FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 8. maj 2001 [1]

1. På grund af deres midlertidige stilling inden for fællesskabsretten [2] er associeringsaftalerne velegnede til at indgå i sammenligninger med de principper, der gælder i henhold til traktaten.

2. Hvad enten de hører til den kategori af aftaler, der er indgået med henblik på samarbejde på udviklingsområdet, eller tilhører de såkaldte »førtiltrædelsesaftaler« [3], forudsætter en fortolkning af disse ofte en meget grundig undersøgelse af de elementer, som adskiller dem fra de traditionelle fællesskabsretlige principper, navnlig fordi en del af disse elementer, som er tilpasset aftalernes særlige formål, samtidig har en fremtrædende plads heri.

3. Blandt disse principper hører fri bevægelighed for personer til dem, som oftest er behandlet i Domstolens praksis. Især arbejdskraftens frie bevægelighed har afstedkommet et stort antal domme, der er afsagt under anvendelse af den aftale, som ligger til grund for en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet [4].

4. Hvad sagens genstand angår, nemlig fri bevægelighed for personer og den dermed forbundne ret til indrejse og ophold, følger denne sag i kølvandet på de foregående. Der er dog andre aspekter, som adskiller den fra disse.

5. De relevante bestemmelser i europaaftalerne omhandler ikke arbejdskraftens frie bevægelighed, men etableringsfrihed. De statsborgere fra tredjelande, som påberåber sig denne ret, ønsker at etablere sig på en medlemsstats område for at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed. Selv om terminologien er den samme, er de bestemmelser, der gælder for den etableringsfrihed, som hovedsagen omhandler, ikke nøjagtig de samme som dem, der i henhold til traktaten gælder for fællesskabsborgere.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Associeringsaftalen bør »dække hele området mellem handelsaftalen og tiltrædelsesaftalen« (W. Hallstein, citeret af C. Blumann i dennes overordnede konklusioner i kolloktiet »Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté: essai de clarification«, *Actes du colloque*, Bruylant, 1999, s. 319). C. Blumann tilføjer, at associeringsaftalen i sin oprindelige idé skulle dække »alt, hvad der gik ud over handelsaftalen, men ikke kom med i udvidelsen«.

3 — B. Flamand-Lévy: »Essay de typologie des accords externes«, *Actes du colloque*, anført ovenfor, s. 66.

4 — JO 1964, nr. 217, s. 3687, herefter »aftalen EØF/Tyrkiet«.

6. En anden omstændighed, som adskiller tvisten i hovedsagen, er den kendsgerning, at den pågældende virksomhed er prostitution. I betragtning af den uklarhed, der er omkring måden, erhvervet udøves på, de fordomme, det vækker med hensyn til respekten for den menneskelige værdighed, og dets følger for den offentlige orden er prostitution i mange henseender et erhverv, som det fra første færd er vanskeligt at henføre til et fast regelsæt.

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

7. Hovedsagen er anlagt af to polske statsborgere, A.M. Jany og K.A. Szepietowska, og fire tjekkiske statsborgere, E. Padevetova, R. Zacalova, Z. Hrubcinova og S. Überlackerova [5] mod Staatssecretaris van Justitie [6]. Disse tredjelandsstatsborgere har bosat sig i Nederlandene på forskellige datoer i perioden fra maj 1993 til oktober 1996 på grundlag af udlændingeloven, og de arbejder alle i Amsterdam (Nederlandene) som prostituerede.

8. De har hos politimesteren ved regionalpolitiet for Amsterdam-Amstelland indgivet ansøgninger om udstedelse af opholdstilladelse med det formål at udføre arbejde som selvstændig prostitueret. Disse ansøgninger er blevet afvist af Immigratieen Naturalisatiedienst (indvandrer- og naturalisationsmyndighed) under Justitsministeriet [7]. Sagsøgerne i hovedsagen har dernæst indgivet klager over afslagene til den samme myndighed, som ved afgørelser af 6. februar 1997 også erklærede klagerne for ubegrundede med henvisning til, at prostitution er et forbudt erhverv, eller at det i hvert fald ikke er en socialt accepteret form for arbejde, hvorfor det ikke kan betragtes som et lovligt arbejde eller som et liberalt erhverv.

9. Ved domme af 1. juli 1997 har Arondissementsrechtbank, Haag (Nederlandene), fundet, at de indgivne klager over de nederlandske myndigheders afslag af 6. februar 1997 var begrundede, og har annulleret dem som følge af manglende begrundelse.

10. Ved afgørelser af 12. og 23. juni samt af 3. og 9. juli 1998 har IND atter truffet afgørelse vedrørende klagerne fra sagsøgerne i hovedsagen og fundet, at de alle var ubegrundede.

