FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 12 september 2006[1] [1]

I — Inledning

1. Enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet från 1970 till associeringsavtalet mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen och Turkiet från 1963 är det förbjudet att införa nya begränsningar av etableringsrätten och den fria handeln med tjänster mellan avtalsparterna. Den centrala fråga som skall avgöras i detta mål är huruvida denna bestämmelse också utgör hinder för att medlemsstaterna inför mer begränsande villkor för turkiska medborgares inresa till deras nationella område än de som gällde när denna bestämmelse trädde i kraft för den berörda medlemsstaten.

1 — Originalspråk: engelska.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

2. Avtalet mellan Republiken Turkiet samt medlemsstaterna i EEG och gemenskapen ingicks, godkändes och bekräftades för gemenskapens räkning genom rådets beslut 64/732/EEG av den 23 december 1963.[2] Tilläggsprotokollet till associeringsavtalet undertecknades i Bryssel den 23 november 1970 och ingicks, godkändes och bekräftades för gemenskapens räkning genom rådets förordning (EEG) nr 2760/72 av den 19 december 1972.[3]

3. Artikel 13 i associeringsavtalet innehåller följande allmänna bestämmelse om etable-

2 — EGT 217, 1964, s. 3685.

3 — EGT L 293, s. 1; svensk specialutgåva, område 11, volym 1, s. 130.

ringsfriheten mellan medlemsstaterna och Turkiet:

"De avtalsslutande parterna skall vägledas av artiklarna 52–56 och 58 i Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen för att undanröja inskränkningar i etableringsfriheten mellan sig." [4]

4. Artikel 41 i tilläggsprotokollet har följande lydelse:

"1. De fördragsslutande parterna får inte sinsemellan införa nya begränsningar av etableringsrätten och den fria handeln med tjänster.

2. Associeringsrådet skall i enlighet med principerna i artiklarna 13 och 14 i associeringsavtalet fastställa tidsplanen för och den närmare utformningen av de fördragsslutande parternas gradvisa avskaffande av begränsningarna av etableringsrätten och den fria handeln med tjänster mellan parterna.

Associeringsrådet skall vid fastställande av tidsplanen för och den närmare utformningen av bestämmelserna för de olika typerna av verksamheter ta hänsyn till de motsvarande bestämmelser som gemenskapen redan har antagit på dessa områden, samt den särskilda ekonomiska och sociala situationen i Turkiet. De verksamheter som i särskilt hög grad bidrar till utveckling av produktion och handel skall prioriteras."

Associeringsrådet har ännu inte vidtagit de åtgärder som föreskrivs i artikel 41.2 i tilläggsprotokollet.

B — *Nationell lagstiftning*

5. Section 11.1 i Immigration Act 1971 (1971 års utlänningslag) har följande lydelse:

"En person som anländer till Förenade kungariket med fartyg eller luftfartyg skall i denna lag inte anses ha rest in i Förenade kungariket, med mindre och fram till dess att han lämnar fartyget eller luftfartyget, och den som lämnar ett fartyg eller ett luftfartyg i en hamn eller på en flygplats skall inte anses ha rest in i Förenade kungariket så länge som han uppehåller sig inom det område (om ett sådant finns) i hamnen eller på flygplatsen

4 — Eftersom EG-fördraget har omnumrerats till följd av Amsterdamfördraget, hänvisar denna bestämmelse numera till artiklarna 43–46 och 48 EG.

som kan ha godkänts för detta ändamål av en tjänsteman vid utlänningsmyndigheten. En person som inte på annat sätt har rest in i Förenade kungariket skall inte betraktas som inrest, så länge som han hålls i förvar, innehar tillfälligt inresetillstånd eller är tillfälligt frigiven i enlighet med vad som stadgas i bilaga 2 till denna lag eller del III i Immigration and Asylum Act 1999 [1999 års lag om invandring och asyl]."

6. Den 1 januari 1973, den dag då Förenade kungariket anslöt sig till Europeiska gemenskapen, återfanns de relevanta bestämmelserna om invandring vad gäller etablering av verksamhet och tillhandahållande av tjänster i Statement of Immigration Rules for Control on Entry (HC 509), som hade lagts fram för parlamentet den 23 oktober 1972 (nedan kallade 1973 års bestämmelser om invandring). Begäran om förhandsavgörande innehåller en sammanfattning av bestämmelserna. I punkt 30 i 1973 års bestämmelser om invandring föreskrivs (under rubriken "näringsidkare") att passagerare som inte kan uppvisa ett inresevisum, men som ändå synes uppfylla villkoren i någon av de två nedanstående punkterna skall beviljas inresa för högst två månader, förenat med ett förbud mot att ta anställning, och skall uppmanas att lämna in sitt ärende till Home Office (inrikesministeriet). I punkt 31 föreskrivs att sökanden skall ha tillräckliga medel att placera i en verksamhet, om en sådan redan är etablerad, och skall kunna bära sin andel av eventuella förluster. I samma punkt föreskrivs att han skall kunna försörja sig själv och de personer som är beroende av honom, att han aktivt skall delta i driften av verksamheten och andra liknande villkor. I punkt 32 föreskrivs att sökanden, om han önskar etablera en verksamhet i eget namn, måste visa att han kommer att föra in tillräckliga medel i landet för att etablera en verksamhet som har realistiska förutsättningar att försörja honom och de personer som är beroende av honom utan att han behöver ta en anställning som kräver arbetstillstånd.

7. De nuvarande bestämmelserna om personer som ansöker om inresetillstånd till Förenade kungariket i syfte att starta en verksamhet återfinns i HC 395 (nedan kallade de nuvarande bestämmelserna om invandring). I punkterna 201–205 föreskrivs följande krav:

"201. En person som ansöker om inresetillstånd till Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet måste visa i) att han uppfyller kraven i antingen punkt 202 eller 203, ii) att han har minst 200 000 pund sterling i egna pengar, som han själv kontrollerar och kan disponera i Förenade kungariket, och som han har i sitt eget namn och inte i en fond eller investerade på annat sätt, och som han kommer att investera i sin verksamhet i Förenade kungariket, iii) att han har tillräckliga ytterligare medel för att, fram till dess att han får inkomst från sin verksamhet, kunna försörja sig själv och de personer som är beroende av honom utan att arbeta (förutom i den egna verksamheten) och utan att ta offentliga medel i anspråk, iv) att han på heltid aktivt kommer att bedriva handel eller tillhandahålla tjänster för egen

räkning eller i ett handelsbolag, eller marknadsföra och leda verksamheten i egenskap av styrelseledamot, v) att hans ekonomiska investering kommer att stå i proportion till hans intressen i verksamheten, vi) att han kommer att ha en aktieandel eller motsvarande som ger honom kontroll över verksamheten, så att ett eventuellt delägarskap eller en styrelseplats inte utgör ett förtäckt anställningsförhållande, vii) att han kommer att kunna bära sin andel av eventuella skulder, viii) att det finns ett verkligt behov av hans investering och tjänster i Förenade kungariket, ix) att hans andel av vinsten från verksamheten kommer att vara tillräcklig för att han skall kunna försörja sig själv och de personer som är beroende av honom utan att arbeta (förutom i den egna verksamheten) och utan att ta offentliga medel i anspråk, x) att han inte avser att komplettera sina inkomster genom att söka annan anställning i Förenade kungariket än det arbete han utför i verksamheten, och xi) att han har ett giltigt inresevisum till Förenade kungariket i denna egenskap.

202. När en person har för avsikt att ta över, eller gå med som delägare eller styrelseledamot i en befintlig verksamhet i Förenade kungariket måste han, förutom att uppfylla kraven i punkt 201, tillhandahålla i) en skriftlig redogörelse för de villkor på vilka han kommer att ta över eller gå med i verksamheten, och ii) reviderade räkenskaper för verksamheten för tidigare år, samt iii) bevis för att hans tjänster och investeringar kommer att leda till en nettoökning av den sysselsättning som företaget erbjuder här bosatta personer, motsvarande minst två nya heltidsarbeten.

