SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA L. A. GEELHOEDA, predstavljeni 12. septembra 2006[1]

I – Uvod

1. Člen 41(1) Dodatnega protokola iz leta 1970 k Pridružitvenemu sporazumu med Evropsko gospodarsko skupnostjo in Turčijo iz leta 1963 prepoveduje uvajanje novih omejitev na področju svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev med pogodbenicama Sporazuma. Osrednje vprašanje, ki ga je v tej zadevi treba rešiti, je, ali ta določba prepoveduje državam članicam tudi, da bi sprejele strožje pogoje za vstop turških državljanov na svoje nacionalno ozemlje, kot so veljali ob začetku veljavnosti te določbe za zadevno državo članico.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

II – Zadevne določbe

A – *Pravo Skupnosti*

2. Sporazum o pridružitvi med Evropsko gospodarsko skupnostjo in Turčijo (v nadaljevanju: Pridružitveni sporazum) so 12. septembra 1963 podpisale Republika Turčija ter države članice EGS in Skupnost. V imenu Skupnosti je bil sklenjen, odobren in potrjen s Sklepom Sveta 64/732/EGS z dne 23. decembra 1963.[2] Dodatni protokol k Pridružitvenemu sporazumu je bil podpisan v Bruslju 23. novembra 1970, v imenu Skupnosti pa je bil sklenjen, odobren in potrjen z Uredbo Sveta (EGS) št. 2760/72 z dne 19. decembra 1972.[3]

3. Člen 13 Pridružitvenega sporazuma vsebuje naslednjo splošno določbo o pravici do

2 — UL 1964, 217, str. 3685, posebna slovenska izdaja, poglavje 11, zvezek 11, str. 10.

3 — UL L 293, 29.12.1972, str. 1, posebna slovenska izdaja, poglavje 11, zvezek 11, str. 41.

ustanavljanja med državami članicami in Turčijo:

„Pogodbenici se strinjata, da bosta delovali po načelih iz členov od 52 do 56 in 58 Pogodbe o ustanovitvi Skupnosti z namenom odpravljanja omejitev pri svobodi ustanavljanja med njima.“[4]

4. Člen 41 Dodatnega protokola določa naslednje:

„1. Pogodbenice med sabo ne uvajata nobenih novih omejitev na področju svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev.

2. Pridružitveni svet v skladu z načeli, določenimi v členih 13 in 14 Sporazuma o pridružitvi, določi rok in pravila za postopno odpravo omejitev na področju svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev v pogodbenicah.

Pridružitveni svet pri določanju tega roka in pravil za različne vrste dejavnosti upošteva ustrezne ukrepe, ki jih je Skupnost že sprejela na teh področjih, ter posebne gospodarske in socialne razmere Turčije. Prednost imajo dejavnosti, ki še posebej prispevajo k razvoju proizvodnje in trgovine.“

Pridružitveni svet ni sprejel še nobenega ukrepa po členu 41(2) Dodatnega protokola.

B – *Nacionalno pravo*

5. Člen 11(1) United Kingdom Immigration Act 1971 (zakon Združenega kraljestva o priseljevanju iz leta 1971) določa:

„Za osebo, ki prispe v Združeno kraljestvo z ladjo ali letalom, se po tem zakonu šteje, da ni vstopila v Združeno kraljestvo, razen če se ne izkrca oziroma dokler se ne izkrca, ob izkrcanju v pristanišču ali na letališču pa se dalje šteje, da ni vstopila v Združeno kraljestvo, dokler ostaja na tistem območju pristanišča ali letališča (če obstaja), kar lahko v ta namen odobri uradnik za priseljevanje; in za osebo, ki ni drugače vstopila v

4 — Po preštevilčenju členov v Pogodbi ES, ki izhaja iz Amsterdamske pogodbe, se ta določba zdaj nanaša na člene od 43 do 46 in 48 ES.

Združeno kraljestvo, se šteje, da tega ni storila, dokler je priprta ali ji je začasno dovoljen vstop oziroma je izpuščena na prostost, vendar obstaja možnost pripora, na podlagi pooblastil, ki jih podeljuje priloga 2 k temu zakonu ali del III zakona o priseljevanju in azilu iz leta 1999."

6. 1. januarja 1973, na dan pristopa Združenega kraljestva k Evropski skupnosti, so bila ustrezna imigracijska pravila za ustanovitev podjetja in opravljanja storitev del Statement of Immigration Rules for Control on Entry (HC 509) (izjava o imigracijskih pravilih za nadzor ob vstopu), predložene Parlamentu 23. oktobra 1972 (v nadaljevanju: imigracijska pravila iz leta 1973). Ta pravila so bila povzeta v predložitveni odločbi, kot sledi. Točka 30 imigracijskih pravil iz leta 1973 (pod naslovom „Poslovneži") določa, da je potnikom, ki ne morejo predložiti vstopnega dovoljenja, vendar po vsej verjetnosti lahko izpolnijo zahteve ene od dveh naslednjih točk, treba dovoliti vstop za obdobje, ki ni daljše od dveh mesecev, s prepovedjo zaposlovanja, in jim svetovati, naj svojo zadevo predložijo Home Office (v nadaljevanju: ministrstvo za notranje zadeve). Točka 31 se nanaša na zahtevo, da ima prosilec dovolj sredstev za vlaganje v podjetje, če je že ustanovljeno, in da poravna svoj delež izgub ter določa, da mora biti ta sposoben vzdrževati sebe in vzdrževane osebe, da mora dejavno sodelovati pri vodenju podjetja in druge podobne zadeve. Točka 32 določa, da bo moral prosilec, če želi samostojno opravljati dejavnost, dokazati, da bo v državo prinesel dovolj sredstev za opravljanje dejavnosti, s katero bo po realnih pričakovanjih lahko preživljal sebe in morebitne vzdrževane osebe, ne da bi moral iskati zaposlitev, za katero se zahteva delovno dovoljenje.

7. Veljavna pravila za osebe, ki želijo pridobiti dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo za opravljanje dejavnosti, so zdaj predpisana v HC 395 (v nadaljevanju: veljavna imigracijska pravila). Točke od 201 do 205 predpisujejo naslednje zahteve:

„201. Zahteve, ki jih mora izpolnjevati oseba, ki želi pridobiti dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo za opravljanje dejavnosti, so: (i) da izpolnjuje zahteve iz točke 202 ali točke 203; (ii) da nadzoruje in ima v Združenem kraljestvu najmanj 200.000 GBP denarnih sredstev, ki jih upravlja sama v svojem imenu in ne sklad ali drug naložbeni instrument ter jih bo vlagala v podjetje v Združenem kraljestvu; (iii) da bo, dokler ji bo podjetje prinašalo dohodek, imela dovolj dodatnih sredstev za vzdrževanje in nastanitev sebe in katerih koli vzdrževanih oseb ter ne bo iskala zaposlitve (ki ni njeno delo za podjetje) ali obremenjevala javnih sredstev; (iv) da se bo dejavno in s polnim delovnim časom ukvarjala s trgovino ali z opravljanjem storitev za svoj račun ali v partnerstvu ali kot direktor s promocijo in vodenjem družbe;

(v) da bo raven denarnih vlaganj sorazmerna njenemu deležu v podjetju; (vi) da bo imela večinski ali enak delež v podjetju in da partnerstvo ali direktorski položaj ne pomeni prikrite zaposlitve; (vii) da bo lahko poravnala svoj delež obveznosti; (viii) da obstaja resnična potreba po njenem vlaganju in storitvah v Združenem kraljestvu; (ix) da bo njen delež v dobičkih podjetja zadostoval za vzdrževanje in nastanitev osebe in njenih vzdrževanih oseb ter ne bo iskala zaposlitve (ki ni njeno delo za podjetje) ali obremenjevala javnih sredstev; (x) da v Združenem kraljestvu svojih poslovnih dejavnosti ne namerava dopolnjevati s sprejetjem ali iskanjem druge zaposlitve, kot je lastno delo za podjetje, in (xi) da ima za ta namen veljavno dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo.

