo niet onmogelijk te bewijzen zijn.

23. De Commissie wijst erop dat het Hof weliswaar heeft bevestigd dat besluit 1/80 niet afdoet aan de bevoegdheid van de lidstaten om regels te stellen voor de eerste toelating van Turkse werknemers tot hun grondgebied, maar dat dit niet betekent dat noch de associatieovereenkomst noch het aanvullend protocol ooit effect kan hebben op de bevoegdheid van de lidstaten om de toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied aan regels te binden. In wezen is de bevoegdheid van de lidstaten om de eerste toelating van Turkse onderdanen te beheersen, ingeperkt. Hoewel dit resultaat onvermijdelijk moet worden geacht, geeft de Commissie het Hof in overweging zich in zijn antwoord alleen uit te laten over beperkingen die onlosmakelijk verbonden zijn met het recht van vestiging, teneinde het recht van de lidstaten om de eerste toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied niet onnodig te belemmeren.

24. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt primair dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de lidstaten de bevoegdheid behouden om hun eigen voorwaarden te stellen voor de eerste toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied. De associatieovereenkomst en het aanvullend protocol zijn niet bedoeld om Turkse onderdanen vestigingsrechten te verlenen die vergelijkbaar zijn met die van burgers van de EU. In de uitoefening van zijn bevoegdheden mocht het Verenigd Koninkrijk de voorwaarden wijzigen waaronder het aan Turkse onderdanen toestaat het Verenigd Koninkrijk binnen te komen om aldaar een bedrijf te beginnen, ook al maakt die wijziging het moeilijker om het Verenigd Koninkrijk binnen te komen dan het geval was op 1 januari 1973. Deze stelling is gebaseerd op het arrest Savas, waarin het Hof heeft vastgesteld dat artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol alleen de voorwaarden regelt die de lidstaten toepassen op personen die, wanneer zij eenmaal legaal een lidstaat zijn binnengekomen, een bedrijf willen beginnen, en dat deze bepaling de vrijheid van de lidstaten om toelatingsvoorwaarden te stellen, intact laat.

25. Subsidiair stelt het Verenigd Koninkrijk dat indien het Hof zou oordelen dat artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol de lidstaten wel verbiedt om nieuwe beperkingen te stellen aan de toelating tot hun grondgebied van Turkse onderdanen die er een bedrijf willen beginnen, dit niet geldt voor diegenen die willen blijven en een bedrijf beginnen nadat hun asielverzoek is afgewezen, en die ingevolge de overeenkomst van Dublin of daarvan afgeleide wetgeving kunnen worden uitgezet naar een andere lidstaat. Tum en Dari hebben zich pas beroepen op de rechten die zij op grond van artikel 41, lid 1, menen te hebben, toen zij werden bedreigd met uitzetting naar Frankrijk en Duitsland. Wanneer de asielzoeker in dergelijke omstandigheden aanspraak zou kunnen maken op bescherming tegen uitzetting ingevolge de overeenkomst van Dublin, zou dit de werking van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel frustreren. Dit zou misbruik van recht zijn, daar de asielzoeker dan aan het gemeenschapsrecht rechten zou kunnen ontlenen uit hoofde van zijn illegale binnenkomst en aanwezigheid in een lidstaat.

26. De Nederlandse regering is eveneens van mening dat op de rechten van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol alleen een beroep kan worden gedaan door Turkse onderdanen die hebben voldaan aan de nationale immigratievoorschriften met betrekking tot toegang en verblijf. Wanneer iemand die een lidstaat illegaal is binnengekomen en er vervolgens een bedrijf is begonnen, de bescherming van artikel 41, lid 1, zou kunnen genieten, zou dit de effectiviteit van de nationale immigratiewetgeving, die nog steeds een bevoegdheid van de lidstaten is, ondermijnen. Het zou tevens het communautaire asielstelsel zijn effectiviteit ontnemen. Volgens de Nederlandse regering zouden Tum en Dari, indien zij inderdaad naar Turkije waren teruggekeerd en een nieuwe aanvraag om toelating tot het Verenigd Koninkrijk hadden ingediend op basis van hun economische activiteiten gedurende hun illegale verblijf, zich nog

steeds niet op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol kunnen beroepen. Het toestaan van een dergelijke aanspraak zou de effectiviteit en geloofwaardigheid van de nationale immigratiewetgeving in gevaar brengen.

V — Beoordeling

27. Zoals in de inleiding tot deze conclusie reeds werd gezegd, is de belangrijkste vraag in dit geval of artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol, dat de invoering van nieuwe beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten verbiedt met ingang van de inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor de betrokken lidstaat, ook belet dat de lidstaten voor de toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied restrictievere voorwaarden stellen.

28. In hun opmerkingen beroepen alle partijen zich op het arrest van het Hof in de zaak Savas [9] ter ondersteuning van hun diametraal tegenover elkaar staande standpunten dat deze vraag bevestigend dan wel ontkennend moet worden beantwoord. Het is dan ook allereerst noodzakelijk, de belangrijkste feiten van die zaak en het arrest van het Hof op een rij te zetten.

A — *De zaak Savas*

29. Savas [10], die de Turkse nationaliteit bezat, verkreeg toelating tot het Verenigd Koninkrijk als toerist voor de duur van een maand. In zijn inreisvisum was uitdrukkelijk bepaald dat hij geen arbeid mocht aanvaarden en evenmin als zelfstandige een bedrijf of beroep mocht uitoefenen. Hoewel zijn visum was verlopen, bleef Savas in strijd met de nationale immigratiewetgeving in het Verenigd Koninkrijk. Enkele jaren nadien begon hij een onderneming die overhemden produceerde, zonder een arbeidsvergunning of een vergunning voor arbeid als zelfstandige te hebben aangevraagd. Nadat hij dit bedrijf enige tijd had geëxploiteerd, diende hij bij de nationale immigratiedienst een verzoek in om regularisatie van zijn verblijfssituatie. Zijn verzoek om te mogen blijven werd echter afgewezen en er werd hem een uitzettingsbevel uitgereikt. Savas stelde tegen deze beslissing beroep in, maar dit werd verworpen.