203. När en person har för avsikt att etablera en ny verksamhet i Förenade kungariket måste han, förutom att uppfylla kraven i punkt 201 tillhandahålla bevis för i) att han kommer att föra in tillräckliga egna medel i landet för att etablera en verksamhet, och ii) att verksamheten kommer att skapa betald heltidssysselsättning för minst två personer som redan är bosatta i Förenade kungariket.

Inresetillstånd till Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet

204. En person som ansöker om inresetillstånd till Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet i landet kan beviljas sådant tillstånd för en period som inte överskrider tolv månader, förenat med ett villkor som inskränker hans rätt att ta anställning, under förutsättning att han vid ankomsten för en tjänsteman vid utlänningsmyndigheten kan uppvisa ett giltigt inresevisum till Förenade kungariket i denna egenskap.

Avslag på ansökan om inresetillstånd till Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet

205. En ansökan om inresetillstånd till Förenade kungariket som inges av en person som önskar utöva verksamhet i landet skall avslås om vederbörande inte kan visa upp ett

giltigt inresevisum till Förenade kungariket i denna egenskap för en tjänsteman vid utlänningsmyndigheten vid ankomsten."

III — Bakgrund och förfarande

8. Eftersom omständigheterna i målen Tum och Dari i stort sett är likadana, är det lämpligt att redogöra för dem tillsammans.

9. Veli Tum och Mehmet Dari, som båda är turkiska medborgare, anlände till Förenade kungariket den 29 november 2001 respektive den 1 oktober 1998. Båda två beviljades tillfälligt inresetillstånd enligt Section 11 i Immigration Act 1971, förenat med begränsningar av rätten att ta anställning (Veli Tum) respektive förbud mot att ta anställning (Mehmet Dari). Båda ansökte om asyl i Förenade kungariket. Deras ansökningar avslogs emellertid av Secretary of State och det beslutades att de skulle utvisas enligt Dublinkonventionen [5] till de medlemsstater där de först hade ansökt om asyl, det vill säga Tyskland (Veli Tum) och Frankrike (Mehmet Dari). Deras försök att få dessa beslut prövade av domstol var utan framgång.

10. Under sin vistelse i Förenade kungariket startade Mehmet Dari en egen pizzeria i Herne Bay i Kent. Den 30 september 2002 lämnade han in en ansökan till utlänningsmyndigheterna om inresetillstånd till Förenade kungariket så att han kunde fortsätta i sin verksamhet. Veli Tum ansökte likaså om inresetillstånd till Förenade kungariket för att starta en städfirma i norra London. Eftersom de hade tillfälligt inresetillstånd till Förenade kungariket enligt Section 11 i Immigration Act 1971, och de således inte formellt hade kommit till Förenade kungariket för att invandra, baserade de sina ansökningar på associeringsavtalet och tilläggsprotokollet och begärde att deras ansökningar skulle prövas med stöd av 1973 års bestämmelser om invandring.

11. Efter att ha prövat ärendet enligt de nuvarande bestämmelserna om invandring i stället för enligt 1973 års bestämmelser om invandring avslog Secretary of State den 12 maj 2003 Veli Tums ansökan om inresetillstånd till Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet, och angav att åtgärder skulle vidtas för att så snart som möjligt sända honom tillbaka till Tyskland. Mehmet Daris ansökan avslogs på samma grunder. Veli Tum erhöll ett beslut om att utvisningsbeslutet tills vidare inte fick verkställas.

5 — Konvention rörande bestämmandet av den ansvariga staten för prövningen av en ansökan om asyl som framställts i en av medlemsstaterna i de Europeiska gemenskaperna, undertecknad i Dublin den 15 juni 1990 (nedan kallad Dublinkonventionen) (EGT C 254, 1997, s. 1). Denna konvention har ersatts genom rådets förordning (EG) nr 343/2003 av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat (EGT L 50, s. 1).

12. Både Veli Tum och Mehmet Dari ansökte om att deras respektive ärenden skulle prövas i domstol. Deras ärenden prövades tillsammans av High Court of Justice, Queen"s Bench Division, som dömde till deras fördel genom dom av den 19 november 2003. I domstolens beslut angavs att Veli Tum och Mehmet Dari hade rätt att åberopa den så kallade standstill-klausulen i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet och att begära att deras ansökningar om inresa till Förenade kungariket i egenskap av näringsidkare skulle prövas med stöd av de bestämmelser om invandring som var i kraft den dag då Förenade kungariket anslöt sig till gemenskapen, det vill säga den 1 januari 1973.

13. Detta beslut fastställdes av Court of Appeal genom dom av den 24 maj 2004.

14. Den 9 juli 2004 lämnade Secretary of State in en ansökan till House of Lords om prövningstillstånd beträffande domarna från Court of Appeal i de förenade målen. Efter en muntlig förhandling den 27 oktober 2004 beslutade Appellate Committee (överklagandenämnden) vid House of Lords att enligt artikel 234 EG begära ett förhandsavgörande från domstolen om följande tolkningsfråga:

"Skall artikel 41.1 i [det tilläggsprotokoll till avtalet] om upprättande av en associering som undertecknades i Bryssel den 23 november 1970 tolkas så att det utgör hinder för en medlemsstat att, sedan nämnda protokoll trädde i kraft i den medlemsstaten, införa ytterligare inskränkningar i de villkor och förfaranden som gäller för inresa till dess territorium för en turkisk medborgare som önskar etablera sig som näringsidkare i den medlemsstaten?"

15. Veli Tum, Mehmet Dari, den slovakiska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Veli Tum, Mehmet Dari, Förenade kungarikets regering, den nederländska regeringen och kommissionen utvecklade sina synpunkter vid förhandlingen den 18 maj 2006.

16. Veli Tum och Mehmet Dari, den slovakiska regeringen och kommissionen anser att tolkningsfrågan från House of Lords bör besvaras jakande. Förenade kungarikets regering och den nederländska regeringen är av motsatt åsikt och har yrkat att domstolen skall besvara frågan nekande.

IV — Sammanfattning av parternas argument

17. Veli Tum och Mehmet Dari har för det första hävdat att standstill-klausulen i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte endast är

tillämplig på villkoren för etablering som sådan, utan också på villkoren för vistelse och inresa. I gemenskapsrätten betraktas de sist nämnda som en nödvändig följd av etableringsfriheten. [6] Veli Tum och Mehmet Dari inser att denna klausul inte ger turkiska medborgare en direkt rätt att etablera sig eller resa in i en medlemsstat. De har emellertid hävdat att enligt denna klausul bör deras ansökan om inresetillstånd till Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet bedömas på grundval av nationell rätt i dess lydelse den dag då Förenade kungariket blev part i tilläggsprotokollet, det vill säga den 1 januari 1973.

18. Veli Tum och Mehmet Dari har hävdat att domstolen redan i domen i målet Savas [7] klargjorde att turkiska medborgare, också sådana som vistas fullständigt olagligt i Förenade kungariket, kan åberopa den direkt tillämpliga standstill-klausulen i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet. De har påpekat att domstolen i det målet inte behövde pröva frågan om inresa, eftersom Abdulnasir Savas redan hade rest in lagligt, även om det var olagligt av honom att stanna kvar i Förenade kungariket. Domstolen behövde därför endast bedöma under vilka villkor Abdulnasir Savas kunde tillåtas stanna kvar och utöva sin verksamhet i Förenade kungariket.