203. Če namerava oseba ustanoviti novo podjetje v Združenem kraljestvu, mora poleg izpolnjevanja zahtev iz točke 201 predložiti dokazilo: (i) da bo v državo prinesla dovolj svojih sredstev za ustanovitev podjetja in (ii) da bo podjetje ustvarilo delovna mesta s polnim delovnim časom najmanj za dve osebi, ki že imata stalno prebivališče v Združenem kraljestvu.

Dovoljenje za vstop osebe, ki namerava opravljati dejavnost, v Združeno kraljestvo

204. Osebi, ki želi pridobiti dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo in namerava opravljati dejavnost, je vstop mogoče dovoliti za obdobje, ki ni daljše od 12 mesecev, z omejitvijo svobode zaposlitve, če lahko ob prihodu uradniku za priseljevanje predloži dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo, izdano v ta namen.

202. Če namerava oseba prevzeti obstoječe podjetje v Združenem kraljestvu ali se mu pridružiti kot partner ali direktor, mora poleg izpolnjevanja zahtev iz točke 201 predložiti: (i) pisno izjavo o pogojih, pod katerimi bo prevzela podjetje ali se mu pridružila; (ii) revidirane računovodske izkaze podjetja za pretekla leta; in (iii) dokazilo, da se bo zaradi njenih storitev in vlaganj povečalo neto število delovnih mest, ki jih bo podjetje zagotovilo osebam s tukajšnjim stalnim prebivališčem, tako da bosta ustvarjeni najmanj dve novi delovni mesti s polnim delovnim časom.

Zavrnitev dovoljenja za vstop osebe, ki želi opravljati dejavnost, v Združeno kraljestvo

205. Dovoljenje za vstop osebe, ki želi opravljati dejavnost, v Združeno kraljestvo se zavrne, če ob prihodu uradniku za

priseljevanje ne predloži dovoljenja za vstop v Združeno kraljestvo, izdanega v ta namen."

III – Dejstva in postopek

8. Ker so dejstva v zvezi z zadevama Tum in Dari v bistvu podobna, ju je primerno obravnavati skupaj.

9. V. Tum in M. Dari, ki sta oba turška državljana, sta v Združeno kraljestvo prispela 29. novembra 2001 oziroma 1. oktobra 1998. Oba sta dobila začasno dovoljenje za vstop v skladu s členom 11 zakona iz leta 1971 o priseljevanju, z omejitvijo (v primeru V. Tuma) ali prepovedjo (v primeru M. Darija) zaposlitve. Oba sta v Združenem kraljestvu zaprosila za azil. Vendar pa je Secretary of State (v nadaljevanju: minister za notranje zadeve) ti vlogi zavrnil in po Dublinski konvenciji[5] sta bili izdani odredbi za njun izgon v državi članici, v katerih sta najprej zaprosila za azil, in sicer v Nemčijo (V. Tum) in Francijo (M. Dari). Njuni nadaljnji poskusi za sodni preskus teh odločitev niso bili uspešni.

10. Med bivanjem v Združenem kraljestvu je M. Dari odprl picerijo v kraju Herne Bay v grofiji Kent. M. Dari je 30. septembra 2002 organom za priseljevanje poslal vlogo za vstop v Združeno kraljestvo, da bi lahko nadaljeval s poslovanjem. Podobno je V. Tum zaprosil za dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo, da bi odprl čistilni servis v severnem Londonu. Ker sta bila v Združenem kraljestvu z začasnim dovoljenjem po členu 11 zakona o priseljevanju iz leta 1971 in torej formalno nista vstopila v Združeno kraljestvo, da bi se priselila, sta svoji vlogi utemeljila s Pridružitvenim sporazumom in Dodatnim protokolom ter zahtevala, da se njuni vlogi obravnava ob upoštevanju imigracijskih pravil iz leta 1973.

11. 12. maja 2003 je minister za notranje zadeve po preučitvi zadeve v skladu z veljavnimi imigracijskimi pravili in ne v skladu z imigracijskimi pravili iz leta 1973 V. Tumu zavrnil dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo za opravljanje dejavnosti in navedel, da bo urejeno vse potrebno za njegovo čim hitrejšo vrnitev v Nemčijo. Vloga M. Darija je bila zavrnjena iz enakih razlogov. V. Tum je dobil odločbo o začasnem zadržanju odredbe o izgonu.

5 — Konvencija o določitvi države, odgovorne za obravnavanje prošenj za azil, vloženih v eni od držav članic Evropskih skupnosti, podpisana v Dublinu 15. junija 1990 (v nadaljevanju: Dublinska konvencija, UL 1997, C 254, str. 1). To konvencijo je nadomestila Uredba Sveta (ES) št. 343/2003 z dne 18. februarja 2003 o vzpostavitvi meril in mehanizmov za določitev države članice, odgovorne za obravnavanje prošnje za azil, ki jo v eni od držav članic vloži državljan tretje države (UL L 50, str. 1).

12. V. Tum in M. Dari sta nato zahtevala sodni preizkus. Njuna primera je skupaj obravnavalo High Court of Justice, Queen's Bench Division (v nadaljevanju: upravno sodišče), ki je 19. novembra 2003 razsodilo v njun prid. Vsebina te sodbe je bila, da sta se V. Tum in M. Dari upravičeno sklicevala na t. i. „določbe o mirovanju" iz člena 41(1) Dodatnega protokola in zahtevala obravnavanje svojih vlog za vstop v Združeno kraljestvo kot poslovni osebi na podlagi imigracijskih pravil, ki so veljala na dan, ko je Združeno kraljestvo pristopilo k Skupnosti, to je 1. januarja 1973.

13. Odločitev je potrdilo Court of Appeal (v nadaljevanju: pritožbeno sodišče) s sodbo z dne 24. maja 2004.

14. 9. julija 2004 je minister za notranje zadeve na House of Lords naslovil zahtevo za dovoljenje za pritožbo na sodbo pritožbenega sodišča v obeh združenih zadevah. Po ustni obravnavi 27. oktobra 2004 je Appellate Committee (odbor za pritožbe) House of Lords odredil, naj se na Sodišče naslovi predlog za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 234 ES o tem vprašanju:

„Ali je mogoče člen 41(1) Dodatnega protokola k Pridružitvenemu sporazumu, podpisanem v Bruslju 23. novembra 1970, razlagati v smislu, da prepoveduje državi članici, da od dneva začetka veljavnosti tega protokola v tej državi članici sprejme nove omejitve glede pogojev in postopka za vstop turškega državljana, ki namerava v tej državi članici opravljati dejavnost, na njeno ozemlje?"

15. Pisne pripombe so predložili V. Tum in M. Dari, vladi Slovaške in Združenega kraljestva ter Komisija. Na obravnavi 18. maja 2006 so nadaljnje pripombe podali V. Tum in M. Dari, vladi Združenega kraljestva in Nizozemske ter Komisija.

16. V. Tum in M. Dari, slovaška vlada in Komisija menijo, da je treba na vprašanje House of Lords odgovoriti pritrdilno. Vladi Združenega kraljestva in Nizozemske pa sta zavzeli nasprotno stališče in predlagata, naj Sodišče na vprašanje odgovori nikalno.

IV – Povzetek stališč

17. V. Tum in M. Dari predvsem trdita, da določba o mirovanju iz člena 41(1) Dodatnega protokola velja ne le za pogoje za

ustanavljanje, ampak tudi za pogoje za prebivanje in vstop. V pravu Skupnosti slednji veljajo za nujen dodatek k svobodi ustanavljanja.[6] V. Tum in M. Dari se strinjata, da turški državljani iz te določbe ne pridobijo nobenih neposrednih pravic do ustanavljanja ali pravice do vstopa v državo članico. Vendar pa trdita, da je po tej določbi njuno vlogo za dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo za ustanovitev podjetja treba presojati na podlagi nacionalnega prava, kakršno je veljalo v času, ko je Združeno kraljestvo postalo pogodbenica Dodatnega protokola, to je 1. januarja 1973.