30. Aanvankelijk had Savas zijn verzoeken uitsluitend gebaseerd op het nationale recht, maar later beriep hij zich op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol, waarbij hij stelde dat zijn situatie moest worden beoordeeld aan de hand van de immigratievoorschriften van 1973. Dit argument werd door de immigratiedienst afgewezen op grond dat hij op de datum van zijn verzoek om regularisatie van zijn verblijf in het Verenigd Koninkrijk geen recht meer had om aldaar te

9 — Aangehaald in voetnoot 7.

10 — Eigenlijk is Savas het Verenigd Koninkrijk binnengekomen samen met zijn vrouw, maar om deze uiteenzetting simpel te houden geef ik de feiten in het enkelvoud weer.

verblijven en zich dus niet op de immigratievoorschriften van 1973 kon beroepen. Savas stelde daarop beroep in bij de Queen's Bench Division van de High Court of Justice. Deze vroeg zich af of de associatieovereenkomst rechten kan verlenen aan vreemdelingen die, zoals Savas, illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven. Zij besloot daarom het Hof prejudiciële vragen te stellen over de rechtstreekse werking van artikel 41 van het aanvullend protocol en de draagwijdte van de bescherming ingevolge deze bepaling.

31. Voor de onderhavige zaak behoeft alleen te worden gerefereerd aan de overwegingen van het Hof met betrekking tot de draagwijdte van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol. Volledigheidshalve merk ik echter op dat het Hof er geen moeite mee had, vast te stellen dat op deze bepaling inderdaad een beroep kan worden gedaan in procedures voor de nationale rechter. [11]

32. Wat de draagwijdte van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol betreft, betoogde Savas aanvankelijk, in zijn schriftelijke opmerkingen, dat hij aan deze bepaling een recht van vestiging ontleende, alsmede een daarmee samenhangend recht van verblijf, ondanks het feit dat hij in strijd met de immigratiewetgeving van het Verenigd Koninkrijk een bedrijf had opgericht. Ter terechtzitting liet hij dit argument echter varen en stelde hij dat deze bepaling hem het recht gaf een nationale rechterlijke instantie te vragen of de op hem toegepaste regels, op het punt van de vrijheid van vestiging en het recht van verblijf, strenger waren dan de regels die golden op het tijdstip van inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor het Verenigd Koninkrijk. Het Hof heeft zich in zijn arrest over beide argumenten uitgesproken.

33. Het eerste door Savas naar voren gebrachte argument gaf het Hof aanleiding de basisprincipes te herhalen die het in zijn vaste rechtspraak met betrekking tot Turkse werknemers had geformuleerd. Deze basisbeginselen zijn, dat:

— „vaste rechtspraak [is] dat de bepalingen betreffende de associatie EEG-Turkije bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de bevoegdheid van de lidstaten om zowel de toegang van Turkse onderdanen tot hun grondgebied als de voorwaarden voor hun eerste tewerkstelling te reglementeren, intact laten, en uitsluitend de situatie regelen van Turkse werknemers die reeds legaal in de arbeidsmarkt van de lidstaten zijn opgenomen" [12];

— „Turkse werknemers, anders dan onderdanen van de lidstaten, niet het recht hebben zich vrij binnen de Gemeen-

11 — Punten 46-54.

12 — Punt 58.

schap te verplaatsen, doch slechts bepaalde rechten genieten in de lidstaat van ontvangst op het grondgebied waarvan zij wettig zijn binnengekomen en gedurende een bepaalde tijd legale arbeid hebben verricht" [13];

— „de rechten die [...] ter zake van werkgelegenheid aan Turkse werknemers zijn verleend, noodzakelijkerwijs inhouden dat de belanghebbenden een daarmee samenhangend recht van verblijf genieten, omdat anders het recht van toegang tot de arbeidsmarkt en het recht op het verrichten van arbeid elke inhoud zouden verliezen" [14];

— „het legale karakter van de arbeid van een Turks onderdaan in de lidstaat van ontvangst onderstelt, dat de situatie van de betrokkene op de arbeidsmarkt van die lidstaat stabiel en niet slechts van voorlopige aard is en, om die reden, een niet-betwist recht van verblijf impliceert" [15];

— „de tijdvakken van arbeid die een Turks onderdaan heeft vervuld met een verblijfsvergunning die hem enkel was verleend op grond van een frauduleuze handeling die tot zijn veroordeling heeft geleid, niet op een stabiele situatie berusten en als slechts precair vervulde tijdvakken moeten worden aangemerkt, aangezien de betrokkene gedurende de betrokken tijdvakken geen legaal verkregen verblijfsrecht had [en dat] het uitgesloten is, dat de uitoefening van arbeid door een Turks onderdaan met een verblijfsvergunning die onder dergelijke frauduleuze omstandigheden is afgegeven, rechten ten gunste van laatstgenoemde kan doen ontstaan". [16]

34. Het Hof verklaarde vervolgens: „Die beginselen, die zijn geformuleerd in het kader van de uitlegging van de bepalingen van de associatie EEG-Turkije die het vrije verkeer van Turkse werknemers in de Gemeenschap geleidelijk tot stand beogen te brengen, gelden naar analogie ook in het kader van de bepalingen van die associatie betreffende het recht van vestiging." [17]