19. Till ytterligare stöd för sitt första argument beträffande räckvidden av artikel 41.1 i tilläggsprotokollet har Veli Tum och Mehmet Dari påpekat att det till skillnad från liknande standstill-klausuler [8] inte finns något i denna artikels ordalydelse som antyder att tillämpningen begränsar sig till villkoren för vistelse och etablering och inte omfattar villkoren för inresa. Standstill-klausulen vore meningslös om medlemsstaterna i strid med associeringsavtalets syften tilläts göra det svårare eller till och omöjligt att resa in på deras område. De har betonat att denna tolkning av artikel 41.1 inte påverkar medlemsstaternas befogenheter avseende invandringen av turkiska medborgare. Den ger bara helt enkelt de turkiska medborgarna den ställning de skulle ha haft vid den tidpunkt när medlemsstaten blev part i tilläggsprotokollet, såsom det föreskrivs i standstill-klausulen.

20. Slutligen har Veli Tum och Mehmet Dari, som svar på Förenade kungarikets påstående att skyddet i artikel 41.1 inte bör

6 — De har hänvisat till domstolens dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (REG 1976, s. 497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 73), punkt 50, av den 20 maj 1992 i mål C-106/91, Ramrath (REG 1992, s. I-3351; svensk specialutgåva, volym 12, s. I-101), punkt 17, av den 12 december 1990 i de förenade målen C-100/89 och C-101/89, Kaefer och Procacci (REG 1990, s. I-4647, [fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå]), punkt 15, och av den 27 september 2001 i mål C-257/99, Barkoci och Malik (REG 2001, s. I-6557), punkt 44.

7 — Dom av den 11 maj 2000 i mål C-37/98, Savas (REG 2000, s. I-2927).

8 — De har hänvisat till artikel 13 i associeringsrådets beslut nr 1/80 av den 19 september 1980 om utveckling av associeringen, som har följande lydelse: "Gemenskapens medlemsstater och Turkiet får inte införa nya begränsningar så vitt avser villkoren för tillträde till anställning för arbetstagare och deras familjemedlemmar *som har erhållit uppehålls- och arbetstillstånd* inom respektive lands område *i enlighet med gällande lagstiftning*" [min kursivering] (nedan kallat beslut nr 1/80).

utvidgas till personer som har fått avslag på sin asylsökan (se nedan punkt 25), påpekat att även om de fysiskt befinner sig i Förenade kungariket, har de enligt Section 11 i Immigration Act 1971 inte formellt rest in i Förenade kungariket. Frågan om huruvida de kan utvisas till en annan medlemsstat eller inte i enlighet med Dublinkonventionen saknar relevans för svaret på tolkningsfrågan från House of Lords. Frågan gäller endast vilka bestämmelser som är tillämpliga på Veli Tums och Mehmet Daris ansökningar om inresetillstånd i syfte att utöva verksamhet.

21. Den slovakiska regeringen och kommissionen stöder i det stora hela Veli Tums och Mehmet Daris argument. De har båda hävdat att eftersom artikel 41.1 i tilläggsprotokollet utgör hinder för att medlemsstaterna gör det svårare för turkiska medborgare att etablera verksamhet än det var den dag då protokollet trädde i kraft för medlemsstaten i fråga, får de inte motverka etableringsrätten genom att införa nya begränsningar avseende uppehållsrätten och rätten till inresa, eftersom dessa rättigheter inte kan åtskiljas från etableringsrätten.

22. Kommissionen har påpekat att eftersom domstolen i målet Savas bedömde att standstill-klausulen i artikel 41.1 kan åberopas av en person som har rest in på lagligt sätt, men som vistas olagligt i en medlemsstat, vore det paradoxalt om den inte omfattade en person som på vederbörligt sätt har ansökt om inresevisum medan han befann sig i Turkiet. Kommissionen har tillagt att en person som har ansökt om inresetillstånd som turist medan han egentligen hade för avsikt att etablera verksamhet när han väl har kommit in i medlemsstaten i fråga inte kan åberopa det skydd som avtalet ger. Ett sådant bedrägligt syfte är emellertid mycket svårt eller till och med omöjligt att bevisa.

23. Kommissionen har påpekat att även om domstolen har slagit fast att beslut nr 1/80 inte påverkar medlemsstaternas befogenhet att reglera turkiska arbetstagares första inresa på deras område, innebär inte detta att associeringsavtalet eller tilläggsprotokollet inte i något fall skulle kunna påverka medlemsstaternas befogenhet att reglera turkiska medborgares inresa på deras område. I själva verket har medlemsstaternas befogenhet att kontrollera den första inresan för turkiska medborgare begränsats. Även om detta resultat måste betraktas som oundvikligt, anser kommissionen att domstolen bör avgränsa sitt svar till sådana begränsningar som inte kan åtskiljas från etableringsrätten, för att undvika att i onödan inkräkta på medlemsstaternas rätt att reglera turkiska medborgares första inresa på deras område.

24. Förenade kungarikets regering har för det första hävdat att enligt domstolens fasta rättspraxis får medlemsstaterna fortfarande bestämma sina egna villkor för turkiska medborgares första inresa på deras respektive område. Associeringsavtalet och tilläggsprotokollet är inte avsedda att ge turkiska medborgare en etableringsrätt som är att jämställa med den som medborgare i EU har. Genom utövande av denna befogenhet hade Förenade kungariket laglig rätt att ändra villkoren för turkiska medborgares inresa till Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet, även om ändringen har gjort det svårare att komma in i Förenade kungariket än det var den 1 januari 1973. Detta påstående grundar sig på domen i målet Savas, där domstolen slog fast att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet endast reglerar de villkor som medlemsstaterna tillämpar på dem som önskar etablera en verksamhet när de väl har rest in lagligt till en medlemsstat och att denna bestämmelse inte inkräktar på medlemsstaternas frihet att bestämma villkoren för den första inresan.

25. Förenade kungariket har alternativt hävdat att om domstolen finner att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet faktiskt förbjuder medlemsstaterna att införa nya begränsningar för inresa till deras område för turkiska medborgare som avser utöva verksamhet där, är detta inte tillämpligt på personer som, efter att ha fått avslag på en asylansökan, har ansökt om att få stanna kvar och utöva verksamhet, men som skall sändas tillbaka till en annan medlemsstat enligt Dublinkonventionen eller därav följande lagstiftning. Förenade kungarikets regering har i detta sammanhang påpekat att Veli Tum och Mehmet Dari åberopade sina påstådda rättigheter enligt artikel 41.1 först när de hotades av utvisning till Frankrike och Tyskland. Om personer under sådana omständigheter tilläts åberopa skydd från att utvisas enligt Dublinkonventionen skulle det vara möjligt för asylsökande att kringgå det gemensamma europeiska asylsystemet. Detta skulle utgöra rättsmissbruk, eftersom en asylsökande då skulle kunna åtnjuta rättigheter enligt gemenskapsrätten genom att olagligt resa in i och vistas i en medlemsstat.

26. Den nederländska regeringen anser också att rättigheterna enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet endast kan åberopas av turkiska medborgare som har följt nationella invandringsbestämmelser avseende inresa och vistelse. Om personer som har rest in olagligt i en medlemsstat och därefter har startat en verksamhet gavs skydd enligt artikel 41.1, skulle det undergräva effektiviteten i den nationella utlänningslagstiftningen, som fortfarande hör till medlemsstaternas befogenhetsområde. Vidare skulle gemenskapens asylsystem berövas sin effektivitet. Den nederländska regeringen anser att även om Veli Tum och Mehmet Dari hade återvänt till Turkiet och lämnat in en ny ansökan om inresetillstånd till Förenade kungariket med stöd av den ekonomiska

verksamhet de utövat under sin olagliga vistelse, skulle de ändå inte kunna åberopa artikel 41.1 i tilläggsprotokollet. Om de tilläts åberopa den artikeln skulle den nationella utlänningslagstiftningens effektivitet och trovärdighet hotas.