18. V. Tum in M. Dari se strinjata, da je v zadevi Savas[7] sodišče že pojasnilo, da se lahko vsak turški državljan, celo tisti, čigar prisotnost v Združenem kraljestvu nikakor ni zakonita, sklicuje na neposredni učinek določbe o mirovanju iz člena 41(1) Dodatnega protokola. Ugotavljata, da v tem primeru Sodišču ni bilo treba presojati o vprašanju vstopa, ker je A. Savas vstopil zakonito, čeprav njegovo nadaljnje bivanje v Združenem kraljestvu ni bilo zakonito. Sodišče so torej zanimali le pogoji, po katerih bi bilo A. Savasu dovoljeno še naprej ostati in poslovati v Združenem kraljestvu.

19. V dodatno podporo svoji prvotni trditvi glede področja uporabe člena 41(1) Dodatnega protokola V. Tum in M. Dari ugotavljata, da v nasprotju s podobnimi določbami o mirovanju[8] v besedilu člena ni ničesar, iz česar bi se sklepalo, da je njegova uporaba omejena samo na pogoje za prebivanje in poslovanje ter da izključuje pogoje za vstop. Klavzula o mirovanju ne bi bila smiselna, če bi bilo državam članicam dovoljeno v nasprotju s cilji Pridružitvenega sporazuma dodatno otežiti ali celo onemogočiti vstop na svoje ozemlje. Poudarjata, da tako razumevanje člena 41(1) ne vpliva na pristojnost države članice glede priseljevanja turških državljanov. Te državljane preprosto postavlja v položaj, v katerem bi bili v času, ko je država članica postala pogodbenica Dodatnega protokola, kot zahteva klavzula o mirovanju.

20. V odgovor na trditev Združenega kraljestva, da zaščite iz člena 41(1) ne bi smeli razširiti na zavrnjene prosilce za azil (glej

6 — Nanašajo se na sodbe z dne 8. aprila 1976 v zadevi Royer (48/75, Recueil, str. 497, točka 50); z dne 12. decembra 1990 v zadevi Kaefer in Procacci (C-100/89 in C-101/89, Recueil, str. I-4647, točka 15); z dne 20. maj 1992 v zadevi Ramrath (C-106/91, Recueil, str. I-3351, točka 17) in z dne 27. septembra 2001 v zadevi Barkoci in Malik (C-257/99, Recueil, str. I-6557, točka 44).

7 — Sodba z dne 11. maja 2000 (C-37/98, Recueil, str. I-2927).

8 — Nanašajo se na člen 13 Sklepa št. 1/80 Pridružitvenega sveta z dne 19. septembra 1989 o razvoju pridružitve (v nadaljevanju: Sklep 1/80), ki določa: „Države članice Skupnosti na svojih ozemljih ne smejo uvesti novih omejitev glede pogojev za dostop do zaposlitve za delavce in člane njihovih družin, ki *zakonito prebivajo in so zaposleni* na njihovih ozemljih." (Moj poudarek.)

spodaj navedeno točko 25), V. Tum in M. Dari poudarjata, da čeprav sta fizično prisotna v Združenem kraljestvu, v skladu s členom 11 zakona o priseljevanju iz leta 1971 formalno nista vstopila v Združeno kraljestvo. Vprašanje, ali ju je po Dublinski konvenciji mogoče vrniti v drugo državo članico, ni pomembno za odgovor na predhodno vprašanje, ki ga je postavil House of Lords. To vprašanje je omejeno na ugotavljanje, kateri predpisi veljajo za vlogi V. Tuma in M. Darija za dovoljenje, da vstopita, da bi ustanovila podjetje.

21. Slovaška vlada in Komisija na splošno podpirata stališča, ki jih izražata V. Tum in M. Dari. Obe zatrjujeta, da če člen 41(1) Dodatnega protokola prepoveduje državam članicam, da bi turškim državljanom dodatno omejile pogoje za ustanavljanje podjetij v primerjavi s stanjem na dan začetka njegove veljavnosti za državo članico, iz tega tudi izhaja, da ne smejo okrniti te pravice z uvedbo novih omejitev glede pravice do prebivanja in pravice do vstopa, ker so te pravice neločljivo povezane s pravico do ustanavljanja.

22. Ker je Sodišče v zadevi Savas dodelilo ugodnost klavzule o mirovanju iz člena 41(1) osebi, ki je zakonito vstopila v državo članico, vendar v njej ni zakonito prebivala, Komisija ugotavlja, da bi bilo paradoksalno, če tega ne bi razširili na osebo, ki je pravilno zaprosila za dovoljenje za vstop, ko je bila še v Turčiji. Doda tudi, da bi bila oseba, ki je zaprosila za vstop kot obiskovalec, čeprav je nameravala opravljati dejavnost po dovoljenem vstopu v državo članico, zunaj zaščite, ki jo daje Sporazum. Tak goljufiv namen pa bi bilo vseeno zelo težko, če ne celo nemogoče dokazati.

23. Kot poudarja Komisija, če je Sodišče potrdilo, da Sklep 1/80 ne vpliva na pristojnost držav članic glede urejanja prvega vstopa turških delavcev na njihova ozemlja, to ne pomeni, da niti Pridružitveni sporazum niti Dodatni protokol nikoli ne vplivata na pristojnost držav članic, da urejajo vstop turških državljanov na svoje ozemlje. V resnici je pristojnost države članice, da omeji prvi vstop turških državljanov, omejena. Čeprav je treba ta rezultat šteti kot neizogiben, Komisija predlaga, naj Sodišče omeji obseg tega odgovora na omejitve, ki so neločljivo povezane s pravico do ustanavljanja, da bi se izognili nepotrebnemu oviranju pravice držav članic do urejanja prvega vstopa turških državljanov na njihovo ozemlje.

24. Vlada Združenega kraljestva predvsem priznava, da države članice v skladu z uveljavljeno sodno prakso Sodišča zadržijo možnost določati svoje pogoje za prvi vstop turških državljanov na svoje ozemlje. Pridružitveni sporazum in Dodatni protokol ne nameravata dati turškim državljanom pravic do ustanavljanja, ki bi bile enake pravicam državljanov EU. Pri izvajanju tega pooblastila je Združeno kraljestvo zakonito spremenilo pogoje, po katerih se turškim državljanom dovoli vstop v Združeno kraljestvo za ustanovitev podjetja, čeprav je taka sprememba otežila vstop v Združeno kraljestvo v primerjavi s stanjem 1. januarja 1973. To priznanje temelji na zadevi *Savas*, v kateri je Sodišče odločilo, da člen 41(1) Dodatnega protokola le ureja pogoje, ki jih država članica uporablja za tiste, ki želijo opravljati dejavnost po tem, ko so zakonito vstopili v državo članico, in da ta določba ne posega v pravico držav članic določati pogoje za prvi vstop.

25. Združeno kraljestvo podredno trdi, da če bi Sodišče ugotovilo, da člen 41(1) Dodatnega protokola v resnici prepoveduje državam članicam uvajanje novih omejitev za vstop turških državljanov, ki nameravajo tam opravljati dejavnost, na njihovo ozemlje, pa to ne velja za tiste, ki so poskušali ostati in začeti dejavnost po tem, ko niso uspeli z vlogo za azil in bi se morali vrniti v drugo državo članico po Dublinski konvenciji ali zakonodaji, ki jo nasledi. V tem pogledu vlada Združenega kraljestva poudarja, da sta se V. Tum in M. Dari sklicevala na pravice po členu 41(1) šele, ko jima je grozila vrnitev v Francijo in Nemčijo. Če bi se osebam v takih okoliščinah dovolilo, da po Dublinski konvenciji zahtevajo zaščito pred vrnitvijo, bi se prosilcu za azil omogočilo, da izniči delovanje skupnega evropskega azilnega sistema. To bi privedlo do zlorabe pravic, saj bi prosilec za azil lahko pridobil korist od pravic prava Skupnosti zaradi svojega nezakonitega vstopa in prisotnosti v državi članici.