11. Sagsøgerne i hovedsagen har anlagt søgsmål ved den nationale ret med påstand om annullation af de nye afgørelser truffet af de nederlandske myndigheder.

5 — Herefter »sagsøgerne i hovedsagen«.

6 — Herefter »statssekretæren«.

7 — Herefter »IND«.

12. Sagsøgerne i hovedsagen mener, at de i henhold til bestemmelserne i artikel 44 i europaaftalen af 16. december 1991 om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og medlemsstaterne på den ene side og Republikken Polen på den anden side[8] og bestemmelserne i artikel 45 i europaaftalen af 4. oktober 1993 om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og medlemsstaterne på den ene side og Den Tjekkiske Republik på den anden side[9] har ret til indrejse i Nederlandene som selvstændige prostituerede og navnlig ret til en behandling, der ikke er mindre gunstig end den, Kongeriget Nederlandene indrømmer sine egne statsborgere.

13. Ifølge sagsøgerne har begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« i associeringsaftalerne nøjagtig samme betydning som »selvstændig erhvervsvirksomhed« i EF-traktatens artikel 52, andet afsnit (efter ændring nu artikel 43, andet afsnit, EF), som fastlægger anvendelsesområdet for etableringsfrihed.

14. Sagsøgerne i hovedsagen mener desuden at have godtgjort, at de faktisk arbejder som selvstændige erhvervsdrivende og opfylder alle de hermed forbundne retlige krav. De anfører, at deres egenskab af selvstændige erhvervsdrivende ikke kan drages i tvivl med den begrundelse, at deres virksomhed kun kræver få investeringer, fordi arbejdsfaktoren er dominerende. Ifølge deres opfattelse lægger statssekretæren med urette vægt på kravet om etablering og drift af en virksomhed.

15. Statssekretæren har over for den nationale ret gjort gældende, at prostitution ikke er en erhvervsvirksomhed, der er omfattet af associeringsaftalernes anvendelsesområde. Når prostitution ikke udtrykkeligt er holdt uden for disse aftaler, skyldes det, at dette erhverv i forvejen på de fleste af de kontraherende parters område er forbudt ved lov.

16. Hvis prostituerede fra associerede lande fik tilladelse til at rejse til Nederlandene for at etablere sig, ville dette ifølge statssekretæren indebære en risiko for bedrageri, idet man kan foregive at drive selvstændig virksomhed eller deltage i en virksomhed med det ene formål at opnå opholdstilladelse på grundlag af associeringsaftalen. Det er navnlig hverken muligt at fastslå, om sagsøgerne i hovedsagen virkelig arbejder som selvstændige, eller om de er kommet til Nederlandene af egen fri vilje. Det vil heller ikke være muligt at konstatere, om de kan disponere frit over deres egen indtægt, eller om de er hvervet af en arbejdsgiver, som de skal betale en del af deres indtægt til.

17. Statssekretæren er af den opfattelse, at selv om man accepterer, at prostitution er erhvervsvirksomhed i associeringsaftalernes betydning, påberåber sagsøgerne i

8 — EFT 1993 L 348, s. 2, herefter »aftalen Fællesskaberne/Polen«.

9 — EFT 1994 L 360, s. 2, herefter »aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik«.

hovedsagen sig i dette tilfælde rettigheder baseret på associeringsaftalerne, uden at de har haft i sinde at etablere og drive egen virksomhed. Han anfører herved, at sagsøgerne i hovedsagen kun har fast bopæl i Nederlandene i en kort periode af året og »først og fremmest kommer med deres eget arbejde og ikke med risikokapital«.

II — Relevante retsforskrifter

A — *Fællesskabsretlige bestemmelser*

Aftalen Fællesskaberne/Polen

18. Aftalen Fællesskaberne/Polen er i overensstemmelse med artikel 121 trådt i kraft den 1. februar 1994.

19. I henhold til aftalens betragtninger [10]:

»[e]rkender [de kontraherende parter], at Fællesskabet og Polen ønsker at styrke [deres traditionelle] bånd og etablere nære og varige forbindelser på grundlag af gensidighed, som kan gøre det muligt for Polen at deltage i den europæiske integrationsproces og således styrke og udvide de forbindelser, der er etableret tidligere [...]

[...]

[e]rindrer [de kontraherende parter] sig de økonomiske og sociale forskelle mellem Fællesskabet og Polen og [...] erkender [således], at denne associerings mål skal virkeliggøres på grundlag af passende bestemmelser i denne aftale,

[...]

[e]rkender [de kontraherende parter], at Polens endelige mål er at blive medlem af Fællesskabet, og at denne associering efter parternes opfattelse vil hjælpe til at virkeliggøre dette mål«.