35. Het concludeerde dienaangaande dat „de in artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol opgenomen standstill-clausule op zichzelf aan een Turks onderdaan niet het recht van vestiging en het daaruit voortvloeiende recht van verblijf kan verlenen". [18]

36. Vervolgens stelde het Hof vast: „De eerste toelating van een Turks onderdaan

13 — Punt 59.
14 — Punt 60.
15 — Eveneens punt 60.
16 — Punten 61 en 62.
17 — Punt 63.
18 — Punt 64.

tot het grondgebied van een lidstaat wordt uitsluitend geregeld door het nationale recht van die staat en de betrokkene kan krachtens het gemeenschapsrecht slechts bepaalde rechten op het gebied van het verrichten van arbeid of van een zelfstandige werkzaamheid en, daarmee samenhangend, op het gebied van verblijf doen gelden, voor zover hij legaal in de betrokken lidstaat verblijft." [19]

37. Gezien zijn verblijfsstatus kon Savas geen aanspraak maken op een rechtstreeks recht van vestiging of verblijf op grond van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol.

38. In antwoord op het tweede argument van Savas herinnerde het Hof eraan dat het had verklaard dat artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol particulieren individuele rechten verleent die de nationale rechterlijke instanties moeten waarborgen, en dat deze bepaling „zich ertegen verzet, dat een lidstaat een nieuwe maatregel vaststelt die tot doel of tot gevolg heeft, dat aan de vestiging en, daarmee samenhangend, aan het verblijf van een Turks onderdaan op zijn grondgebied strengere voorwaarden worden gesteld dan die welke golden op het moment waarop het aanvullend protocol voor de betrokken lidstaat in werking trad". [20] Het is aan de nationale rechter om te bepalen of dit het geval is.

39. Het Hof vatte zijn oordeel over de draagwijdte van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol als volgt samen:

— „Artikel 41, lid 1, kan op zichzelf een Turks onderdaan geen recht van vestiging en, daarmee samenhangend, een recht van verblijf verlenen in de lidstaat op het grondgebied waarvan hij in strijd met de nationale immigratiewetgeving is gebleven en als zelfstandige beroepsactiviteiten heeft verricht.

— Artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol verbiedt echter vanaf de datum van inwerkingtreding van dit protocol in de lidstaat van ontvangst de invoering van nieuwe nationale beperkingen van de vrijheid van vestiging en van het recht van verblijf van Turkse onderdanen. Het staat aan de nationale rechter om bij wege van uitlegging van het nationale recht te bepalen, of de regeling die op verzoeker in het hoofdgeding is toegepast, ongunstiger is dan de regeling die op het moment van de inwerkingtreding van het aanvullend protocol van toepassing was." [21]

19 — Punt 65.

20 — Punt 69.

21 — Punt 71, derde en vierde streepje.

B — *Beoordeling*

1. Na het arrest Savas opengebleven vragen

40. Zoals gezegd vatten Tum en Dari, gesteund door de Commissie en de Slowaakse regering, het arrest Savas in die zin op dat een Turks onderdaan zich op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol kan beroepen om te verzekeren dat de ten tijde van de inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor het Verenigd Koninkrijk geldende vestigingsvoorschriften op zijn situatie worden toegepast, ongeacht of hij al dan niet legaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft. In deze opvatting houden de vestigingsvoorschriften noodzakelijkerwijs ook de voorwaarden voor toelating tot die lidstaat in. Dat het Hof in zijn arrest niet over de toelatingsvoorwaarden heeft gesproken, valt te verklaren uit het feit dat Savas het Verenigd Koninkrijk legaal was binnengekomen. De overwegingen van het Hof inzake de bevoegdheid van de lidstaten ter zake van de eerste toelating van Turkse onderdanen moeten volgens hen worden gezien als het antwoord van het Hof op de eerste stelling van Savas in zijn schriftelijke opmerkingen, en zijn niet relevant voor het antwoord van het Hof op Savas' tweede stelling.

41. De regering van het Verenigd Koninkrijk, gesteund door de Nederlandse regering, wijst daarentegen op de nadruk die door het Hof is gelegd op de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten om regels te stellen voor de eerste toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied. Een Turks onderdaan kan zich alleen dan op de bescherming van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol beroepen wanneer hij is toegelaten overeenkomstig de ten tijde van zijn toelatingsverzoek geldende immigratievoorschriften. Het Hof heeft in punt 69 van het arrest Savas (aangehaald in punt 38 van deze conclusie) alleen het recht van vestiging, en als uitvloeisel daarvan het recht van verblijf, genoemd als een recht dat binnen de werking van artikel 41, lid 1, valt en het heeft in dit verband niet de toelatingsvoorwaarden genoemd.

42. Dat alle interveniërende partijen zich beroepen op het arrest Savas ter ondersteuning van duidelijk niet met elkaar te verenigen standpunten, is niet verwonderlijk, daar de overwegingen van het Hof in dit arrest zelf tegenstrijdig lijken. Enerzijds benadrukt het Hof de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten om regels te stellen voor de eerste toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied, en bevestigt het dat Turkse onderdanen alleen recht op arbeid in loondienst of als zelfstandige geldend kunnen maken wanneer zij legaal in de betrokken lidstaat verblijven. Anderzijds aanvaardt het Hof dat een Turks onderdaan zich op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol kan beroepen om te verzekeren dat op hem geen strengere vestigings- en verblijfsvoorwaarden worden toegepast dan de ten tijde van de inwerkingtreding van dat protocol in de lidstaat van ontvangst geldende voorwaarden, ook al verbleef de betrokken Turkse

onderdaan illegaal in die lidstaat. Wanneer een Turks onderdaan naar nationaal recht alleen recht heeft om zich als zelfstandige te vestigen indien hij legaal in die lidstaat verblijft, waarom heeft hij dan, zo kan men zich afvragen, wel recht op beoordeling van zijn verzoek aan de hand van oudere, ruimhartiger bepalingen, ook al verblijft hij in die lidstaat in strijd met de nationale immigratiewetgeving?