26. Tudi nizozemska vlada je mnenja, da se na pravice po členu 41(1) Dodatnega protokola lahko sklicujejo samo turški državljani, ki izpolnjujejo nacionalna imigracijska pravila glede vstopa in prebivanja. Če bi osebam, ki v državo članico niso vstopile zakonito in so potem ustanovile podjetje, dovolili, da bi uživale zaščito iz člena 41(1), bi to zmanjšalo učinkovitost nacionalne zakonodaje o priseljevanju, ki ostaja v pristojnosti držav članic. To bi tudi azilnemu sistemu Skupnosti odvzelo njegovo učinkovitost. Nizozemska vlada meni, da se V. Tum in M. Dari, čeprav bi se vrnila v Turčijo in vložila novo vlogo za vstop v Združeno

kraljestvo na podlagi svojih gospodarskih dejavnosti med nezakonitim bivanjem, še vedno ne bi mogla sklicevati na člen 41(1) Dodatnega protokola. Odobritev take vloge bi ogrozila učinkovitost in verodostojnost nacionalne zakonodaje o priseljevanju.

V – Presoja

27. Kot je že bilo navedeno v uvodu k tem sklepnim predlogom, je temeljno vprašanje, na katero je treba v tej zadevi odgovoriti, ali člen 41(1) Dodatnega protokola, ki prepoveduje uvajanje novih omejitev na področju svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev od začetka veljavnosti Dodatnega protokola za zadevno državo članico, prepoveduje državam članicam tudi, da bi sprejele nove omejitve glede pogojev za vstop turških državljanov.

28. V različnih stališčih se vse stranke v podporo svojim popolnoma nasprotnim trditvam, da je treba na to vprašanje odgovoriti pritrdilno ali nikalno, sklicujejo na sodbo Sodišča v zadevi Savas[9]. Zato je najprej treba povzeti bistvena dejstva te zadeve in sodbo Sodišča.

A – *Zadeva Savas*

29. A. Savas[10], turški državljan, je dobil enomesečno dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo kot turist. V njegovem vstopnem vizumu je bil poseben pogoj, ki mu je prepovedoval zaposlitev ali opravljanje kakršnega koli dela oziroma poklica. V nasprotju z nacionalno zakonodajo o priseljevanju je A. Savas kljub poteku svojega vizuma ostal v Združenem kraljestvu. Čez nekaj let je ustanovil tovarno za izdelavo srajc, ne da bi zaprosil za dovoljenje za zaposlitev ali opravljanje samostojne dejavnosti. Potem ko je nekaj časa opravljal to dejavnost, je nacionalnemu organu za priseljevanje oddal vlogo za ureditev svojega položaja. Njegova prošnja za dovoljenje za nadaljnje prebivanje je bila zavrnjena in vročena mu je bila odredba o izgonu. A. Savas se je nato pritožil zoper to odredbo, vendar je bila pritožba zavrnjena.

30. Čeprav je A. Savas vloge na začetku utemeljil le z nacionalnim pravom, se je pozneje skliceval na člen 41(1) Dodatnega protokola in trdil, da je treba njegov položaj presojati na podlagi imigracijskih pravil iz leta 1973. Organi za priseljevanje so ta argument zavrnili z utemeljitvijo, da na dan, ko je vložil prošnjo za ureditev prebivanja v Združenem kraljestvu, ni imel več veljavnega dovoljenja za prebivanje in da

9 — Glej opombo 7.

10 — V resnici je pri vstopu v Združeno kraljestvo A. Savasa spremljala soproga. Za preprostejšo predstavitev poteka dogodkov sem pri navajanju dejstev uporabil ednino.

torej ne more uživati ugodnosti imigracijskih pravil iz leta 1973. Nato je A. Savas vložil zahtevek na High Court of Justice, Queen's Bench Division. To sodišče je postavilo vprašanje, ali Pridružitveni sporazum podeljuje pravice tujcem, ki kot A. Savas ne prebivajo zakonito na ozemlju države članice. Zato je sklenilo, da Sodišču postavi predhodna vprašanja o neposrednem učinkovanju člena 41 Dodatnega protokola in obsegu varstva na podlagi te določbe.

31. V okviru te zadeve se je nujno treba sklicevati na presojo Sodišča glede področja uporabe člena 41(1) Dodatnega protokola. Zaradi celovitejše predstavitve bi pripomnil, da Sodišče ni imelo težav pri ugotavljanju, da se je v postopkih pred nacionalnimi sodišči vsekakor mogoče sklicevati na to določbo.[11]

32. Glede področja uporabe člena 41(1) Dodatnega protokola je A. Savas v pisnih pripombah najprej dokazoval, da je pridobil pravico do ustanavljanja in ustrezno pravico do prebivanja neposredno iz te določbe, čeprav je ob začetku poslovanja v Združenem kraljestvu kršil zakonodajo o priseljevanju te države. Vendar je na ustni obravnavi ta argument opustil in trdil, da mu je ta določba podelila pravico, da vpraša nacionalno sodišče, ali so predpisi, uporabljeni v njegovem primeru, glede svobode ustanavljanja in pravice do prebivanja strožji od predpisov, ki so veljali ob začetku veljavnosti Dodatnega protokola za Združeno kraljestvo. Sodišče je v sodbi obravnavalo oba argumenta.

33. Prvi argument, ki ga je predložil A. Savas, je bil priložnost, da Sodišče ponovi temeljna načela, ki jih je oblikovalo v ustaljeni sodni praksi v zvezi s turškimi delavci. Ta temeljna načela so:

— „po sedaj veljavnem pravu Skupnosti določbe glede pridruževanja Turčije EGS ne posegajo v pristojnost držav članic, da še naprej urejajo vstop turških državljanov na svoje ozemlje in pogoje, po katerih lahko turški delavci sprejmejo prvo zaposlitev, ampak le urejajo razmere za turške delavce, ki so se že zakonito vključili v delovno silo držav članic“;[12]

— „turški delavci nimajo, tako kot državljani držav članic, pravice do prostega gibanja v Skupnosti, ampak uživajo le

11 — V točkah od 46 do 54 sodbe.

12 — Točka 58 sodbe.

nekatere pravice v državi članici gostiteljici, na ozemlje katere so zakonito vstopili in v kateri so bili v določenem obdobju zakonito zaposleni";[13]

— „pravice do zaposlitve [...], dodeljene turškim delavcem, nujno pomenijo obstoj ustrezne pravice do prebivanja za obravnavane osebe, saj bi bili v nasprotnem primeru pravica do dostopa do trga dela in pravica delati kot zaposlena oseba popolnoma brez učinka";[14]

— „zakonita zaposlitev turškega državljana v državi članici gostiteljici predpostavlja stabilne in varne razmere na trgu dela te države članice, kar zaradi tega pomeni tudi nesporno pravico do prebivanja";[15]

— „obdobja, v katerih je turški državljan zaposlen na podlagi dovoljenja za prebivanje, izdanega na podlagi goljufivega ravnanja, ki je privedlo do obsodbe, ne temeljijo na stabilnih razmerah in take zaposlitve ni mogoče upoštevati kot varne glede na dejstvo, da obravnavana oseba v omenjenih obdobjih ni bila zakonsko upravičena do dovoljenja za prebivanje [...] V nobenem primeru ne morejo iz zaposlitve, ki jo je imel turški državljan na podlagi dovoljenja za prebivanje, pridobljenega v tovrstnih goljufivih okoliščinah, izhajati pravice v njegovo korist."[16]

34. Sodišče je nato ugotovilo, da je treba „[t]a načela, oblikovana v okviru razlage določb Pridružitvenega sporazuma EGS-Turčija za postopno doseganje prostega gibanja turških delavcev v Skupnosti, smiselno uporabiti tudi v okviru določb tega Pridružitvenega sporazuma glede pravice do ustanavljanja".[17]

35. Sodišče je glede tega sklenilo, „da ‚klavzula o mirovanju' iz člena 41(1) Dodatnega protokola turškemu državljanu ne more podeliti pravice do ustanavljanja in pravice do prebivanja, ki sta njen dodatek".[18]

36. Sodišče je nadaljevalo z ugotavljanjem, da „dovoljenje za prvi vstop turškega držav-

13 — Točka 59 sodbe.
14 — Točka 60 sodbe.
15 — Točka 60 sodbe.
16 — Točki 61 in 62 sodbe.
17 — Točka 63 sodbe.
18 — Točka 64 sodbe.

ljana na ozemlje države članice ureja izključno domača zakonodaja te države in da lahko zadevna oseba na podlagi prava Skupnosti zahteva nekatere pravice v zvezi z zaposlitvijo ali opravljanjem dejavnosti kot samozaposlena oseba in zato v zvezi s pravico do prebivanja samo, če je njen položaj v zadevni državi članici urejen".[19]

37. Glede na svoj status priseljenca A. Savas ni mogel zahtevati neposredne pravice do ustanavljanja ali prebivanja na podlagi člena 41(1) Dodatnega protokola.