V — Bedömning

27. Såsom redan anges i inledningen till detta förslag till avgörande är den grundläggande fråga som skall besvaras i detta mål huruvida artikel 41.1 i tilläggsprotokollet, som förbjuder införande av nya begränsningar av etableringsrätten och den fria handeln med tjänster från och med det att tilläggsprotokollet har trätt i kraft för den berörda medlemsstaten, även utgör hinder för att medlemsstaterna inför mer begränsande villkor för inresa för turkiska medborgare.

28. Samtliga parter har i sina yttranden hänvisat till domstolens dom i målet Savas [9] som stöd för sina diametralt motsatta åsikter om huruvida denna fråga bör besvaras jakande eller nekande. Det är därför nödvändigt att först ge en sammanfattning av de huvudsakliga sakomständigheterna och domstolens dom i det målet.

A — *Målet Savas*

29. Abdulnasir Savas, [10] en turkisk medborgare, tilläts resa in i Förenade kungariket i egenskap av turist under en månad. Hans inresevisum var förenat med ett uttryckligt förbehåll enligt vilket han förbjöds att inneha anställning, bedriva affärsverksamhet eller vara verksam som egenföretagare. Trots att giltighetstiden för hans visum löpte ut lämnade Savas inte Förenade kungariket, vilket utgjorde ett brott mot den nationella utlänningslagstiftningen. Några år senare startade han ett konfektionsföretag för skjortor utan att ha ansökt om tillstånd att arbeta eller vara verksam som egenföretagare. Efter att ha drivit denna verksamhet en tid lämnade han in en ansökan till de nationella utlänningsmyndigheterna för att legalisera sin vistelse. Hans ansökan om uppehållstillstånd avslogs emellertid och det beslutades att han skulle utvisas. Abdulnasir Savas överklagade beslutet, men överklagandet ogillades.

30. Efter att till en början ha baserat sina ansökningar endast på nationell rätt, åberopade Abdulnasir Savas sedan artikel 41.1 i tilläggsprotokollet och krävde att hans ställning skulle bedömas med stöd av 1973 års bestämmelser om invandring. Denna argumentation underkändes av utlänningsmyndigheterna med hänvisning till att han, när han lämnade in sin ansökan om legalisering av vistelsen i Förenade kungariket, inte

9 — Se ovan fotnot 7.

10 — Abdulnasir Savas reste egentligen till Förenade kungariket tillsammans med sin hustru. För att förenkla redogörelsen har jag emellertid beskrivit sakomständigheterna i singularis.

längre hade uppehållstillstånd där och därför inte kunde omfattas av 1973 års bestämmelser om invandring. Abdulnasir Savas väckte då talan vid Queen's Bench Division vid High Court of Justice. Denna domstol ville få klarhet i huruvida associeringsavtalet medför rättigheter för utlänningar som, i likhet med Abdulnasir Savas, rättsstridigt befinner sig i en medlemsstat. Den beslutade därför att hänskjuta flera tolkningsfrågor till domstolen om den direkta effekten av artikel 41 i tilläggsprotokollet och räckvidden av det skydd som medges enligt den bestämmelsen.

31. Med avseende på förevarande mål räcker det att endast hänvisa till domstolens bedömning avseende räckvidden av artikel 41.1 i tilläggsprotokollet. För fullständighetens skull skall jag emellertid påpeka att domstolen inte hade några svårigheter att slå fast att denna bestämmelse faktiskt kan åberopas vid förfaranden i de nationella domstolarna. [11]

32. När det gäller räckvidden av artikel 41.1 i tilläggsprotokollet hade Abdulnasir Savas först, i sitt skriftliga yttrande, hävdat att denna bestämmelse gav honom en direkt rätt att etablera sig och följaktligen uppehålla sig i landet, oaktat det faktum att han hade startat en verksamhet i Förenade kungariket i strid mot landets utlänningslagstiftning. Vid förhandlingen övergav han emellertid denna argumentering och hävdade i stället att denna bestämmelse gav honom rätt att vända sig till en nationell domstol för att få veta huruvida de bestämmelser som hade tillämpats på honom var mer restriktiva i fråga om etableringsfrihet och rätten till vistelse än de som gällde när tilläggsprotokollet trädde i kraft för Förenade kungariket. Domstolen prövade båda argumenten i sin dom.

33. Det första av de argument som hade framförts av Abdulnasir Savas föranledde domstolen att upprepa de grundläggande principer som den har slagit fast i sin fasta rättspraxis avseende turkiska arbetstagare. Dessa grundläggande principer är att

— "bestämmelserna om associeringen mellan EEG och Turkiet, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att reglera både turkiska medborgares inresa i respektive stat och villkoren för deras första anställning utan enbart innebär en reglering av situationen för de turkiska arbetstagare som redan är vederbörligen integrerade på arbetsmarknaden i en medlemsstat", [12]

— "turkiska arbetstagare, i motsats till medborgare i medlemsstaterna, inte har rätt att röra sig fritt inom gemen-

11 — Punkterna 46–54 i domen.

12 — Punkt 58 i domen.

skapen utan enbart åtnjuter vissa rättigheter i den värdmedlemsstat som de lagligen har rest in i och där de har haft reguljär anställning under en bestämd tid", [13]

— "för att inte rätten att inträda på arbetsmarknaden och inneha en anställning skall fråntas all verkan, medför med nödvändighet de rättigheter som turkiska medborgare ... åtnjuter vad gäller anställning att de berörda personerna har en häremot svarande rätt till vistelse", [14]

— "en turkisk medborgare innehar en reguljär anställning i värdmedlemsstaten om han befinner sig i en varaktig och inte endast tillfällig situation på arbetsmarknaden i nämnda medlemsstat, vilket förutsätter en oomtvistad rätt till vistelse", [15]

— "de anställningsperioder som en turkisk medborgare har fullgjort på grundval av ett uppehållstillstånd som han har beviljats på grund av vilseledande uppgifter från hans sida, vilket har gett upphov till fällande dom, inte grundas på en varaktig situation utan endast skall anses vara av tillfällig art, eftersom den berörde under de aktuella tidsperioderna inte hade något giltigt uppehållstillstånd ... [D]et ... är uteslutet att en anställning som en turkisk medborgare innehar på grundval av ett uppehållstillstånd som har erhållits till följd av ett sådant vilseledande skulle kunna ge upphov till rättigheter för honom". [16]

34. Domstolen konstaterade vidare att "dessa principer, som har slagits fast vid tolkningen av de bestämmelser om associeringen mellan EEG och Turkiet som syftar till att stegvis genomföra den fria rörligheten för turkiska arbetstagare inom gemenskapen, på samma sätt måste gälla även i fråga om de bestämmelser i nämnda associering som avser etableringsrätten". [17]

35. Domstolen slog i detta sammanhang fast att "den så kallade standstill-klausulen i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte i sig ger en turkisk medborgare rätt att etablera sig och en därav följande rätt till vistelse." [18]

36. Domstolen slog vidare fast att "[en] turkisk medborgares första inresa i en

13 — Punkt 59 i domen.
14 — Punkt 60 i domen.
15 — Också punkt 60 i domen.
16 — Punkterna 61 och 62 i domen.
17 — Punkt 63 i domen.
18 — Punkt 64 i domen.

medlemsstat regleras ... uteslutande av den nationella rätten i denna stat, och den berörde kan åberopa gemenskapsrätten för att göra gällande vissa rättigheter i fråga om innehav av anställning eller bedrivande av verksamhet som egenföretagare och, följaktligen, i fråga om vistelse endast om han uppehåller sig lagligt i den berörda medlemsstaten". [19]

37. Mot bakgrund av sin immigrationsstatus kunde Abdulnasir Savas inte åberopa en direkt rätt till etablering eller vistelse enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet.