43. Hoe dan ook is duidelijk dat het Hof in het arrest Savas niet expliciet is ingegaan op de precieze vraag of Turkse onderdanen zich op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol kunnen beroepen om toegang tot een lidstaat te verkrijgen teneinde zich daar als zelfstandige te vestigen. Het probleem in dat geval was dat Savas, na het Verenigd Koninkrijk legaal te zijn binnengekomen op een toeristenvisum, er in strijd met de nationale immigratiewetgeving was gebleven. Daarentegen zijn Tum en Dari, ondanks hun fysieke aanwezigheid in het Verenigd Koninkrijk, die lidstaat nog niet binnengekomen in juridische zin; zij hebben enkel de status van tijdelijk toegelatene.

44. De twee door de interveniërende partijen gevolgde benaderingen corresponderen met twee verschillende, maar met elkaar verband houdende vragen inzake de uitlegging van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol, die door het arrest Savas zijn opengelaten:

1) Geldt voor een beroep op de bescherming van deze bepaling als voorwaarde dat de betrokken Turkse onderdaan legaal is toegelaten tot het grondgebied van de betrokken lidstaat?

2) Omvat het begrip „de vrijheid van vestiging" in deze bepaling mede de voorwaarden voor toegang tot een lidstaat?

2. Legaal verblijf als voorwaarde voor een beroep op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol?

45. In algemene zin behoort de regulering van de immigratie van onderdanen van derde landen, met inbegrip van Turkse onderdanen, nog steeds tot de bevoegdheid van de lidstaten, voor zover met betrekking tot de nationale immigratiewetgeving geen harmo-

nisatiemaatregelen zijn genomen ingevolge artikel 63, punt 3, EG [22], en dergelijke maatregelen van toepassing zijn op de betrokken lidstaat. [23] Dit betekent dat de lidstaten gerechtigd zijn, de voorwaarden vast te stellen voor de toelating van onderdanen van derde landen tot hun grondgebied en, meer in het bijzonder, deze onderdanen slechts toe te laten na een beoordeling van hun individuele geval en van de redenen die de betrokkene opgeeft voor zijn of haar verzoek om toelating tot dit grondgebied.

46. Het feit dat de lidstaten hun bevoegdheid met betrekking tot de immigratie van Turkse onderdanen hebben behouden, is door het Hof nadrukkelijk bevestigd in een consistente reeks arresten betreffende zowel Turkse werknemers als Turkse onderdanen die als zelfstandige werkzaam waren. Ik noem de overwegingen in het arrest Savas, hiervóór aangehaald in punt 33, die zijn bevestigd in het arrest Abatay en Sahin. [24] De lidstaten zijn derhalve bevoegd om over de toelating van Turkse onderdanen tot hun grondgebied te beslissen volgens de criteria neergelegd in hun nationale immigratiewetgeving.

47. Dit punt is tussen de partijen in het hoofdgeding niet in geschil. Waarover zij van mening verschillen is of het voor een beroep op de bescherming van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol vereist is dat de betrokken Turkse onderdaan legaal is toegelaten tot en legaal verblijft in de lidstaat van ontvangst. Met andere woorden, moeten zij toegang hebben verkregen tot het grondgebied van de lidstaat van ontvangst overeenkomstig de nationale immigratievoorschriften, voordat zij toegang kunnen verkrijgen tot de nationale markten van die lidstaat om er als werknemer of zelfstandige economische activiteiten te verrichten?

48. Op dit punt heeft het Hof, eveneens in het arrest Savas, ondubbelzinnig verklaard dat Turkse onderdanen enkel aanspraak kunnen maken op economische rechten in een lidstaat van ontvangst voor zover zij legaal in die lidstaat verblijven. [25] Op zich verleent artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol geen economische rechten rechtstreeks aan Turkse onderdanen, maar regelt het slechts dat de rechten die deze onderdanen in een lidstaat van ontvangst kunnen doen gelden, moeten worden bepaald aan de hand van het nationale recht zoals dit gold toen het aanvullend protocol voor die lidstaat in werking trad. Niettemin is er, gelet op het feit dat de vaststelling welk recht moet worden toegepast op een verzoek tot het verrichten van een economische activiteit in een lidstaat, onmiskenbaar een materieel

22 — Er zijn ingevolge deze bepaling enkele communautaire maatregelen genomen inzake de toelating van onderdanen van derde landen voor specifieke doeleinden. Zie bijvoorbeeld richtlijn 2004/114/EG van de Raad van 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk (PB L 375, blz. 12) en richtlijn 2005/71/EG van de Raad van 12 oktober 2005 betreffende een specifieke procedure voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op wetenschappelijk onderzoek (PB L 289, blz. 15).

23 — Overeenkomstig de artikelen 1 en 2 van het protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, is geen van deze richtlijnen van toepassing op het Verenigd Koninkrijk.

24 — Arrest van 21 oktober 2003 (C-317/01 en C-369/01, Jurispr. blz. I-12301, punt 65).

25 — Punt 65, aangehaald in punt 36 van deze conclusie.

bestanddeel heeft, daar dit bepalend is voor de omvang van de rechten die iemand naar nationaal recht in principe zal hebben, geen reden waarom de in het arrest Savas geformuleerde regel betreffende voorafgaande legale toelating en legaal verblijf van de Turkse onderdaan niet zou gelden voor artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol.