38. Sodišče je v odgovoru na drugo trditev A. Savasa opozorilo na svojo ugotovitev, da člen 41(1) Dodatnega protokola podeljuje posameznikom pravice, ki jih morajo zaščititi nacionalna sodišča, in da ta določba „prepoveduje državam članicam sprejeti kakršen koli nov ukrep, katerega predmet ali učinek so strožji pogoji za ustanavljanje in posledično tudi za prebivanje turškega državljana na ozemlju članice, kot so bili v veljavi na dan začetka veljavnosti Dodatnega protokola v tej državi članici".[20] Ugotavljanje, ali gre za tak primer, je prepuščeno nacionalnim sodiščem.

39. Sodišče je svoje ugotovitve o področju uporabe člena 41(1) Dodatnega protokola povzelo tako:

— „Člen 41(1) Dodatnega protokola turškemu državljanu ne more podeliti pravice do ustanavljanja in posledično tudi ne pravice do prebivanja v državi članici, v kateri s prebivanjem in z opravljanjem dejavnosti kot samozaposlena oseba krši nacionalno pravo na področju priseljevanja.

— Vendar pa člen 41(1) Dodatnega protokola prepoveduje uvajanje novih nacionalnih omejitev glede svobode ustanavljanja in pravice do prebivanja za turške državljane z dnem, ko je ta protokol začel veljati v državi članici gostiteljici. Nacionalnemu sodišču je prepuščena razlaga domače zakonodaje za določitev, ali so predpisi, uporabljeni za vlagatelja zahtevka v glavnem postopku, manj ugodni kot tisti, ki so se uporabljali v času, ko je začel veljati Dodatni protokol."[21]

19 — Točka 65 sodbe.

20 — Točka 69 sodbe.

21 — Tretja in četrta alinea točke 71 sodbe.

B – *Analiza*

1. Vprašanja v zadevi Savas, ki so ostala odprta

40. Kot je že bilo navedeno, sta V. Tum in M. Dari, ki ju podpirata Komisija in slovaška vlada, razumela sodbo Sodišča v zadevi Savas tako, da se turški državljan lahko sklicuje na člen 41(1) Dodatnega protokola, da si s tem zagotovi, da se v njegovem primeru upoštevajo pravila za ustanavljanje, ki so se uporabljala ob začetku veljavnosti Dodatnega protokola v Združenem kraljestvu, ne glede na to, ali na ozemlju te države članice prebiva zakonito ali nezakonito. V njunem predlogu pravila za ustanavljanje nujno vključujejo pogoje za vstop v to državo članico. Da se Sodišče pri izreku te sodbe ni sklicevalo na pogoje za vstop, je mogoče pojasniti z dejstvom, da je A. Savas zakonito vstopil v Združeno kraljestvo. Trdita, da je treba ugotovitve Sodišča v zvezi s pristojnostjo države članice, da ureja prvi vstop turških državljanov na svoje ozemlje, šteti kot odgovor Sodišča na prvo trditev A. Savasa v pisnih pripombah, in da te ugotovitve ne vplivajo na odgovor Sodišča na drugo trditev A. Savasa.

41. V nasprotju s tem se vlada Združenega kraljestva ob podpori nizozemske vlade osredotoča na mnenje Sodišča, ki poudarja izključno pristojnost države članice, da določi pogoje za prvi vstop turškega državljana na svoje ozemlje. Turški državljan se lahko sklicuje na varstvo člena 41(1) Dodatnega protokola šele, ko se mu dovoli vstop na ozemlje v skladu z imigracijskimi pravili, ki veljajo v času vložitve vloge za dovoljenje za vstop. Poudarja, da je v točki 69 sodbe v zadevi *Savas* (navedene zgoraj v točki 38) Sodišče navedlo, da področje uporabe člena 41(1) zajema le pravico do ustanavljanja in kot njen dodatek pravico do prebivanja ter da v tem okviru ni omenjalo pogojev za vstop.

42. Dejstvo, da se na zadevo Savas sklicujejo vsi intervenienti, ko poskušajo utemeljiti navidezno nezdružljiva stališča, ni presenetljivo, saj se ugotovitve Sodišča v tej razsodbi zdijo protislovne. Na eni strani Sodišče poudarja izključno pristojnost držav članic, da urejajo prvi vstop turških državljanov na svoje ozemlje, in potrjuje, da lahko turški državljani zahtevajo pravico do zaposlitve ali do ustanavljanja podjetja le, če je njihov položaj v tej državi članici zakonito urejen. Na drugi strani Sodišče priznava, da se turški državljan lahko sklicuje na člen 41(1) Dodatnega protokola, da bi si zagotovil pogoje za ustanavljanje in prebivanje, ki niso strožji od tistih, ki so veljali na dan, ko je ta protokol

začel veljati v državi članici gostiteljici, čeprav turški državljan v obravnavanem primeru ni zakonito prebival v tej državi članici. Če lahko turški državljan zahteva pravico do ustanavljanja podjetja na podlagi nacionalnega prava le, če je njegov položaj v državi članici urejen, potem se lahko postavi vprašanje, zakaj ima pravico, da se njegova vloga obravnava na podlagi starejših, ugodnejših določb, čeprav z bivanjem v tej državi članici krši nacionalno pravo na področju priseljevanja?

43. Vsekakor je jasno, da Sodišče v zadevi *Savas* ni izrecno obravnavalo prav vprašanja, ali se lahko turški državljani sklicujejo na člen 41(1) Dodatnega protokola, da bi pridobili dovoljenje za *vstop* v državo članico zaradi opravljanja dejavnosti. Težava v tem primeru je bila, da je Savas po vstopu v Združeno kraljestvo na podlagi turističnega vizuma *ostal* v tej državi in s tem kršil domačo zakonodajo o priseljevanju. Nasprotno pa V. Tum in M. Dari, ki sta fizično navzoča v Združenem kraljestvu, vendar v pravnem smislu še nista vstopila na ozemlje države članice, uživata le status začasnega prebivališča.

44. Oba pristopa intervenientov se ujemata z različnima, vendar povezanima vprašanjema, ki se nanašata na razlago člena 41(1) Dodatnega protokola in sta v sodbi Sodišča v zadevi Savas ostali nerešeni:

1. Ali je predpogoj za sklicevanje na zaščito po tej določbi, da je turški državljan v pravdni zadevi zakonito vstopil na ozemlje ustrezne države članice?

2. Ali pojem „pravica do ustanavljanja“ v tej določbi zajema pogoje za vstop v državo članico?

2. Zakonito prebivanje kot predpogoj za sklicevanje na člen 41(1) Dodatnega protokola?

45. Na splošno je urejanje priseljevanja državljanov tretjih držav, vključno s turškimi državljani, še vedno v pristojnosti držav članic, če nacionalna zakonodaja o priseljevanju ni bila predmet usklajevalnih ukrepov

po členu 63, točka 3, ES[22] in če ti ukrepi veljajo za ustrezno državo članico.[23] To pomeni, da imajo države članice pravico predpisati pogoje glede vstopa državljanov tretjih držav na svoje ozemlje ter zlasti dovoliti vstop šele po preučitvi stanja vsake posamezne osebe in razlogov, zaradi katerih želi vstopiti na njihovo ozemlje.

46. Dejstvo, da države članice ohranijo pristojnost v zvezi s priseljevanjem turških državljanov, je Sodišče izrecno priznalo v nizu sodb v zvezi s turškimi delavci in turškimi državljani, ki opravljajo dejavnost kot samozaposlene osebe. Mogoče se je sklicevati tudi na ugotovitve v zadevi Savas, navedene zgoraj v točki 33 in potrjene v zadevi Abatay in Sahin.[24] Države članice so torej pristojne za odločanje o vstopu turških državljanov na svoje ozemlje v skladu z merili, predpisanimi z nacionalno zakonodajo o priseljevanju.