38. Som svar på Abdulnasir Savas andra argument erinrade domstolen om att den hade funnit att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet ger enskilda personer rättigheter som de nationella domstolarna skall säkerställa och att denna bestämmelse "utgör hinder för att en medlemsstat antar nya bestämmelser som syftar till eller har till verkan att föreskriva mer restriktiva villkor för en turkisk medborgares etablering och, följaktligen, vistelse i denna stat, än de som gällde när tilläggsprotokollet trädde i kraft i förhållande till den berörda medlemsstaten". [20] Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida detta är fallet.

39. Domstolen sammanfattade sina konstateranden beträffande räckvidden av artikel 41.1 i tilläggsprotokollet på följande sätt:

— "Artikel 41.1 i tilläggsprotokollet ger inte i sig en turkisk medborgare rätt att etablera sig och, följaktligen, rätt att uppehålla sig i den medlemsstat där han har stannat kvar och varit verksam som egenföretagare i strid med den nationella immigrationslagstiftningen.

— Artikel 41.1 i tilläggsprotokollet innebär däremot förbud mot att införa nya nationella inskränkningar i turkiska medborgares etableringsfrihet och rätt att uppehålla sig efter det att nämnda protokoll har trätt i kraft i värdmedlemsstaten. Det ankommer på den nationella domstolen att tolka den nationella rätten i syfte att fastställa huruvida de nationella föreskrifter som har tillämpats på sökanden i målet vid den nationella domstolen är mindre fördelaktiga än de som var tillämpliga när tilläggsprotokollet trädde i kraft." [21]

19 — Punkt 65 i domen.

20 — Punkt 69 i domen.

21 — Punkt 71 tredje och fjärde strecksatsen i domen.

B — *Bedömning*

1. Frågor som lämnades öppna i målet Savas

40. Som det anges ovan har Veli Tum och Mehmet Dari samt kommissionen och den slovakiska regeringen tolkat domstolens dom i målet Savas som att en turkisk medborgare kan åberopa artikel 41.1 i tilläggsprotokollet för att försäkra sig om att de bestämmelser om etablering som var tillämpliga när tilläggsprotokollet trädde i kraft för Förenade kungariket tillämpas på hans situation, oberoende av om han vistas lagligt på den berörda medlemsstatens territorium eller inte. I sina yttranden har de hävdat att bestämmelserna om etablering ovillkorligen omfattar villkoren för inresa till medlemsstaten i fråga. Att domstolen inte hänvisade till villkoren för inresa i domen i målet Savas kan förklaras med att Abdulnasir Savas hade rest in lagligt i Förenade kungariket. De har hävdat att domstolens uttalanden om medlemsstaternas befogenheter avseende turkiska medborgares första inresa måste ses som domstolens svar på Abdulnasir Savas första argument i det skriftliga yttrandet och att de inte har någon betydelse för domstolens svar på Abdulnasir Savas andra argument.

41. Förenade kungarikets regering har däremot, liksom den nederländska regeringen, inriktat sig på den betoning som domstolen lade vid medlemsstaternas exklusiva befogenhet att besluta om turkiska medborgares första inresa till deras område. En turkisk medborgare har rätt att åberopa skydd enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet endast om han har beviljats inresa i enlighet med de bestämmelser om invandring som var i kraft vid tidpunkten för hans ansökan om inresetillstånd. Förenade kungarikets regering har påpekat att domstolen i punkt 69 i domen i målet Savas (se ovan punkt 38) beträffande räckvidden för artikel 41.1 endast hänvisade till etableringsrätten och den därav följande rätten till vistelse och inte i detta sammanhang nämnde villkoren för inresa.

42. Det faktum att samtliga intervenienter har åberopat domen i målet Savas till stöd för uppenbarligen oförenliga ståndpunkter är inte överraskande, eftersom domstolens konstateranden i denna dom förefaller motsäga varandra. Å ena sidan har domstolen betonat medlemsstaternas exklusiva befogenhet att reglera turkiska medborgares första inresa i respektive stat och har bekräftat att turkiska medborgare kan åberopa rätten till anställning eller verksamhetsetablering endast om de vistas lagligt i den berörda medlemsstaten. Å andra sidan har domstolen bedömt att en turkisk medborgare kan åberopa artikel 41.1 i tilläggsprotokollet för att försäkra sig om att de villkor för etablering och vistelse som tillämpas på honom inte är mer restriktiva än de som gällde vid den tidpunkt då tilläggsprotokollet trädde i kraft i värdmedlemsstaten, även om den turkiska medborgaren i fråga vistas olagligt i medlemsstaten. Om en turkisk medborgare kan åberopa

etableringsrätten enligt nationell rätt endast om han vistas lagligt i medlemsstaten i fråga, kan man fråga sig varför han skall ha rätt att få sin ansökan prövad enligt äldre, mer generösa bestämmelser även om hans vistelse i medlemsstaten strider mot den nationella utlänningslagstiftningen?

43. Det är under alla omständigheter klart att domstolen i målet Savas inte uttryckligen behandlade den exakta frågan om huruvida turkiska medborgare kan åberopa artikel 41.1 i tilläggsprotokollet för att beviljas *inresa* till en medlemsstat i syfte att utöva verksamhet. Problemet i det målet var att Abdulnasir Savas efter att ha rest in lagligt till Förenade kungariket med turistvisum, hade *stannat kvar* där, vilket stred mot den nationella utlänningslagstiftningen. Veli Tum och Mehmet Dari däremot har inte ännu, trots att de fysiskt befinner sig i Förenade kungariket, rest in i medlemsstaten i juridisk mening: de har endast tillfälligt inresetillstånd.

44. Intervenienternas båda synsätt svarar mot två distinkta, men med varandra relaterade frågor som gäller tolkningen av artikel 41.1 i tilläggsprotokollet och som lämnades öppna i domstolens dom i målet Savas:

1) Är ett villkor för att åberopa skydd enligt denna bestämmelse att den turkiska medborgaren i fråga har rest in lagligt i den berörda medlemsstaten?

2) Omfattar begreppet "etableringsrätt" i denna bestämmelse villkoren för inresa till en medlemsstat?

2. Är laglig vistelse ett villkor för att åberopa artikel 41.1 i tilläggsprotokollet?

45. Regleringen av invandringen av tredjelandsmedborgare, inbegripet turkiska medborgare, omfattas i allmänhet fortfarande av medlemsstaternas befogenhetsområde, i den mån som nationell utlänningslagstiftning inte har varit föremål för harmoniserings-

åtgärder enligt artikel 63.3 EG [22] och dessa åtgärder är tillämpliga på medlemsstaten i fråga. [23] Detta innebär att medlemsstaterna har rätt att fastställa villkoren för tredjelandsmedborgares inresa till respektive stat och mer specifikt att bevilja inresa först efter en individuell bedömning av personen i fråga och av hans eller hennes skäl för att ansöka om inresetillstånd.

46. Det faktum att medlemsstaterna har kvar sin befogenhet när det gäller invandring av turkiska medborgare har konsekvent och med eftertryck slagits fast av domstolen i en rad domar avseende såväl turkiska arbetstagare som turkiska egenföretagare. Det kan här hänvisas till konstaterandet i punkt 33 i domen i det ovan nämnda målet Savas, som bekräftades i domen i målet Abatay och Sahin. [24] Medlemsstaterna har således befogenhet att besluta om turkiska medborgares inresa till respektive stat enligt kriterier som fastställs i nationell utlänningslagstiftning.