49. Dit lijkt mij zelfs de enige manier waarop het arrest Savas logisch kan worden gelezen. Aangenomen moet worden dat, waar het Hof verklaarde dat het aan de nationale rechter was om te bepalen of de door de bevoegde autoriteiten op Savas toegepaste nationale regeling tot gevolg had dat zijn positie was verslechterd vergeleken met de toepassing van de immigratievoorschriften van 1973 [26], dit enkel betrekking kon hebben op de situatie nadat Savas formeel tot het Verenigd Koninkrijk was toegelaten om er een bedrijf te beginnen. Het feit dat Savas tot het Verenigd Koninkrijk was toegelaten op een toeristenvisum dient in dit opzicht niet als voldoende te worden beschouwd, daar vestiging per definitie een verblijf voor langere duur inhoudt. Zou daarentegen worden aanvaard dat het Hof dit vereiste niet op Savas van toepassing achtte, dan zou dit hem en andere zich in strijd met de immigratiewetgeving van het Verenigd Koninkrijk in die lidstaat bevindende Turkse onderdanen, in een gunstiger positie brengen dan Turkse onderdanen die om toelating met als doel vestiging verzoeken conform de thans geldende nationale immigratiewetgeving. Dit kan niet de bedoeling van het Hof zijn geweest. Het gemeenschapsrecht dient niet te worden uitgelegd en toegepast op een wijze die leidt tot vergemakkelijking van of zelfs uitnodiging tot de omzeiling van nationale bepalingen, die bovendien nog steeds tot de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten behoren.

50. Vervolgens werd gesteld dat, vergeleken met andere standstill-bepalingen, zoals artikel 13 van besluit 1/80, artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol geen de toepasselijkheid van deze bepaling inperkende beperkingen of voorwaarden bevat. Zoals gezegd, verbiedt artikel 13 van besluit 1/80 de invoering van nieuwe beperkingen met betrekking tot de toegang tot de werkgelegenheid van Turkse werknemers en hun gezinsleden, „wier verblijf en arbeid" op hun onderscheiden grondgebied „legaal zijn".

51. Dit argument vind ik niet overtuigend. Artikel 13 van besluit 1/80 is een van de gedetailleerde bepalingen die door de associatieraad zijn aangenomen op grond van artikel 36 van het aanvullend protocol, dat bepaalt dat door de associatieraad regels worden gesteld om te komen tot de geleidelijke totstandbrenging van het vrije verkeer van werknemers tussen de lidstaten en Turkije. Tot op heden zijn dergelijke regels niet gesteld voor Turkse onderdanen die in een lidstaat een bedrijf willen beginnen. Hun rechten worden geheel en al bepaald door de

26 — Punt 70.

standstill-bepaling van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol. Ik meen dat in deze situatie, waar met betrekking tot de vrijheid van vestiging niet dergelijke gedetailleerde bepalingen zijn vastgesteld, dit niet kan betekenen dat Turkse onderdanen ruimere rechten genieten om zich in de lidstaten te vestigen voor het verrichten van economische activiteiten als zelfstandige, dan Turkse onderdanen die toegang verzoeken voor het verrichten van economische activiteiten als werknemer, wat dezelfde soort activiteiten kunnen zijn. In plaats van aldus te onderscheiden tussen de bepalingen voor werknemers en die voor zelfstandigen, bestaat behoefte aan een convergente uitlegging van deze bepalingen. Dit geldt temeer daar de belangen van de lidstaten met betrekking tot de toelating van Turkse onderdanen vergelijkbaar, zo niet identiek zijn.

52. Om al deze redenen ben ik van mening dat als vereiste voor het recht van Turkse onderdanen om zich te beroepen op de bescherming van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol teneinde te verzekeren dat hun verzoek om zich in een lidstaat te vestigen, wordt getoetst aan de wetgeving die gold ten tijde van de inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor de lidstaat van ontvangst, zij eerst legaal moeten zijn toegelaten tot en legaal verblijf houden in die lidstaat in overeenstemming met de nationale immigratiewetgeving.

3. Houdt de vrijheid van vestiging in het kader van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol een recht van toegang tot de lidstaat in?

53. De partijen die een bevestigend antwoord op de prejudiciële vraag van het House of Lords voorstaan, verwijzen naar artikel 13 van de associatieovereenkomst, dat bepaalt dat de overeenkomstsluitende partijen zich bij de onderlinge opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging zullen laten leiden door artikel 43 EG. In zijn rechtspraak over artikel 43 EG heeft het Hof steeds verklaard dat de uitoefening van de vrijheid van vestiging tussen de lidstaten noodzakelijkerwijs het recht inhoudt om de lidstaat van ontvangst binnen te komen. [27] Deze partijen stellen dat dit ook in het kader van de associatieovereenkomst moet gelden.

54. Zij wijzen er tevens op dat het Hof in het arrest Barkoci en Malik [28], in een zaak die de vrijheid van vestiging in de context van de Europa-overeenkomst met de Tsjechische Republiek betrof, onder verwijzing naar zijn rechtspraak inzake het EG-Verdrag en de associatieovereenkomst met Turkije heeft

27 — Zie de in voetnoot 6 aangehaalde rechtspraak.