47. Med strankami v glavnem postopku ta točka ni sporna. Sporno med njimi je vprašanje, ali je zakoniti vstop in zakonito prebivanje turškega državljana v državi članici gostiteljici predpogoj za njegovo sklicevanje na zaščito iz člena 41(1) Dodatnega protokola. Z drugimi besedami, ali morajo pridobiti dovoljenje za vstop na ozemlje države članice gostiteljice v skladu z domačimi imigracijskimi pravili, preden lahko pridobijo dostop do nacionalnih trgov te države članice, da bi opravljali gospodarsko dejavnost kot zaposlene ali samozaposlene osebe?

48. O tej točki je Sodišče, spet v zadevi *Savas*, nedvoumno razsodilo, da lahko turški državljani zahtevajo gospodarske pravice v državi članici gostiteljici, če je njihov položaj v članici zakonito urejen.[25] Člen 41(1) Dodatnega protokola ne podeljuje gospodarskih pravic neposredno turškim državljanom, ampak le zagotovi, da se pravice, ki jih ti državljani lahko zahtevajo v državi članici gostiteljici, določijo glede na nacionalno pravo, veljavno na dan, ko je Dodatni protokol začel veljati za to državo članico. Vseeno pa glede na dejstvo, da obstaja očitna vsebinska sestavina pri določanju, katero

22 — Na podlagi te določbe so bili sprejeti številni ukrepi Skupnosti za sprejem državljanov tretjih držav za posebne namene. Glej na primer Direktivo Sveta 2004/114/ES z dne 13. decembra 2004 o pogojih za sprejem državljanov tretjih držav za študij, izmenjave učencev, neplačano usposabljanje ali prostovoljno delo (UL L 375, str. 12) in Direktivo Sveta 2005/71/ES z dne 12. oktobra 2005 o posebnem postopku za dovolitev vstopa državljanom tretjih držav za znanstveno raziskovanje (UL L 289, str. 15).

23 — V skladu s členoma 1 in 2 Protokola o položaju Združenega kraljestva in Irske, priloženega k Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti, se nobena od teh direktiv ne uporablja v Združenem kraljestvu.

24 — Sodba z dne 21. oktobra 2003 (C-317/01 in C-369/01, Recueil, str. I-12301, točka 65).

25 — Točka 65 sodbe, navedena v točki 36 teh sklepnih predlogov.

pravo je treba uporabiti pri vlogi za opravljanje gospodarske dejavnosti v državi članici, saj se s tem določi obseg pravic, ki jih je mogoče uživati na podlagi nacionalnega prava, ni razloga, da pravilo, določeno v zadevi Savas o predhodnem zakonitem vstopu in dovoljenem prebivanju turškega državljana, ne bi veljalo za člen 41(1) Dodatnega protokola.

49. Zdi se, da je to resnično edini način za dosledno razumevanje zadeve Savas. Treba je domnevati, da se ob razsodbi Sodišča, po kateri nacionalno sodišče odloča, ali so nacionalna pravila, ki so jih pristojni organi za priseljevanje uporabili v zadevi A. Savasa, poslabšala njegov položaj v primerjavi z uporabo imigracijskih pravil iz leta 1973,[26] to lahko nanaša le na stanje po tistem, ko je A. Savas pridobil formalno dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo za opravljanje dejavnosti. Dejstvo, da je A. Savas dobil dovoljenje za vstop v Združeno kraljestvo s turističnim vizumom, se v tem primeru ne more upoštevati kot zadostno, ker opravljanje dejavnosti po definiciji vključuje prebivanje v daljšem obdobju. Če se v nasprotju s tem dopusti možnost, da Sodišče te zahteve pri A. Savasu ni nameravalo uporabiti, bi tako ravnanje njega in druge turške državljane, ki s prebivanjem v Združenem kraljestvu kršijo pravo na področju priseljevanja te države članice, postavilo v ugodnejši položaj kot turške državljane, ki so vložili zahtevo za dovoljenje za vstop za opravljanje dejavnosti v skladu s trenutno veljavnimi imigracijskimi pravili. Sodišče zagotovo ni imelo takšnega namena. Prava Skupnosti ne bi smeli razlagati in uporabljati v smislu, da omogoča in celo spodbuja izigravanje nacionalnih pravil, ki poleg tega še vedno spadajo v izključno pristojnost držav članic.

50. Ugotovljeno je bilo tudi, da člen 41(1) Dodatnega protokola v primerjavi z drugimi določbami o mirovanju, kot je člen 13 Sklepa 1/80, ne vsebuje nobenih omejitev ali pogojev, ki bi omejevali njegovo uporabo. Spomniti je treba, da člen 13 Sklepa 1/80 prepoveduje uvajanje novih omejitev glede pogojev dostopa do zaposlitve, ki se nanašajo na turške delavce in njihove družinske člane, ki „zakonito prebivajo in so zaposleni“ na ozemlju članice.

51. Ta argument se mi ne zdi prepričljiv. Člen 13 Sklepa 1/80 je ena od podrobnih določb, ki jih je sprejel Pridružitveni svet na podlagi člena 36 Dodatnega protokola. Ta določa, da Pridružitveni svet sprejme pravila za postopno zagotovitev prostega gibanja delavcev med državami članicami in Turčijo. Za turške državljane, ki želijo opravljati dejavnost v državi članici, do zdaj še ni bila

26 — Točka 70 sodbe.

sprejeta nobena taka določba. Njihove pravice so v celoti določene z določbo o mirovanju po členu 41 (1) Dodatnega protokola. Predlagal bi, da v teh razmerah, v katerih ne obstajajo primerljive podrobne določbe, ki bi urejale svobodo ustanavljanja, to ne pomeni, da turški državljani, ki nameravajo opravljati gospodarsko dejavnost kot samozaposlene osebe, uživajo širše pravice do ustanavljanja v državi članici kot turški državljani, ki želijo imeti dostop do opravljanja gospodarske dejavnosti, ki je lahko istovrstna dejavnost, v delovnem razmerju. Namesto ločevanja med določbami za delavce in samozaposlene osebe je treba sprejeti skupno razlago teh določb. To je še toliko nujnejše, ker je interes držav članic za sprejemanje obeh kategorij turških državljanov podoben, če ne celo enak.

52. Zaradi vseh teh razlogov ugotavljam, da sta zakonit vstop in zakonito prebivanje v državi članici gostiteljici v skladu z domačim pravom na področju priseljevanja prva pogoja za pravico turških državljanov, da se sklicujejo na zaščito iz člena 41(1) Dodatnega protokola za zagotovitev, da se njihove vloge za opravljanje dejavnosti v državi članici obravnavajo na podlagi zakonodaje, veljavne v času, ko je Dodatni protokol začel veljati za državo članico gostiteljico.

3. Ali pravica do ustanavljanja v smislu člena 41(1) Dodatnega protokola vključuje pravico do vstopa v državo članico?

53. Stranke, ki so podprle pritrdilni odgovor na predhodno vprašanje House of Lords, se sklicujejo na člen 13 Pridružitvenega sporazuma, ki določa, da se pri ukinjanju omejitev glede pravice do ustanavljanja med pogodbenicami kot vodilno načelo uporablja člen 43 ES. V sodni praksi glede člena 43 ES Sodišče vztraja, da uresničevanje pravice do ustanavljanja med državami članicami nujno pomeni pravico do vstopa v državo članico gostiteljico.[27] Zato te stranke trdijo, da mora to veljati tudi v okviru Pridružitvenega sporazuma.

54. Poudarjajo tudi, da je Sodišče v zadevi Barkoci in Malik[28] glede pravice do ustanavljanja v okviru Evropskega sporazuma z Republiko Češko, sklicujoč se na sodno prakso po Pogodbi ES in Pridružitvenem

27 — Glej sodno prakso, navedeno v opombi 6.