20. Associeringsaftalen har i henhold til artikel 1, stk. 2, bl.a. til formål at udvikle

10 — Anden, tolvte og femtende betragtning.

samhandelen og de harmoniske økonomiske forbindelser mellem parterne og således fremme en dynamisk økonomisk udvikling og velstand i Polen og tillige skabe en passende ramme for Polens gradvise integration i Fællesskabet.

21. De relevante bestemmelser i aftalen Fællesskaberne/Polen er indeholdt i afsnit IV, der har overskriften »Arbejdskraftens bevægelighed, etablering, tjenesteydelser«.

22. I artikel 44, stk. 3 og 4, i aftalen Fællesskaberne/Polen, som er indeholdt i kapitel II, der har overskriften »Etablering«, bestemmes det:

»3. Hver af medlemsstaterne indrømmer fra tidspunktet for denne aftales ikrafttræden en behandling, der ikke er mindre gunstig end den, de indrømmer egne virksomheder og statsborgere, med hensyn til etablering af polske virksomheder og statsborgere, jf. artikel 48, og de indrømmer polske virksomheder og statsborgere etableret på deres områder i disses aktiviteter en behandling, der ikke er mindre gunstig end den, de indrømmer egne virksomheder og statsborgere.

4. I denne aftale forstås ved

a) »*etablering*«

i) hvad angår statsborgere, retten til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber, som de faktisk kontrollerer. Statsborgere må i deres selvstændige erhvervsvirksomhed eller forretningsvirksomhed ikke søge eller tage beskæftigelse på arbejdsmarkedet, ej heller kan de derved opnå nogen ret til adgang til den anden parts arbejdsmarked. Bestemmelserne i dette kapitel finder ikke anvendelse på sådanne, som ikke udelukkende udøver selvstændig erhvervsvirksomhed

[...]

c) »*erhvervsvirksomhed*«: i særdeleshed virksomhed inden for industri, handel, håndværk og liberale erhverv.«

23. Artikel 53, stk. 1, i aftalen Fællesskaberne/Polen fastsætter, at »[b]estemmel-

serne i dette kapitel anvendes under hensyntagen til begrænsninger begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed«.

24. I artikel 58, stk. 1, i aftalen Fællesskaberne/Polen, som er indeholdt i kapitel IV, der har overskriften »Almindelige bestemmelser«, bestemmes det:

»For så vidt angår afsnit IV i denne aftale er intet i aftalen til hinder for, at parterne anvender deres love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold, arbejde, arbejdsvilkår, etablering af fysiske personer og udveksling af tjenesteydelser, forudsat at de ikke anvender dem på en sådan måde, at fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses. Denne bestemmelse berører ikke anvendelsen af artikel 53.«

Aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik

25. Aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik er i overensstemmelse med artikel 123 trådt i kraft den 1. februar 1995.

26. Følgende bestemmelser i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik er, bortset fra nogle mindre ændringer af redaktionel karakter, en gentagelse af ordlyden i de tilsvarende bestemmelser i aftalen Fællesskaberne/Polen, idet kun nummereringen af betragtningerne (med undtagelse af anden betragtning) og artiklerne er ændret.

27. I henhold til aftalens betragtninger [11]:

»[e]rkender [de kontraherende parter], at Fællesskabet og Den Tjekkiske Republik ønsker at styrke [deres traditionelle] bånd og etablere nære og varige forbindelser på grundlag af gensidighed, som kan gøre det muligt for Den Tjekkiske Republik at deltage i den europæiske integrationsproces og således styrke og udvide de forbindelser, der er etableret tidligere [...]

[...]

[e]rindrer [de kontraherende parter] sig de økonomiske og sociale forskelle mellem Fællesskabet og Den Tjekkiske Republik og [...] erkender [således], at denne associerings mål skal virkeliggøres på grundlag af passende bestemmelser i denne aftale,

[...]

11 — Anden, femtende og attende betragtning.

[e]rkender [de kontraherende parter], at Den Tjekkiske Republiks endelige mål er at tiltræde Fællesskabet, og at denne associering efter parternes opfattelse vil hjælpe Den Tjekkiske Republik til at virkeliggøre dette mål«.

28. Associeringsaftalen har i henhold til artikel 1, stk. 2, bl.a. til formål at udvikle samhandelen og de harmoniske økonomiske forbindelser mellem parterne og således fremme en dynamisk økonomisk udvikling og velstand i Den Tjekkiske Republik og tillige skabe en passende ramme for Den Tjekkiske Republiks gradvise integration i Fællesskabet.