28 — Aangehaald in voetnoot 6.

verklaard dat „het recht op nationale behandeling bij de vestiging [...] inderdaad een recht op toelating en een recht van verblijf, als uitvloeisels van het recht van vestiging, omvat voor Tsjechische onderdanen die activiteiten van industriële, commerciële en ambachtelijke aard of activiteiten van de vrije beroepen in een lidstaat wensen uit te oefenen". [29]

55. Het valt mijns inziens echter te betwijfelen of beginselen die gelden in verband met de vrijheid van vestiging in de Gemeenschap, zonder meer kunnen worden toegepast op de uitoefening van deze vrijheid door onderdanen van derde landen in de verhoudingen tussen de Gemeenschap en derde landen. De voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de vrijheid van vestiging binnen de Gemeenschap zijn afgeleid van het fundamentele doel van de Gemeenschap, een interne markt tot stand te brengen, die, zoals bekend, in artikel 14 EG wordt omschreven als „een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van [het EG-]Verdrag". Gelet op deze doelstelling is het recht van toegang tot de lidstaten met als doel, gebruik te maken van de door het EG-Verdrag gewaarborgde vrijheden, essentieel. Indien de lidstaten aan de toegang van onderdanen van andere lidstaten tot hun grondgebied voorwaarden mochten verbinden, dan zou de interne markt een wassen neus worden.

56. De associatie met Turkije heeft een geheel andere doelstelling. Volgens artikel 2, lid 1, van de associatieovereenkomst is dit „de gestadige en evenwichtige versterking van de commerciële en economische betrekkingen tussen de partijen te bevorderen, met volledige inachtneming van de noodzaak de versnelde ontwikkeling van de economie van Turkije en de verruiming van de werkgelegenheid en de verbetering der levensomstandigheden van het Turkse volk te verzekeren." Uiteindelijk is het streven van de overeenkomst, bij te dragen tot de verbetering van de levensstandaard van het Turkse volk, hetgeen in een later stadium de toetreding van Turkije tot de Gemeenschap zal vergemakkelijken. [30]

57. Tot op heden heeft de samenwerking tussen de Gemeenschap en Turkije geresulteerd in de totstandkoming van een douane-unie, maar niet van een gemeenschappelijke of interne markt die wordt gekenmerkt door het ontbreken van binnengrenzen. In tegenstelling tot douane-unies, die alleen de liberalisering van de handel in goederen tussen de betrokken lidstaten beogen, is de bedoeling van gemeenschappelijke markten om vrij verkeer van goederen, diensten en productiefactoren tot stand te brengen. Zij moeten dus het vrij verkeer van werknemers en kapitaal en de vrijheid van vestiging garanderen. De bepalingen in de associatieovereenkomst en het aanvullend protocol zijn hoofdzakelijk programmatisch van aard en vormen slechts een uitgangspunt voor liberalisering in een later stadium. Zelfs wanneer meer gedetailleerde regelingen zijn

29 — Punt 50.

30 — Zie de vierde overweging van de preambule en artikel 28 van de associatieovereenkomst.

afgesproken, zoals inzake het vrije verkeer van werknemers (artikelen 6 e.v. van besluit 1/80), zijn deze bepalingen niet vergelijkbaar met de parallelle rechten gegarandeerd door het EG-Verdrag (artikel 39 EG en verordening nr. 1612/68). Bij gebreke van vergelijkbare bepalingen gericht op de totstandkoming van de vrijheid van vestiging, is a fortiori duidelijk dat de bepalingen inzake de vestiging in het kader van de associatieovereenkomst niet parallel aan artikel 43 EG kunnen worden uitgelegd. Meer in het bijzonder, nu de grenzen tussen de lidstaten en Turkije niet zijn afgeschaft om het vrij verkeer zoals binnen de communautaire interne markt te garanderen, kan het recht van toegang niet worden beschouwd als de noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van de aan vestiging verbonden rechten in het kader van de associatie met Turkije.

58. Een tweede verschil tussen de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging in het EG-Verdrag en de associatieovereenkomst en het aanvullend protocol is dat het Verdrag een recht van vestiging verleent waarop rechtstreeks voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan, terwijl Turkse onderdanen aan artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol geen rechtstreeks recht van vestiging ontlenen, zoals door het Hof in het arrest Savas is verklaard. Zij kunnen zich enkel op deze bepaling beroepen om te verzekeren dat nationale bepalingen inzake vestiging zoals die bestonden ten tijde van de inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor de lidstaten van ontvangst, op hen worden toegepast. Dit houdt in dat de lidstaten dergelijke nationale voorschriften mochten toepassen op de vestiging door Turkse onderdanen, ongeacht of deze voorschriften te rechtvaardigen zouden zijn, wanneer zij werden toegepast in de context van het EG-Verdrag. Dit belangrijke verschil in karakter van het recht van vestiging ingevolge het EG-Verdrag en de associatieovereenkomst is de tweede reden waarom een met artikel 43 EG convergente uitlegging van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol en artikel 13 van de associatieovereenkomst niet voor de hand ligt.

59. Gelet op het feit dat Turkse onderdanen, anders dan onderdanen van de lidstaten, geen rechtstreeks en automatisch recht van vestiging in de lidstaten genieten, hebben zij dus noodzakelijkerwijs ook geen impliciet of afgeleid recht van toegang tot het grondgebied van de lidstaten om aldaar een bedrijf te beginnen. Buiten de context van het verkeer binnen de Gemeenschap dient de verkrijging van toegang tot het grondgebied van een lidstaat te worden onderscheiden van de toegang tot de markten in die lidstaat. Het recht om een lidstaat binnen te komen, kan niet worden beschouwd als het noodzakelijk uitvloeisel van de vrijheid van vestiging in het kader van de associatieovereenkomst met Turkije. Dit betekent dat voorschriften voor de toegang tot het grondgebied van de lidstaten niet binnen de materiële werkingssfeer van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol vallen, en dat zij

dus door de lidstaten kunnen worden aangepast of restrictiever geformuleerd naar gelang van hun sociaaleconomische en demografische belangen.