28 — Navedena v opombi 6.

sporazumu s Turčijo, trdilo, da „pravica do enake obravnave državljanov glede ustanavljanja [...] v resnici pomeni, da sta pravici do vstopa in prebivanja češkim državljanom, ki nameravajo opravljati dejavnosti industrijskega ali komercialnega značaja, obrtniške dejavnosti ali poklicne dejavnosti v državi članici, dodatek k pravici do ustanavljanja."[29]

55. Vseeno je po mojem vprašljivo, ali je načela, ki veljajo v zvezi s svobodo ustanavljanja v Skupnosti, mogoče brez nadaljnje opredelitve prenesti tako, da svobodo uveljavljajo državljani tretje države v odnosih med Skupnostjo in tretjimi državami. Pravila in načela, ki veljajo za svobodo ustanavljanja v Skupnosti, izhajajo iz temeljnega cilja Skupnosti, da vzpostavi notranji trg, ki je, kot lahko spomnimo, opisan v členu 14 ES kot „območje brez notranjih meja, na katerem je v skladu z določbami te pogodbe [ES] zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala". Glede na ta cilj je pravica do vstopa v države članice za uveljavljanje svoboščin, ki jih jamči Pogodba ES, bistvena. Če bi države članice državljanom drugih držav članic lahko določale pogoje za vstop na svoje ozemlje, potem bi notranji trg postal iluzija.

56. Cilj pridruževanja Turčije je precej drugačen. V skladu s členom 2(1) Pridružitvenega sporazuma je njegov cilj „spodbujati stalno in uravnoteženo krepitev trgovinskih in gospodarskih odnosov med pogodbenicami ob upoštevanju potrebe po zagotavljanju pospešenega razvoja turškega gospodarstva ter izboljšanja stopnje zaposlenosti in življenjskih pogojev turškega ljudstva". Nenazadnje želi sporazum prispevati k izboljšanju življenjskega standarda turškega ljudstva, kar bo olajšalo kasnejši pristop Turčije k Skupnosti.[30]

57. Dosedanje sodelovanje med Skupnostjo in Turčijo je privedlo do vzpostavitve carinske unije, ne pa tudi do skupnega ali notranjega trga, za katerega je značilen neobstoj notranjih meja. V nasprotju s carinskimi unijami, ki so omejene na liberalizacijo trgovine z blagom med vključenimi državami, je namen skupnih trgov vzpostavitev prostega pretoka blaga, storitev in proizvodnih dejavnikov. Torej morajo jamčiti prosto gibanje delavcev, prost pretok kapitala in svobodo ustanavljanja. V Pridružitvenem sporazumu in Dodatnem protokolu so določbe o tem pretežno programske in predvidevajo le izhodišče za liberalizacijo na določen datum v prihodnosti. Celo tam, kjer je prišlo do natančnejših dogovorov, kot pri prostem gibanju delavcev (člen 6 in nadaljnji Sklepa 1/80), teh določb ni mogoče primerjati z vzporednimi pravicami, ki jih jamči

29 — Točka 50 sodbe.

30 — Glej četrto uvodno izjavo in člen 28 Pridružitvenega sporazuma.

Pogodba ES (člen 39 ES in Uredba št. 1612/68). Ob neobstoju podobnih določb, katerih cilj je omogočiti svobodo ustanavljanja, je še toliko očitneje, da določb o ustanavljanju v smislu Pridružitvenega sporazuma ni mogoče razlagati vzporedno s členom 43 ES. Zlasti ker meje med državami članicami in Turčijo niso odpravljene, da bi lahko jamčile prost pretok kot na notranjem trgu Skupnosti, pravice do vstopa ni mogoče šteti za potreben prvi pogoj za uresničevanje pravic glede ustanavljanja v okviru pridruževanja s Turčijo.

58. Druga razlika med določbami o svobodi ustanavljanja v Pogodbi ES ter Pridružitvenem sporazumu in Dodatnem protokolu je v tem, da prva podeljuje pravico do ustanavljanja, ki jo je mogoče uveljavljati neposredno prek nacionalnih sodišč, turški državljani pa, kot je ugotovilo Sodišče v zadevi *Savas*, na podlagi člena 41(1) Dodatnega protokola ne pridobijo neposredne pravice do ustanavljanja. Na to določbo se lahko sklicujejo le zaradi zagotavljanja, da se zanje uporabijo nacionalni predpisi o ustanavljanju, kakršni so obstajali na dan začetka veljavnosti Dodatnega protokola za države članice gostiteljice. To pomeni, da je bilo državam članicam dovoljeno uporabiti take nacionalne predpise o ustanavljanju za turške državljane, ne glede na to, ali je bilo te predpise mogoče upravičiti z uporabo v okviru Pogodbe ES. Ta pomembna razlika v naravi pravice do ustanavljanja po Pogodbi ES in Pridružitvenem sporazumu je drugi razlog, da skupna razlaga člena 41(1) Dodatnega Protokola in člena 13 Pridružitvenega sporazuma ni preprosta.

59. Dejstvu, da v nasprotju z državljani držav članic turški državljani nimajo neposredne in avtomatične pravice do ustanavljanja v državah članicah, nujno sledi, da nimajo samoumevne ali pridobljene pravice do vstopa na ozemlje držav članic, da bi tam ustanovili podjetje. Zunaj okvira gibanja v Skupnosti je vprašanje pridobitve dostopa na ozemlje države članice treba ločiti od vprašanja dostopa na trge v tej državi članici. Pravice do vstopa v državo članico ni mogoče šteti za nujen dodatek k svobodi ustanavljanja v okviru Pridružitvenega sporazuma s Turčijo. To pomeni, da predpisi, ki urejajo vstop turških državljanov na ozemlje države članice, ne sodijo v okvir *ratione materiae*

člena 41(1) Dodatnega protokola in jih države članice torej lahko prilagodijo ali poostrijo z vidika svojih socialno-ekonomskih in demografskih interesov.

61. Sklepam torej, da svoboda ustanavljanja iz člena 41(1) Dodatnega protokola ne vključuje pogojev, ki urejajo vstop turških državljanov v države članice. To pomeni, da se ni mogoče sklicevati na to določbo, da bi preprečili uporabo strožjih pogojev za vstop turškega državljana, kot so veljali na dan začetka veljavnosti Dodatnega protokola za zadevno državo članico.

60. Res je, da je Sodišče v zadevi Barkoci in Malik navedlo, da v skladu s sodno prakso o svobodi ustanavljanja po Pogodbi ES in Pridružitvenem sporazumu s Turčijo svoboda ustanavljanja pomeni pravico do vstopa in prebivanja kot njen nujni dodatek. Sodišče je v tem okviru glede turških državljanov navajalo sodbo v zadevi Savas. Vendar pa se točke, ki jih navaja Sodišče[31] v sodbi, nanašajo le na pravico do prebivanja kot dodatek k pravici do ustanavljanja in vstopa sploh ne omenjajo. Kot sem predhodno ugotovil, zadeva Savas izrecno sploh ne obravnava vprašanja vstopa, saj to ni bilo sporno v tej zadevi. Pravica do vstopa državljanov tretjih držav v državo članico je v celoti ločena od pravice do prebivanja v povezavi s svobodo ustanavljanja in je brez natančnejše razlage Sodišča ni mogoče preprosto šteti kot del te svobode. Sklicevanje na pravico do vstopa v povezavi s svobodo ustanavljanja za turške državljane v zadevi Barkoci in Malik torej ni podprto s sodno prakso Sodišča.

4. Težava, da imigracijska pravila določajo pogoje za ustanavljanje

62. Če se turški državljani ne morejo sklicevati na člen 41(1) Dodatnega protokola, da bi ugovarjali uporabi strožjih pogojev priseljevanja, ker je ta omejen na zaščito teh državljanov pred uporabo strožjih meril za ustanavljanje, se pojavi vprašanje, kako naj se ta načela uporabljajo pri določbah, kot so obravnavana imigracijska pravila Združenega kraljestva, glede na dejstvo, da je po teh pravilih odločitev o vstopu v Združeno kraljestvo tistih turških državljanov, ki tam nameravajo ustanoviti podjetje, odvisna od izpolnjevanja pogojev v zvezi z gospodarsko dejavnostjo v tej državi.

31 — Točki 60 in 63, navedeni v točkah 33 in 34 teh sklepnih predlogov.