47. Parterna i det nationella målet är inte oeniga på denna punkt. Vad de har olika åsikter om är huruvida ett villkor för att åberopa skydd enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet är att den turkiska medborgaren i fråga har rest in lagligt och vistas lagligt i värdmedlemsstaten. Med andra ord: måste han ha beviljats inresa till värdmedlemsstaten i överensstämmelse med de nationella bestämmelserna om invandring innan han kan få tillträde till medlemsstatens nationella marknad i syfte att vara ekonomiskt verksam som anställd eller egenföretagare?

48. På denna punkt har domstolen, också detta i domen i målet Savas, entydigt slagit fast att turkiska medborgare kan åberopa ekonomiska rättigheter i en värdmedlemsstat endast om de uppehåller sig lagligt i medlemsstaten i fråga. [25] Artikel 41.1 i tilläggsprotokollet ger i sig inte turkiska medborgare direkta ekonomiska rättigheter, utan innebär endast att de rättigheter som kan åberopas av dessa medborgare i en värdmedlemsstat skall bestämmas på basen av den nationella lagstiftningen i dess lydelse när tilläggsprotokollet trädde i kraft för medlemsstaten i fråga. Mot bakgrund av att det i materiellt hänseende utan tvekan är viktigt att bestämma vilken lagstiftning som skall tillämpas på en ansökan om att utöva eko-

22 — Ett antal gemenskapsrättsakter om tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för särskilda syften har antagits enligt denna bestämmelse. Se exempelvis rådets direktiv 2004/114/EG av den 13 december 2004 om villkoren för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för studier, elevutbyte, oavlönad yrkesutbildning eller volontärarbete (EGT L 375, s. 12) och rådets direktiv 2005/71/EG av den 12 oktober 2005 om ett särskilt förfarande för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse i forskningssyfte (EGT L 289, s. 15).

23 — I enlighet med artiklarna 1 och 2 i protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning, som är bifogat Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, är dessa direktiv inte tillämpliga på Förenade kungariket.

24 — Dom av den 21 oktober 2003 i de förenade målen C-317/01 och C-369/01, Abatay och Sahin (REG 2003, s. I-12301), punkt 65.

25 — Punkt 65 i domen, se ovan punkt 36.

nomisk verksamhet i en medlemsstat, eftersom detta bestämmer omfattningen av de rättigheter som eventuellt kan åtnjutas enligt nationell lagstiftning, finns det inget skäl till att den regel som slagits fast i målet Savas om föregående laglig inresa och laglig vistelse för turkiska medborgare inte skulle vara tillämplig på artikel 41.1 i tilläggsprotokollet.

49. Detta är faktiskt den enda möjliga konsekventa tolkningen av domen i målet Savas. Det måste antas att när domstolen slog fast att det ankom på den nationella domstolen att fastställa huruvida de nationella bestämmelser som de behöriga utlänningsmyndigheterna hade tillämpat på Abdulnasir Savas medförde att hans situation försämrades jämfört med en tillämpning av Immigration Rules 1973,[26] kunde detta endast avse Abdulnasir Savas situation efter det att han hade fått formellt tillstånd att resa in i Förenade kungariket i syfte att utöva verksamhet. Det faktum att Abdulnasir Savas beviljades inresa till Förenade kungariket på turistvisum bör inte anses vara tillräckligt i detta hänseende, eftersom etablering per definition innebär en vistelse under längre tid. Om det däremot antas att domstolen inte ansåg att detta krav gällde Abdulnasir Savas, skulle detta ge honom och andra turkiska medborgare vars vistelse i Förenade kungariket strider mot landets utlänningslagstiftning en mer fördelaktig ställning än turkiska medborgare som ansöker om inresetillstånd i syfte att utöva verksamhet i enlighet med de nuvarande nationella bestämmelserna om invandring. Detta kan inte ha varit domstolens avsikt. Gemenskapsrätten bör inte tolkas och tillämpas på ett sätt som underlättar, eller till och med uppmanar till, kringgående av nationella bestämmelser som dessutom fortfarande hör till medlemsstaternas exklusiva befogenheter.

50. Det har vidare hävdats att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet, jämfört med andra standstill-klausuler, såsom artikel 13 i beslut nr 1/80, inte innehåller några restriktioner eller villkor som begränsar dess tillämplighet. Det bör erinras om att artikel 13 i beslut nr 1/80 förbjuder införandet av nya begränsningar av villkoren för tillträde till anställning för turkiska arbetstagare och deras familjemedlemmar som "har erhållit uppehålls- och arbetstillstånd" inom respektive lands område.

51. Jag finner inte detta argument övertygande. Artikel 13 i beslut nr 1/80 är en av de närmare bestämmelser som associeringsrådet har antagit enligt artikel 36 i tilläggsprotokollet, där det föreskrivs att associeringsrådet skall anta bestämmelser för att stegvis genomföra den fria rörligheten för arbetstagare mellan medlemsstaterna och Turkiet. Inga sådana bestämmelser har ännu

26 — Punkt 70 i domen.

antagits avseende turkiska medborgare som önskar etablera verksamhet i en medlemsstat. Deras rättigheter bestäms fullständigt av standstill-klausulen i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet. Jag anser att i denna situation, där jämförbara närmare bestämmelser om etableringsfrihet saknas, kan detta inte betyda att turkiska medborgare åtnjuter mer omfattande rättigheter om de vill etablera sig i en medlemsstat i syfte att utöva ekonomisk verksamhet som egenföretagare än turkiska medborgare som ansöker om inresa för att utöva ekonomisk verksamhet – eventuellt samma slag av verksamhet – i ett anställningsförhållande. I stället för att på detta sätt skilja mellan bestämmelserna om arbetstagare och egenföretagare, behövs det en enhetlig tolkning av bestämmelserna. Detta är särskilt fallet eftersom medlemsstaterna har liknande eller till och med samma intressen när det gäller inresa för båda dessa kategorier av turkiska medborgare.

52. Av alla dessa skäl anser jag att ett villkor för att turkiska medborgare skall ha rätt att åberopa skydd enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet för att säkerställa att deras ansökningar om att etablera sig i en medlemsstat behandlas enligt den lagstiftning som var i kraft när tilläggsprotokollet trädde i kraft för värdmedlemsstaten skall vara att de har rest in lagligt och har vistas lagligt i medlemsstaten i fråga i enlighet med nationell utlänningslagstiftning.

3. Omfattar etableringsfriheten inom ramen för artikel 41.1 i tilläggsprotokollet rätt till inresa till en medlemsstat?

53. De parter som anser att den tolkningsfråga som House of Lords har hänskjutit till domstolen bör besvaras jakande har hänvisat till artikel 13 i associeringsavtalet, där det föreskrivs att artikel 43 EG skall tjäna som vägledning vid undanröjandet av inskränkningar i etableringsfriheten mellan de avtalsslutande parterna. I sin rättspraxis beträffande artikel 43 EG har domstolen konsekvent ansett att det av utövandet av etableringsfriheten mellan medlemsstaterna ovillkorligen följer en rätt till inresa i värdmedlemsstaten.[27] Parterna i fråga har hävdat att detta också måste gälla inom ramen för associeringsavtalet.

54. De har också påpekat att domstolen i domen i målet Barkoci och Malik[28], som gällde etableringsfrihet inom ramen för Europaavtalet med Tjeckien, med hänvisning till sin rättspraxis inom ramen för EG-

27 — Se rättspraxisen i fotnot 6.