60. Inderdaad heeft het Hof in het arrest Barkoci en Malik verklaard dat volgens de rechtspraak inzake de vrijheid van vestiging op grond van het EG-Verdrag en de associatieovereenkomst met Turkije, de vrijheid van vestiging een recht van toegang en verblijf inhoudt als noodzakelijk uitvloeisel daarvan. Het Hof verwees in dit verband met betrekking tot Turkse onderdanen naar zijn arrest Savas. In de door het Hof in zijn arrest aangehaalde passages [31] wordt echter alleen gesproken van een recht van verblijf als uitvloeisel van de vrijheid van vestiging, en wordt toegang in het geheel niet genoemd. Zoals ik hiervóór heb opgemerkt, gaat het arrest Savas immers niet met zoveel woorden over de kwestie van de toegang, daar deze in die zaak niet in geschil was. Het recht van toegang van onderdanen van derde landen tot een lidstaat staat volledig los van het recht van verblijf in verband met de vrijheid van vestiging en kan niet eenvoudigweg worden gezien als in die vrijheid begrepen, zonder enige nadere uitleg door het Hof. De verwijzing naar het recht van toegang in verband met de vrijheid van vestiging voor Turkse onderdanen in het arrest Barkoci en Malik wordt dan ook niet ondersteund door de rechtspraak van het Hof.

31 — Punten 60 en 63, aangehaald in de punten 33 en 34 van deze conclusie.

61. Ik concludeer derhalve dat de in artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol genoemde vrijheid van vestiging niet de voorwaarden voor de toegang van Turkse onderdanen tot de lidstaten omvat. Dit betekent dat op deze bepaling geen beroep kan worden gedaan om te verhinderen dat op een Turks onderdaan strengere toelatingsvoorwaarden worden toegepast dan die welke van kracht waren ten tijde van de inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor de betrokken lidstaat.

4. Het probleem dat in immigratievoorschriften vestigingsvoorwaarden worden gesteld

62. Indien Turkse onderdanen zich niet met een beroep op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol tegen de toepassing van strengere immigratievoorwaarden kunnen verzetten, maar deze bepaling hen alleen beschermt tegen de toepassing van strengere vestigingscriteria, rijst de vraag hoe deze beginselen moeten worden toegepast op bepalingen als de in geding zijnde immigratievoorschriften van het Verenigd Koninkrijk, gelet op het feit dat deze voorschriften de beslissing over de toegang tot het Verenigd Koninkrijk voor Turkse onderdanen die er een bedrijf willen beginnen, afhankelijk stellen van voorwaarden die betrekking hebben op de economische vestiging in dat land.

63. Bij de beantwoording van deze vraag moet nogmaals worden benadrukt dat de lidstaten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht hun bevoegdheid op immigratiegebied hebben behouden en derhalve regels mogen stellen voor de eerste toelating van onderdanen van derde landen tot hun grondgebied. Voorts kunnen Turkse onderdanen, zoals ik hiervóór heb geconcludeerd, in de context van de associatieovereenkomst met Turkije alleen aanspraak maken op economische rechten nadat zij formeel tot het grondgebied van een lidstaat zijn toegelaten overeenkomstig de immigratiecriteria en procedures van dat land, en zij er legaal wonen. Omgekeerd kan op de economische rechten die Turkse onderdanen in die context eventueel kunnen worden verleend, geen beroep worden gedaan om aanspraak te maken op een recht van toegang tot een lidstaat.

64. Het is een feit dat sinds de economische stagnatie in West-Europa in de jaren zeventig het immigratiebeleid van de lidstaten ten aanzien van onderdanen van derde landen, met inbegrip van Turkse onderdanen, restrictiever is geworden. Vanuit gemeenschapsrechtelijk perspectief is deze ontwikkeling betrekkelijk oncontroversieel gebleven, gezien het feit dat het immigratiebeleid behoort tot de exclusieve bedeling van de lidstaten. In het kader van hun immigratiebeleid mogen de lidstaten, naast het toepassen van criteria verband houdend met het overheidsbeleid, criteria stellen die verband houden met het doel waarvoor toelating wordt verzocht, bijvoorbeeld studie, werk in loondienst of als zelfstandige, en toetsen of aan deze criteria wordt voldaan alvorens toegang te verlenen. Aldus kunnen zij zorgen dat niet alleen de belangen van nationaal beleid worden veiliggesteld, maar ook dat de aanvrager uit een derde land zijn of haar doelstellingen waarschijnlijk zal verwezenlijken en dat de aanvraag serieus is. In deze context is duidelijk dat een aanvraag om toelating tot een lidstaat met het oog op vestiging zorgvuldiger moet worden onderzocht dan een aanvraag om toelating als toerist, en dat deze laatste niet kan dienen als basis voor activiteiten waarvoor deze niet was bedoeld. De exclusieve bevoegdheid van de lidstaten om regels te stellen voor de immigratie van onderdanen van derde landen, houdt in dat zij het recht hebben de door hen aangelegde criteria voor de verlening van toestemming voor de toegang tot hun grondgebied aan te passen aan de hand van de eisen van hun overheidsbeleid en de ontwikkelingen in hun sociaaleconomische en demografische belangen, en ook zo nodig om deze criteria aan te scherpen.