29. De relevante bestemmelser i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik er indeholdt i afsnit IV, der har overskriften »Arbejdskraftens bevægelighed, etablering, tjenesteydelser«.

30. I artikel 45 i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik, som er indeholdt i kapitel II, der har overskriften »Etablering«, bestemmes det:

»3. Hver af medlemsstaterne indrømmer fra tidspunktet for denne aftales ikrafttræden en behandling, der ikke er mindre gunstig end den, de indrømmer egne virksomheder og statsborgere, med hensyn til etablering af tjekkiske virksomheder og statsborgere, og de indrømmer tjekkiske virksomheder og statsborgere etableret på deres områder i disses aktiviteter en behandling, der ikke er mindre gunstig end den, de indrømmer egne virksomheder og statsborgere.

4. I denne aftale forstås ved

a) »*etablering*«

i) hvad angår statsborgere, retten til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber, som de faktisk kontrollerer. Statsborgere må i deres selvstændige erhvervsvirksomhed eller forretningsvirksomhed ikke søge eller tage beskæftigelse på den anden parts arbejdsmarked.

Bestemmelserne i dette kapitel finder ikke anvendelse på personer, som ikke udelukkende udøver selvstændig erhvervsvirksomhed

[...]

c) »*erhvervsvirksomhed*«: i særdeleshed virksomhed inden for industri, handel, håndværk og liberale erhverv.«

31. Artikel 54, stk. 1, i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik fastsætter, at »[b]estemmelserne i dette kapitel anvendes under hensyntagen til begrænsninger begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed«.

32. I artikel 59, stk. 1, i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik, som er indeholdt i kapitel IV, der har overskriften »Almindelige bestemmelser«, bestemmes det:

»For så vidt angår afsnit IV i denne aftale, er intet i aftalen til hinder for, at parterne anvender deres love og forskrifter vedrørende indrejse og ophold, arbejde, arbejdsvilkår, etablering af fysiske personer og udveksling af tjenesteydelser, forudsat at de ikke anvender dem på en sådan måde, at fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses. Denne bestemmelse berører ikke anvendelsen af artikel 54.«

B — *Kongeriget Nederlandenes lovgivning*

33. I henhold til artikel 11, stk. 5, i Vreemdelingenwet [12] kan opholdstilladelse i Nederlandene til en udlænding nægtes af hensyn til almenvellet.

34. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den af statssekretæren anvendte fortolkning af denne bestemmelse findes i kapitel B 12 i Vreemdelingencirculaire af 1994 [13]. I henhold hertil kan statsborgere fra tredjelande ikke få opholdstilladelse, medmindre deres tilstedeværelse i landet tjener en væsentlig national økonomisk interesse, eller der er tvingende grunde af humanitær art eller forpligtelser i henhold til internationale konventioner, der tvinger til at give opholdstilladelse [14].

35. I henhold til udlændingecirkulæret [15] skal statsborgere fra et af de tredjelande, med hvem De Europæiskegået en associe-

12 — Herefter »udlændingeloven«.

13 — Herefter »udlændingecirkulæret«.

14 — Det skal bemærkes, at ifølge den nederlandske regering gælder betingelsen om, at ansøgningen om opholdstilladelse tjener en »væsentlig økonomisk interesse for Nederlandene [...] ikke for statsborgere fra de kontraherende parter, som udøver selvstændig erhvervsvirksomhed« (punkt 28 i dens skriftlige indlæg).

15 — Kapitel B 12, stk. 4.2.3.

ringsaftale, såsom Republikken Polen og Den Tjekkiske Republik, for at få tilladelse til at drive selvstændig erhvervsvirksomhed i Nederlandene på grundlag af disse aftaler:

a) opfylde de almindelige betingelser, der gælder for en tilladelse til at drive selvstændig erhvervsvirksomhed, såvel som de særlige betingelser, der gælder for udøvelsen af det pågældende erhverv,

b) råde over tilstrækkelige økonomiske midler, og

c) ikke udgøre en fare for den offentlige orden, den nationale sikkerhed eller den offentlige sundhed.

36. I henhold til udlændingecirkulæret skal en ansøgning om etablering afslås, såfremt den pågældendes erhverv sædvanligvis udføres som lønnet arbejde. Ansøgeren kan til støtte for sin ansøgning fremlægge dokumenter, som i videst muligt omfang er udstedt af uafhængige personer eller instanser, og som beskriver det erhverv, den pågældende påtænker at udføre, såsom bevis for, at han er indskrevet i registeret i handelskammeret eller i en anden faglig organisation, en attest fra skattemyndighederne, der bekræfter, at han er momspligtig, en kopi af en kontrakt om køb eller leje af lokaler bestemt til erhvervsmæssigt formål eller regnskaber udført af en revisor eller et revisionskontor. Ved mistanke om, at der er tale om en »fiktiv konstruktion«, skal en ansøgning om tilladelse til at drive selvstændig erhvervsvirksomhed tillige forelægges Økonomiministeriet, som efterprøver, om ansøgeren har til hensigt at udøve en reel selvstændig virksomhed.