28 — Se ovan fotnot 6.

fördraget och associeringsavtalet med Turkiet slog fast att "rätten till nationell behandling i fråga om etablering, ... medför en av etableringsrätten följande rätt till inresa och vistelse för tjeckiska medborgare som vill utöva verksamhet inom industri, handel och hantverk eller inom något av de fria yrkena i en medlemsstat". [29]

55. Enligt min mening kan det emellertid ifrågasättas huruvida principer som gäller etableringsfriheten inom gemenskapen utan ytterligare förbehåll kan överföras på tredjelandsmedborgares utövande av denna frihet i förbindelserna mellan gemenskapen och tredjeländer. De bestämmelser och principer som gäller etableringsfriheten i gemenskapen härrör från det grundläggande gemenskapsmålet att upprätta en inre marknad som, vilket det kan vara lämpligt att erinra om, i artikel 14 EG beskrivs som "ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i [EG-fördraget]". Mot bakgrund av detta mål är rättigheten till inresa i medlemsstaterna i syfte att utöva de friheter som garanteras genom EG-fördraget nödvändig. Om medlemsstaterna kunde ställa villkor för inresa för medborgare från de övriga medlemsstaterna till deras respektive område, skulle den inre marknaden endast vara en illusion.

56. Syftet med associeringsavtalet med Turkiet är något helt annat. Enligt artikel 2.1 i associeringsavtalet är syftet att "främja ett fortlöpande och väl avvägt stärkande av de ekonomiska och handelsmässiga förbindelserna mellan parterna med beaktande av nödvändigheten att säkerställa en snabb utveckling av Turkiets ekonomi och att höja sysselsättningsnivån samt förbättra levnadsvillkoren för det turkiska folket". Ytterst syftar avtalet till att bidra till att förbättra det turkiska folkets levnadsstandard, vilket kommer att underlätta en senare anslutning av Turkiet till gemenskapen. [30]

57. Hittills har samarbetet mellan gemenskapen och Turkiet resulterat i inrättandet av en tullunion, men däremot inte en gemensam inre marknad som kännetecknas av att det saknas inre gränser. Till skillnad från en tullunion, som är begränsad till en liberalisering av varuhandeln mellan de stater som ingår i den, är avsikten med en gemensam marknad att inrätta fri rörlighet för varor, tjänster och olika produktionsfaktorer. Där måste följaktligen fri rörlighet för arbetstagare och kapital samt etableringsfrihet garanteras. Bestämmelserna i associeringsavtalet och tilläggsprotokollet beträffande dessa ämnen fungerar i huvudsak som en ram och utgör endast en utgångspunkt för en framtida liberalisering. Också då närmare överenskommelser har ingåtts, vilket är fallet när det gäller fri rörlighet för arbetstagare (artikel 6 och följande artiklar i beslut

29 — Punkt 50 i domen.

30 — Se fjärde skälet och artikel 28 i associeringsavtalet.

nr 1/80), kan sådana bestämmelser inte jämföras med motsvarande rättigheter som garanteras genom EG-fördraget (artikel 39 EG och förordning nr 1612/68). I avsaknad av liknande bestämmelser som syftar till att skapa etableringsfrihet, är det *a fortiori* uppenbart att bestämmelserna om etablering inom ramen för associeringsavtalet inte kan tolkas som om de motsvarade artikel 43 EG. Och framför allt kan rätten till inresa inte betraktas som ett nödvändigt villkor för utövande av rättigheterna i samband med etablering inom ramen för associeringen med Turkiet, eftersom gränserna mellan medlemsstaterna och Turkiet inte har avskaffats i syfte att garantera samma fria rörlighet som på gemenskapens inre marknad.

58. En annan skillnad mellan bestämmelserna om etableringsfrihet i EG-fördraget samt i associeringsavtalet och tilläggsprotokollet är att medan de först nämnda föreskriver en etableringsrätt som kan göras direkt gällande i de nationella domstolarna, ger artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte turkiska medborgare en direkt etableringsrätt, vilket domstolen slog fast i domen i målet Savas. De kan åberopa denna bestämmelse endast för att försäkra sig om att de nationella bestämmelser om etablering som var i kraft den dag då tilläggsprotokollet trädde i kraft för värdmedlemsstaten i fråga tillämpas på dem. Detta innebär att medlemsstaterna får tillämpa sådana nationella bestämmelser på turkiska medborgares etablering, oavsett om bestämmelserna kan motiveras när de tillämpas inom ramen för EG-fördraget. Denna viktiga skillnad mellan etableringsrätten enligt EG-fördraget respektive enligt associeringsavtalet är det andra skälet till att en enhetlig tolkning av artikel 41.1 i tilläggsprotokollet och artikel 13 i associeringsavtalet respektive artikel 43 EG inte är självklar.

59. Av det faktum att turkiska medborgare, till skillnad från medlemsstaternas medborgare, inte åtnjuter en direkt och automatisk rätt att etablera sig i medlemsstaterna följer ovillkorligen att de inte har en underförstådd eller påföljande rätt till inresa till en medlemsstat i syfte att starta verksamhet där. När det inte handlar om rörlighet inom gemenskapen, måste åtskillnad göras mellan att beviljas inresa till en medlemsstats område och att få tillträde till den medlemsstatens marknader. Rätten att resa in i en medlemsstat kan inte betraktas som en nödvändig följd av etableringsfriheten inom ramen för associeringsavtalet med Turkiet. Detta betyder att bestämmelser om turkiska medborgares inresa till medlemsstaternas område inte omfattas av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 41.1 i

tilläggsprotokollet och att medlemsstaterna följaktligen kan anpassa dem eller göra dem mer restriktiva med beaktande av samhällsekonomiska och demografiska intressen.

60. Det är sant att domstolen i domen i målet Barkoci and Malik slog fast att enligt dess rättspraxis avseende etableringsfrihet inom ramen för EG-fördraget och associeringsavtalet med Turkiet medför etableringsfriheten en rätt till inresa och vistelse. Domstolen hänvisade i detta sammanhang beträffande turkiska medborgare till sin dom i målet Savas. I de punkter som domstolen hänvisar till [31] i domen nämns emellertid endast den rätt till vistelse som följer av etableringsfriheten, medan inresa inte nämns. Som jag påpekade ovan behandlas frågan om inresa inte uttryckligen i domen i målet Savas, eftersom den inte var aktuell i det målet. En tredjelandsmedborgares rätt till inresa i en medlemsstat är något helt annat än den rätt att vistas i medlemsstaten i fråga som följer av etableringsfriheten, och kan inte enbart anses följa av etableringsfriheten utan ytterligare motivering av domstolen. Domstolens hänvisning i domen i målet Barkoci och Malik till turkiska medborgares rätt till inresa i samband med etableringsfriheten har därför inget stöd i dess rättspraxis.

31 — Punkterna 60 och 63 i domen, se ovan punkterna 33 och 34.

61. Jag anser därför att den etableringsfrihet som avses i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte inbegriper villkoren för turkiska medborgares inresa till medlemsstaterna. Detta innebär att denna bestämmelse inte kan åberopas som skydd mot tillämpningen av mer restriktiva villkor på en turkisk medborgares inresa än de som var i kraft när tilläggsprotokollet trädde i kraft för den berörda medlemsstaten.

4. Problemet att villkor för etablering fastställs i bestämmelserna om invandring

62. Om artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte kan åberopas av turkiska medborgare som vill motsätta sig tillämpningen av mer restriktiva villkor för invandring, utan begränsar sig till att skydda dessa medborgare mot tillämpningen av mer restriktiva kriterier för etablering, uppkommer frågan hur dessa principer skall tillämpas på bestämmelser som de aktuella brittiska bestämmelserna om invandring, mot bakgrund av att dessa bestämmelser innebär att beslutet om inresa till Förenade kungariket för turkiska medborgare som vill utöva verksamhet är beroende av om villkoren för ekonomisk etablering i landet är uppfyllda.