63. Pri odgovoru na to vprašanje je treba še enkrat poudariti, da glede na današnje stanje prava Skupnosti države članice ohranjajo pristojnost na področju priseljevanja in so torej upravičene do urejanja prvega vstopa državljanov tretjih držav na svoje ozemlje. V skladu z mojim zgornjim sklepom lahko turški državljani zahtevajo gospodarske pravice v smislu Pridružitvenega sporazuma s Turčijo šele po tem, ko so dobili formalno dovoljenje za vstop in zakonito prebivajo na ozemlju države članice v skladu z njenimi imigracijskimi merili in postopki. Oziroma, turški državljani se ne morejo sklicevati na gospodarske pravice, ki bi jim morda lahko bile odobrene v tem okviru, da bi zahtevali pravico do vstopa v državo članico.

64. Dejstvo je, da so se po obdobju gospodarske stagnacije Zahodne Evrope v sedemdesetih letih politike priseljevanja držav članic glede državljanov tretjih držav, vključno s turškimi, zaostrile. Z vidika prava Skupnosti ta razvoj ni sporen glede na dejstvo, da spada politika priseljevanja v izključno pristojnost držav članic. V okviru svojih politik priseljevanja so države članice poleg uporabe meril, povezanih z javno politiko, upravičene predpisovati merila glede namenov, zaradi katerih posameznik želi pridobiti dovoljenje za vstop, npr. študij, zaposlitev ali opravljanje dejavnosti, in preverjati izpolnjevanje teh meril, preden se vstop odobri. Na ta način lahko zagotovijo ne le varovanje interesov nacionalne politike, ampak tudi, da bo prosilec, državljan tretje države, verjetneje dosegel svoj cilj in da z vlogo misli resno. V tem okviru je očitno, da je treba vlogo za dovoljenje za vstop v državo članico za ustanavljanje proučiti skrbneje kot vlogo za sprejem turista in da slednje ni mogoče uporabiti kot osnovo za dejavnosti, za katere ni bila namenjena. Izključna pristojnost držav članic pri urejanju priseljevanja državljanov tretjih držav pomeni, da imajo pravico prilagajati merila, ki jih uporabljajo za izdajo dovoljenj za vstop na svoje ozemlje z vidika zahtev javne politike ter razvoja socialno-ekonomskih in demografskih interesov, in tudi po potrebi zaostriti ta merila.

65. Z vidika teh načel je treba priznati, da turški državljan s sklicevanjem na člen 41(1) Dodatnega protokola ne more zagotoviti, da se bo njegova ali njena vloga za dovoljenje za vstop na ozemlje države članice za ustanovitev podjetja presojala v skladu z merili, ki so veljala ob začetku veljavnosti Dodatnega protokola za to državo članico. Če bi priznali tako pravico, bi to spodkopalo izključno pristojnost držav članic, ki jo je priznalo Sodišče v zadevi Savas, da urejajo prvi sprejem turških državljanov. Ta pristojnost ne vključuje le pooblastila za presojo vlog za vstop, ampak tudi pooblastilo za prilagajanje

meril presoje. Na področju, kot je politika priseljevanja, je treba pravo Skupnosti razlagati in uporabljati tako, da zagotavlja učinkovito uporabo pristojnosti, ki ostajajo državam članicam.[32]

66. Če ni bistveno, ali gospodarske dejavnosti opravljajo turški državljani kot zaposlene ali samozaposlene osebe, potem je z gospodarskega vidika mogoče opozoriti na nelogično trditev, da morajo države članice upoštevati določbo o mirovanju glede dovoljevanja vstopa za drugo navedene, ne pa glede dovoljevanja vstopa prvih.

67. Zavedam se dejstva, da ta pristop *de facto* pomeni, da morajo turški državljani izpolnjevati strožje pogoje za ustanovitev podjetja v državi članici, kot je veljalo na začetku veljavnosti Dodatnega protokola za državo članico gostiteljico. Vendar pa je to neizogibna posledica delitve pristojnosti med državami članicami in Skupnostjo na področju priseljevanja. Ko turški državljan ali državljanka dobi dovoljenje za vstop na ozemlje države članice gostiteljice, se lahko sklicuje na varstvo člena 41(1) Dodatnega protokola, ko ugovarja uporabi katerih koli drugih pogojev za ustanavljanje, ki so se sčasoma zaostrili. Ta pravica je zlasti pomembna za turške državljane, ki jim je dovoljen vstop v državo članico kot delavcem in ki se čez nekaj časa odločijo za ustanovitev svojega podjetja ter imajo lahko potem korist od blažjih pogojev za ustanavljanje. To se mi zdi glavni namen člena 41(1) Dodatnega protokola.

68. Ta razmišljanja privedejo do zaključka, da se člen 41(1) Dodatnega protokola ne uporablja za imigracijska pravila, kakršna so obravnavana v glavnem postopku.

5. Zavrnjeni prosilci za azil

69. Če se Sodišče ne strinja s tem stališčem, potem je naprej treba preučiti podredni predlog Združenega kraljestva, da zavrnjeni prosilci za azil ne bi smeli imeti pravice do sklicevanja na zaščito člena 41(1) Dodatnega

32 — Glej v istem smislu moje sklepne predloge z dne 27. aprila 2006 v zadevi Jia (C-1/05, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točka 63).

protokola, saj bi to privedlo do zlorabe pravic.

70. V tem pogledu je pomembno poudariti, da odločitev o zavrnitvi prošnje turškega državljana za azil in posledična odredba za izgon v drugo državo članico v skladu z azilnim sistemom Skupnosti ter odločitev o zavrnitvi vstopa turškega državljana za opravljanje dejavnosti temeljijo izključno na nacionalnem pravu. Člen 41(1) Dodatnega protokola ureja samo, katero pravo *ratione temporis* je merodajno za sprejetje take odločitve. Ne zagotavlja pa neodvisne pravice do ustanavljanja.

71. Ni treba ugotavljati, ali je poskus sklicevanja V. Tuma in M. Darija na člen 41(1) Dodatnega protokola treba šteti za zlorabo pravic, če naj bi Sodišče odločilo, ali sta se upravičena sklicevati na to določbo, da bi se njuni vlogi presojali po imigracijskih pravilih iz leta 1973, saj to ne bi – vsaj z vidika prava Skupnosti – na noben način vplivalo na veljavnost prvotne odločitve, ki so jo sprejeli organi za priseljevanje Združenega kraljestva o njuni vlogi za azil.

72. Tudi če izpolnjujeta merila iz imigracijskih pravil iz leta 1973, ne bi smeli prezreti, da sta to lahko naredila le na podlagi dejavnosti, ki sta jih opravljala v obdobju, v katerem jima uradno ni bilo dovoljeno prebivati na ozemlju Združenega kraljestva in njun pravni status ni bil urejen. Dejansko stanje, ustvarjeno v takih okoliščinah nezakonitega prebivanja, po mojem mnenju ne more predstavljati zadostne osnove za ustvarjanje gospodarskih pravic do ustanavljanja in za pravico zahtevati, da se prošnja za dostop do nacionalnih trgov obravnava po ugodnejših nacionalnih določbah, ki so se od takrat že spremenile. Vloge za dovoljenje za vstop v državo članico za opravljanje dejavnosti, ki so jih predložili turški državljani, ki pa so s predhodnim vstopom in/ali prebivanjem v tej državi članici kršili domače pravo na področju priseljevanja, je treba obravnavati na enaki podlagi kot podobne vloge, ki jih predložijo drugi turški državljani, ki poskušajo pridobiti dovoljenje za vstop v skladu s temi nacionalnimi imigracijskimi pravili. Glede združljivosti tega pristopa z zadevo *Savas* se sklicujem na svoje pripombe v zgoraj navedeni točki 49.

VI – Predlog

73. Na podlagi vsega navedenega predlagam, naj Sodišče na vprašanje House of Lords odgovori tako:

Člen 41(1) Dodatnega protokola k Pridružitvenemu sporazumu, podpisanem v Bruslju dne 23. novembra 1970, ne prepoveduje državi članici, da od dneva začetka veljavnosti tega protokola v tej državi članici, sprejme nove omejitve pogojev in postopka za vstop turškega državljana na svoje ozemlje, ki v tej državi članici namerava opravljati dejavnost.