65. Gelet op deze beginselen moet worden aanvaard dat op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol geen beroep kan worden gedaan door een Turks onderdaan om te verzekeren dat zijn of haar verzoek om toelating tot het grondgebied van een lidstaat met als doel een bedrijf te beginnen, wordt beoordeeld volgens de criteria die golden bij de inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor die lidstaat. Zou een dergelijk recht worden erkend, dan zou dit een ondermijning zijn van de door het Hof in het arrest Savas erkende exclusieve bevoegdheid van de lidstaten om regels te stellen voor de eerste toelating van Turkse onderdanen. Dit laatste omvat niet alleen de

bevoegdheid om te oordelen over een verzoek om toelating, maar ook de bevoegdheid om de beoordelingscriteria aan te passen. Op een gebied als het immigratiebeleid moet het gemeenschapsrecht worden uitgelegd en toegepast op een manier die verzekert dat bevoegdheden die de lidstaten hebben behouden, effectief kunnen worden uitgeoefend. [32]

66. Hieraan kan worden toegevoegd dat, waar het uit economisch perspectief niet uitmaakt of economische activiteiten door Turkse onderdanen in loondienst of als zelfstandige worden verricht, het onlogisch is om te stellen dat de lidstaten zich met betrekking tot de toelating van laatstgenoemden moeten houden aan een standstill-bepaling, en met betrekking tot de toelating van eerstgenoemden niet.

67. Ik realiseer mij dat deze benadering de facto betekent dat Turkse onderdanen aan strengere voorwaarden moeten voldoen om in een lidstaat een bedrijf te beginnen dan het geval was bij de inwerkingtreding van het aanvullend protocol voor de lidstaat van ontvangst. Dit is echter de onvermijdelijke uitkomst van de verdeling van bevoegdheden tussen de lidstaten en de Gemeenschap op het gebied van de immigratie. Wanneer een Turks onderdaan eenmaal is toegelaten tot het grondgebied van de lidstaat van ontvangst, kan hij of zij aanspraak maken op de bescherming van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol om zich te verzetten tegen toepassing van eventuele andere, mettertijd aangescherpte vestigingscriteria. Deze bevoegdheid is in het bijzonder relevant voor Turkse onderdanen die tot een lidstaat zijn toegelaten als werknemer en na verloop van tijd besluiten om zelf een bedrijf te beginnen en dan in aanmerking komen voor minder restrictieve vestigingsvoorwaarden. Het komt mij voor dat dit het primaire doel is van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol.

68. Deze overwegingen voeren tot de conclusie dat artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol niet van toepassing is op immigratievoorschriften als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn.

5. Afgewezen asielzoekers

69. Zou het Hof deze opvatting niet delen, dan moet vervolgens aandacht worden besteed aan het subsidiaire middel van het Verenigd Koninkrijk dat afgewezen asielzoe-

32 — Zie in dezelfde zin ook mijn conclusie van 27 april 2006 in de zaak Jia, C-1/05, punt 63.

kers niet in aanmerking dienen te komen voor een beroep op de bescherming van artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol, daar dit zou leiden tot misbruik van recht.

70. In dit verband moet erop worden gewezen dat zowel een beslissing waarbij aan een Turks onderdaan asiel wordt geweigerd, en als uitvloeisel daarvan het bevel tot uitzetting naar een andere lidstaat op grond van de communautaire asielregeling, als de beslissing waarbij aan een Turks onderdaan toegang tot het grondgebied met als doel vestiging wordt geweigerd, uitsluitend berusten op het nationale recht. Artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol regelt enkel, aan de hand van welk recht ratione temporis laatstgenoemde beslissing moet worden genomen. Het opent geen zelfstandig recht van vestiging.

71. Zonder dat behoeft te worden ingegaan op de vraag of de poging van Tum en Dari om zich te beroepen op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol moet worden gezien als misbruik van recht, zo het Hof zou beslissen dat zij met deze bepaling in de hand aanspraak kunnen maken op beoordeling van hun aanvragen naar de immigratievoorschriften van 1973, dan zou dit — althans vanuit gemeenschapsrechtelijk perspectief — op geen enkele manier de geldigheid van de oorspronkelijke beslissing van de immigratiedienst van het Verenigd Koninkrijk op hun asielaanvraag aantasten.

72. Zelfs als zij aan de criteria van de immigratievoorschriften van 1973 voldoen, moet niet worden vergeten dat zij daaraan alleen konden voldoen dankzij de activiteiten die zij hebben verricht in de tijd dat zij nog niet formeel tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk waren toegelaten en hun verblijf illegaal was. Een feitelijke situatie die in dergelijke omstandigheden van illegaal verblijf in het leven is geroepen, kan mijns inziens geen toereikende grondslag vormen voor het ontstaan van een economisch recht van vestiging of een recht op beoordeling van verzoeken om toegang tot de nationale markten volgens gunstiger nationale bepalingen die inmiddels zijn vervangen. Verzoeken om toestemming om een lidstaat binnen te komen met als doel een bedrijf te beginnen, ingediend door Turkse onderdanen die voordien in die lidstaat zijn binnengekomen dan wel daar hebben verbleven in strijd met de nationale immigratiewetgeving, moeten op gelijke voet worden behandeld als vergelijkbare verzoeken die zijn ingediend door andere Turkse onderdanen die toegang verzoeken in overeenstemming met die nationale immigratievoorschriften. Wat de verenigbaarheid van deze opvatting met het arrest Savas betreft, verwijs ik naar mijn opmerkingen in punt 49.

VI — Conclusie

73. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vraag van het House of Lords als volgt te beantwoorden:

„Artikel 41, lid 1, van het op 23 november 1970 te Brussel ondertekende aanvullend protocol bij de associatieovereenkomst belet een lidstaat niet om na de datum waarop dat protocol in die lidstaat van kracht is geworden, nieuwe beperkingen te stellen aan de voorwaarden en de procedure voor toegang tot zijn grondgebied van Turkse onderdanen die voornemens zijn, in die lidstaat een bedrijf op te richten."