III — De præjudicielle spørgsmål

37. Da Arrondissementsrechtbank, Haag, fandt, at hovedsagen nødvendiggør en fortolkning af fællesskabsretten, har den udsat sagen og forelagt Domstolen følgende fem præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan polske og tjekkiske statsborgere umiddelbart påberåbe sig aftalerne i den forstand, at de over for en medlemsstat kan gøre krav på, at de har ret til indrejse og ophold i henhold til den i artikel 44 i aftalen med Polen og artikel 45 i aftalen med Den Tjekkiske Republik fastsatte ret til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, uanset den pågældende medlemsstats praksis på dette punkt?

2) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende: Har en medlemsstat i

henhold til artikel 58 i aftalen med Polen og artikel 59 i aftalen med Den Tjekkiske Republik kompetence til at stille nærmere betingelser for retten til indrejse og ophold, som f.eks. de betingelser, der nævnes i Kongeriget Nederlandenes praksis, herunder betingelsen om, at udlændingen i kraft af udøvelsen af erhvervet får tilstrækkelige midler til sit underhold [det vil ifølge kapitel A 4, afsnit 4.2.1, i udlændingecirkulæret af 1994 sige en nettoindtægt, som mindst er lig med eksistensminimum i den i Algemene Bijstandswet (den nederlandske almindelige bistandslov) forudsatte betydning]?

3) Giver artikel 44 i aftalen med Polen og artikel 45 i aftalen med Den Tjekkiske Republik mulighed for, at prostitution af sædelighedsgrunde ikke henføres under »selvstændig erhvervsvirksomhed«, fordi prostitution ikke falder ind under definitionen i artikel 44 i aftalen med Polen og artikel 45 i aftalen med Den Tjekkiske Republik, idet prostitution er forbudt i (de fleste af) associeringslandene, og fordi prostitution giver anledning til vanskeligt kontrollerbare problemer med hensyn til de prostitueredes handlefrihed og selvstændighed?

4) Giver artikel 43 EF (tidligere EF-traktatens artikel 52), artikel 44 i aftalen med Polen og artikel 45 i aftalen med Den Tjekkiske Republik mulighed for at sondre mellem de deri forekommende begreber henholdsvis »selvstændig erhvervsvirksomhed« og »selvstændig erhvervsvirksomhed« således, at en af en prostitueret udøvet virksomhed som selvstændig er omfattet af det i artikel 43 EF (tidligere EF-traktatens artikel 52) nævnte begreb, men ikke af det i den nævnte artikel i aftalerne nævnte begreb?

5) Såfremt svaret på det foregående spørgsmål lyder, at der kan anlægges den heri nævnte sondring:

a) Er det foreneligt med artikel 44 i aftalen med Polen og artikel 45 i aftalen med Den Tjekkiske Republik og den i denne bestemmelse tilstræbte etableringsfrihed at stille mindstekrav vedrørende virksomhedens omfang til den selvstændige, som disse bestemmelsers stk. 3 sigter til, og endvidere at opstille begrænsninger som f.eks.:

— Den erhvervsdrivende skal udføre faglært arbejde.

— Der skal være tale om en bedriftsplan.

— Den erhvervsdrivende skal (også) beskæftige sig med virk-

somhedens forvaltning og bogholderi og ikke (udelukkende) med udførende (produktions-) virksomhed.

— Den erhvervsdrivende skal tilstræbe virksomhedens kontinuitet, som bl.a. skal komme til udtryk ved, at den erhvervsdrivende skal have sit hovedopholdssted i Nederlandene.

— Der skal være tale om investeringer og indgåelse af langsigtede forpligtelser?

b) Giver artikel 44 i aftalen med Polen og artikel 45 i aftalen med Den Tjekkiske Republik mulighed for, at personer, som er afhængige af og skal betale faste beløb til den, der har hvervet og/eller beskæftiger dem, ikke betragtes som selvstændige, når det står fast, at der mellem de pågældende personer og den nævnte tredjemand ikke er tale om et ansættelsesforhold som det, ordene »selvstændig erhvervsvirksomhed« i stk. 4 i disse bestemmelser i aftalerne har til formål at forhindre?«

38. Disse spørgsmål indeholder to problemstillinger.

39. Den første vedrører tredjelandsstatsborgeres eventuelle ret til indrejse og ophold i en medlemsstats område i henhold til den etableringsfrihed, som er fastlagt i associeringsaftalerne mellem disse lande.