63. När man besvarar denna fråga måste det än en gång betonas att medlemsstaterna, som gemenskapsrätten ser ut i dag, har kvar sina befogenheter i frågor som gäller invandring och har därför rätt att reglera tredjelandsmedborgares första inresa till deras territorium. Vidare är det så att turkiska medborgare, som jag påpekade ovan, får åberopa ekonomiska rättigheter inom ramen för associeringsavtalet med Turkiet först när de formellt har beviljats inresa och vistas lagligt i en medlemsstat i enlighet med dess kriterier och förfaranden för invandring. De ekonomiska rättigheter som turkiska medborgare därigenom eventuellt beviljas kan omvänt inte åberopas för att kräva rätt till inresa i en medlemsstat.

64. Det är ett faktum att medlemsstaternas invandringspolitik avseende tredjelandsmedborgare, inbegripet turkiska medborgare, har blivit mer restriktiv efter den ekonomiska stagnationen i Västeuropa under 1970-talet. Ur gemenskapsrättsligt perspektiv har utvecklingen varit relativt okontroversiell, eftersom invandringspolitiken omfattas av medlemsstaternas exklusiva befogenheter. Inom ramen för sin invandringspolitik har medlemsstaterna rätt att, förutom att tillämpa kriterier som beaktar den offentliga politiken, fastställa kriterier som avser inresans syfte, exempelvis studier, anställning eller etablering, och att granska att dessa kriterier är uppfyllda innan inresa beviljas. På detta sätt kan de inte enbart säkerställa att nationella politiska intressen skyddas, utan också att den ansökande tredjelandsmedborgaren troligtvis kommer att lyckas i sina föresatser och menar allvar med sin ansökan. I detta sammanhang är det uppenbart att en ansökan om inresa i en medlemsstat i syfte att utöva verksamhet måste granskas noggrannare än en ansökan om inresa som turist och att den sist nämnda inte kan användas som grund för verksamhet som den inte var avsedd för. Medlemsstaternas exklusiva befogenhet att reglera invandringen av tredjelandsmedborgare innebär att de har rätt att anpassa kriterierna för beviljande av inresetillstånd med hänsyn till de offentliga politiska kraven och hur de samhällsekonomiska och demografiska intressena utvecklas samt också att vid behov införa mer restriktiva kriterier.

65. Mot bakgrund av dessa principer måste det slås fast att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte kan åberopas av en turkisk medborgare för att säkerställa att hans eller hennes ansökan om inresa till en medlemsstats territorium i syfte att utöva verksamhet bedöms enligt de kriterier som gällde när tilläggsprotokollet trädde i kraft för medlemsstaten i fråga. Om en sådan rättighet medgavs, skulle det undergräva medlemsstaternas exklusiva befogenhet att reglera den första inresan för turkiska medborgare som domstolen har slagit fast i domen i målet Savas. Denna befogenhet omfattar inte

endast behörighet att pröva en ansökan om inresa, utan ger också möjlighet att anpassa bedömningskriterierna. Inom ett område som invandringspolitiken bör gemenskapsrätten tolkas och tillämpas på ett sätt som säkerställer att de befogenheter som medlemsstaterna innehar kan utövas effektivt. [32]

66. Det kan tilläggas att när det ur ett ekonomiskt perspektiv är oväsentligt huruvida en ekonomisk verksamhet utövas av en turkisk medborgare i egenskap av anställd eller i egenskap av egenföretagare, är det ologiskt att göra gällande att medlemsstaterna skall tillämpa en standstill-klausul för inresa för egenföretagare men inte för anställda.

67. Jag är medveten om att detta synsätt de facto innebär att turkiska medborgare måste uppfylla mer restriktiva kriterier för att utöva verksamhet i en medlemsstat än vad som var fallet när tilläggsprotokollet trädde i kraft för värdmedlemsstaten. Detta är emellertid ett oundvikligt resultat av de delade befogenheterna mellan medlemsstaterna och gemenskapen inom området invandring. När en turkisk medborgare väl har tillåtits resa in i värdmedlemsstaten kan han eller hon åberopa skydd enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet för att motsätta sig tillämpningen av villkor för etablering som har blivit mer restriktiva över tiden. Denna rättighet är särskilt relevant för turkiska medborgare som har tillåtits resa in i en medlemsstat som arbetstagare och som efter en tid har beslutat att starta egen verksamhet och därvid kan åtnjuta mindre restriktiva etableringsvillkor. Det tycks mig som om detta är det primära syftet med artikel 41.1 i tilläggsprotokollet.

68. Denna bedömning leder till slutsatsen att artikel 41.1 i tilläggsprotokollet inte är tillämplig på sådana invandringsbestämmelser som det är fråga om i det nationella målet.

5. Asylsökande som fått avslag på sin ansökan

69. Skulle domstolen inte instämma i detta synsätt, är det nödvändigt att behandla Förenade kungarikets alternativa grund att en asylsökande som har fått avslag på sin asylansökan inte bör ha rätt att åberopa

32 — Jämför mitt förslag till avgörande av den 27 april 2006 i mål C-1/05, Jia, punkt 63.

skydd enligt artikel 41.1 i tilläggsprotokollet, eftersom detta skulle utgöra missbruk av rättigheter.

70. I detta sammanhang är det viktigt att erinra om att både ett beslut om att vägra en turkisk medborgare asyl och det därav följande beslutet om utvisning till en annan medlemsstat inom ramen för gemenskapens asylsystem samt ett beslut om att vägra en turkisk medborgare inresa till medlemsstaten i syfte att utöva verksamhet uteslutande fattas med stöd av nationell rätt. Artikel 41.1 i tilläggsprotokollet reglerar endast på grundval av vilken rättstillämpning i tiden (*ratione temporis*) det sist nämnda beslutet skall fattas. Den ger inte en oberoende rätt till etablering.

71. Utan att det är nödvändigt att gå in på huruvida Veli Tums och Mehmet Daris försök att åberopa artikel 41.1 i tilläggsprotokollet bör betraktas som missbruk av rättigheter, skulle det om domstolen beslutar att de har rätt att åberopa denna bestämmelse för att få sina ansökningar prövade enligt Immigration Rules 1973 inte, åtminstone inte ur gemenskapsrättsligt perspektiv, påverka giltigheten av de beslut som Förenade kungarikets utlänningsmyndigheter redan har fattat om deras asylansökningar.

72. Även om de uppfyller kriterierna i Immigration Rules 1973, bör det inte förbises att de gör detta endast som ett resultat av verksamhet som vidtagits under en period då de ännu inte formellt hade beviljats inresa till Förenade kungariket och de i juridisk mening vistades olagligt där. Faktiska omständigheter som har uppstått under en sådan olaglig vistelse kan inte enligt min mening utgöra en giltig grund för att skapa en ekonomisk rättighet till etablering eller en rättighet att få sina krav på tillträde till den nationella marknaden bedömda enligt mer fördelaktiga nationella bestämmelser som numera har ersatts. Ansökningar om inresetillstånd till en medlemsstat i syfte att utöva verksamhet som har lämnats in av turkiska medborgare som tidigare har rest in i eller vistats i medlemsstaten i fråga i strid med inhemsk invandringslagstiftning, måste behandlas på samma villkor som motsvarande ansökningar som lämnas in av turkiska medborgare som ansöker om inresetillstånd i enlighet med de nuvarande nationella bestämmelserna om invandring. När det gäller detta synsätts förenlighet med domen i målet Savas hänvisar jag till mina påpekanden i punkt 49 ovan.

VI — Förslag till avgörande

73. Mot denna bakgrund anser jag att tolkningsfrågan från House of Lords bör besvaras på följande sätt:

— Artikel 41.1 i det tilläggsprotokoll till associeringsavtalet som undertecknades i Bryssel den 23 november 1970 utgör inte hinder för att en medlemsstat, efter den dag då protokollet trädde i kraft i den berörda medlemsstaten, inför nya begränsningar avseende villkoren och förfarandet för inresa för turkiska medborgare som avser att utöva verksamhet i medlemsstaten i fråga.