40. Den anden vedrører spørgsmålet, hvorvidt betegnelsen »selvstændig erhvervsvirksomhed« kan anvendes for prostitutionsvirksomhed, således at associeringsaftalernes bestemmelser vedrørende etablering finder anvendelse. Hvis artikel 44 i aftalen Fællesskaberne/Polen og artikel 45 i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik skal fortolkes således, at prostitution er »selvstændig erhvervsvirksomhed«, vil det princip om national behandling, som er fastsat i disse bestemmelser, kunne gøres gældende i denne sag.

41. Jeg skal først behandle spørgsmålet vedrørende retten til indrejse og ophold, derefter søge at præcisere omfanget af begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« og endelig tage stilling til, om det kan anvendes på prostitution.

IV — Spørgsmålet, om etableringsfriheden medfører ret til indrejse og ophold (første og andet præjudicielle spørgsmål)

42. Det fremgår af de to første præjudicielle spørgsmål, at den nationale ret ønsker

en afklaring vedrørende indholdet af artikel 44 og 58 i aftalen Fællesskaberne/Polen samt den direkte virkning af artikel 44, stk. 3, i samme aftale [16]. Jeg skal derfor undersøge, om denne bestemmelse er af en sådan art, at den umiddelbart medfører rettigheder for borgerne, som disse kan påberåbe sig for en medlemsstats domstol. I bekræftende fald må det afgøres, om polske statsborgeres ret til at etablere sig omfatter ret til indrejse og ophold.

A — *Spørgsmålet vedrørende den direkte virkning af artikel 44, stk. 3, i associeringsaftalen*

43. Som generaladvokat Mischo og generaladvokat Alber nyligt har anført, kan spørgsmålet om den direkte virkning af associeringsaftalerne uden vanskelighed besvares på baggrund af Domstolens faste praksis [17].

44. En bestemmelse i en aftale indgået af Fællesskabet med et tredjeland må anses for at have direkte virkning, når der af dens ordlyd samt af aftalens formål og karakter kan udledes en klar og præcis forpligtelse, hvis opfyldelse og retsvirkninger ikke er betinget af, at der udstedes yderligere retsakter [18].

45. Associeringsaftalens artikel 44, stk. 3, pålægger hver af medlemsstaterne en forpligtelse, som er formuleret i utvetydige vendinger, og som er klart afgrænset. Det fremgår klart, at medlemsstaterne er forpligtede til at give polske virksomheder og borgere den samme frihed til at etablere sig og udøve virksomhed, som deres egne statsborgere har.

46. Det har længe været anerkendt, at princippet om forbud mod forskelsbehandling, som her er fastsat i artikel 44, stk. 3, har direkte virkning i andre bestemmelser vedrørende fri bevægelighed for personer, hvad enten der er tale om traktaten eller associeringsaftaler [19]. Ordlyden i denne artikel er ligeledes klar med hensyn til

16 — På grund af ligheden mellem de to associeringsaftaler skal argumentationen i dette forslag til afgørelse, hvad angår aftalen Fællesskaberne/Polen (herefter »associeringsaftalen«), for nemheds skyld anses for på alle punkter også at gælde for de tilsvarende bestemmelser i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik.

17 — Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Alber i Gloszczuk-sagen (sag C-63/99, dom af 27.9.2001, Sml. I, s. 6369) om associeringsaftalen Fællesskaberne/Polen, og i Kondova-sagen (sag C-235/99, dom af 27.9.2001, Sml. I, s. 6427) om associeringsaftalen Fællesskaberne/Bulgarien og forslag til afgørelse fra generaladvokat Mischo i sagen Barkoci og Malik (sag C-257/99, dom af 27.9.2002, Sml. I, s. 6557) om associeringsaftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik.

18 — Jf. f.eks. dom af 30.9.1987, sag 12/86, Demirel, Sml. s. 3719, præmis 14, af 20.9.1990, sag C-192/98, Sevince, Sml. I, s. 3461, præmis 15, af 5.7.1994, sag C-432/92, Anastasiou m.fl., Sml. I, s. 3087, præmis 23, af 16.6.1998, sag C-162/96, Racke, Sml. I, s. 3655, præmis 31, af 4.5.1999, sag C-262/96, Sürül, Sml. I, s. 2685, præmis 60, og af 11.5.2000, sag C-37/98, Savas, Sml. I, s. 2927, præmis 39.

19 — Jf. bl.a. dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, om EF-traktatens artikel 48 (efter ændring nu artikel 39 EF), af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, om traktatens artikel 52, og af 31.1.1991, sag C-18/90, Kziber, Sml. I, s. 199, om princippet om forbud mod forskelsbehandling i henhold til en associeringsaftale.

indholdet af den nævnte bestemmelse. Dens gennemførelse er ikke underlagt nogen betingelser.

47. Som Domstolen har fastslået i forbindelse med andre associeringsaftaler, fastsætter denne regel om ligebehandling en præcis forpligtelse til at nå et bestemt resultat og kan grundlæggende påberåbes af borgerne for de nationale domstole til støtte for en påstand om tilsidesættelse af diskriminerende bestemmelser i en medlemsstats lovgivning, som underkaster tildelingen til en polsk statsborger af retten til etablering en betingelse, som ikke gælder for statens egne statsborgere, uden at det er nødvendigt at fastsætte supplerende gennemførelsesregler i så henseende [20].

48. En undersøgelse af associeringsaftalens genstand og art bekræfter denne opfattelse. I henhold til anden og femtende betragtning samt artikel 1, stk. 2, har aftalen til formål at oprette en associering med henblik på at fremme udvidelsen af samhandelen og de harmoniske økonomiske forbindelser mellem parterne og således fremme en dynamisk økonomisk udvikling og velstand i Republikken Polen med henblik på at lette landets tiltrædelse af Fællesskabet.

49. Denne målsætning ville ikke kunne realiseres fuldt ud, hvis erhvervslivets aktører ikke selv havde mulighed for at bidrage til overholdelsen af de anførte principper.

50. Jeg skal tilføje, at den omstændighed, at aftalen grundlæggende tilsigter at bidrage til Polens økonomiske udvikling og således indebærer en uligevægt i de forpligtelser, Fællesskabet har påtaget sig over for det pågældende tredjeland, i henhold til Domstolens faste praksis ikke er til hinder for, at Fællesskabet tillægger visse af aftalens bestemmelser direkte virkning [21].

51. Artikel 44, stk. 3, i associeringsaftalen må derfor anses for at have direkte virkning, således at borgerne kan påberåbe sig den for medlemsstaternes domstole.

52. Muligheden for at påberåbe sig denne bestemmelse foregriber naturligvis ikke fortolkningen af dens indhold. Det bør derfor fastslås, hvilke virkninger med hensyn til retten til indrejse og ophold der følger af etableringsfriheden i medfør af associeringsaftalens artikel 44, stk. 3.

20 — Jf. Sürül-dommen, præmis 63.

21 — Jf. som eksempel på nyere retspraksis Savas-dommen, præmis 53.

B — *Spørgsmålet vedrørende en ubetinget ret til indrejse og ophold*

53. Den nationale ret ønsker oplyst, om de bestemmelser vedrører etablering, som er fastsat i associeringsaftalen, indebærer, at værtsmedlemsstaten er forpligtet til at indrømme polske statsborgere ret til indrejse og ophold under alle omstændigheder.

54. Efter min opfattelse må man afvise det synspunkt, at retten til national behandling, hvad angår etablering, inden for rammerne af associeringsaftalen indebærer en ubetinget ret til indrejse og ophold.

55. Det er korrekt, at der ikke kan være tale om etableringsfrihed, hvis værtsstaten har indført en lovordning, som medfører uoverstigelige hindringer for tredjelandes statsborgere med hensyn til adgang til og ophold på dennes område.

56. Dette fremgår af gældende retspraksis vedrørende fortolkningen af traktaten og af andre associeringsaftaler. Retten til national behandling, hvad angår etablering, forudsætter, at tredjelandes statsborgere, som ønsker at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed inden for industri, handel, håndværk og liberale erhverv, tildeles ret til adgang til og ophold på værtsstatens område [22].

57. Jeg skal dog præcisere, hvilke årsager der kan lægges til grund for fastsættelsen af visse begrænsninger af denne ret. I denne henseende må der sondres mellem de regler vedrørende etableringsfrihed, som er fastsat i associeringsaftalen, og reglerne i traktaten.

58. Lighederne mellem artikel 52 i traktaten og artikel 44, stk. 3, i associeringsaftalen kan forlede til at overføre den retspraksis, der er udviklet under anvendelse af traktatens artikel 52, til associeringsaftalens bestemmelser.

59. Udvidelsen af fortolkningen af en bestemmelse i traktaten til at omfatte en bestemmelse, der er affattet i sammenlignelige, lignende eller endog de samme vendinger, i en overenskomst indgået af Fællesskabet med et tredjeland, afhænger imidlertid bl.a. af det formål, der forfølges med hver enkelt bestemmelse inden for dens særlige rammer. I denne henseende er dels sammenligningen af overenskomstens formål og den sammenhæng, hvori den

22 — Jf. dom af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, præmis 31 og 32, i henhold til hvilken retten for statsborgere i en medlemsstat til at rejse ind på en anden medlemsstats område og opholde sig der i de af traktaten hjemlede øjemed, navnlig for der at søge eller udøve erhvervsmæssig beskæftigelse som selvstændig, er en ret, som er direkte afledt af traktaten. Jf. ligeledes dom af 5.2.1991, sag C-363/89, Roux, Sml. I, s. 273, præmis 9, og Savasdommen, præmis 60, om arbejdskraftens frie bevægelighed i henhold til aftalen EØF/Tyrkiet.

indgår, dels traktatens formål af stor betydning [23].

60. Traktaten har til formål at oprette et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne [24]. Associeringsaftalen har til formål at skabe en passende ramme for Polens gradvise integration i Fællesskaberne [25].

61. Selv om Polens kommende tiltrædelse af EU betyder, at landet på længere sigt skal efterleve samtlige fællesskabsbestemmelser uden undtagelse, navnlig bestemmelserne om etableringsfrihed, betyder den gradvise karakter, som tiltrædelsesprocessen nødvendigvis må have, at det regelsæt for etablering, der er fastlagt i associeringsaftalen, er af et mindre radikalt indhold end de tilsvarende fællesskabsregler.

62. Andre associeringsaftaler, som har til formål at muliggøre tredjelandes tiltrædelse af Fællesskabet, som f.eks. aftalen EØF/Tyrkiet, indeholder ingen bestemmelser, som giver tredjelandes statsborgere ret til etablering på medlemsstaternes område. I modsætning til aftalen EØF—Tyrkiet stadfæster associeringsaftalen ikke arbejdskraftens frie bevægelighed.

63. Disse indholdsmæssige forskelle i forbindelse med sammenlignelige målsætninger støtter det synspunkt, at der er tale om midlertidigt ufuldstændige bestemmelser om fri bevægelighed.

64. Den væsentligste årsag til, at der ikke kan drages parallelslutninger, ligger imidlertid i selve associeringsaftalens ordlyd.

65. Ved at fastslå, at intet i aftalens afsnit IV, som artikel 44 er en del af, er til hinder for, at parterne anvender deres love og forskrifter vedrørende fysiske personers indrejse, ophold og etablering, gør associeringsaftalens artikel 58, stk. 1, aftalens bestemmelser om etableringsfrihed mere restriktive.

66. Mens enhver unionsborger i direkte medfør af traktaten har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes

23 — Jf. som nyere eksempel på fast retspraksis dom af 1.7.1993, C-312/91, Metalsa, Sml. I, s. 3751, præmis 11, og som eksempel på en sammenligning mellem to associeringsaftaler dom af 2.3.1999, C-416/96, Eddline El-Yassini, Sml. I, s. 1209, præmis 61.

24 — EF-traktatens artikel 3, litra c) (efter ændring nu artikel 3, stk. 1, litra c), EF).

25 — Associeringsaftalens artikel 1, stk. 2.

område og således frit kan etablere sig[26], begrænses denne frihed for en polsk statsborger af medlemsstaternes nationale lovgivning vedrørende udlændinges adgang og ophold. Polske statsborgeres ret til adgang og ophold er således på ingen måde en ubegrænset rettighed.

67. Retten kan begrænses af værtsmedlemsstaten på den betingelse, at det ikke medfører, at fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses.

68. Associeringsaftalens artikel 44, stk. 3, sammenholdt med artikel 58, stk. 1, bør derfor fortolkes således, at de regler om etablering, som indføres, ikke indebærer en forpligtelse for værtsmedlemsstaten til at tildele polske statsborgere ret til at få adgang til og opholde sig på dennes område, idet udøvelsen af denne ret er underlagt begrænsninger, som er fastsat af værtsmedlemsstaten, hvad angår polske statsborgeres adgang, ophold og etablering.

26 — EF-traktatens artikel 8 A, stk. 1 (efter ændring nu artikel 18, stk. 1, EF), og traktatens artikel 52. Jf. dom af 29.2.1996, sag C-193/94, Skanavi og Chryssanthakopoulos, Sml. I, s. 929.

C — *Betingelsen om tilstrækkelige midler, der er knyttet til retten til adgang og ophold*

69. Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører de betingelser, som Kongeriget Nederlandene har knyttet til retten til indrejse og ophold på landets område, heriblandt kravet om, at den udenlandske statsborger råder over tilstrækkelige midler[27].

70. Blandt de øvrige betingelser, som er knyttet til indrejse og ophold, nævner forelæggelseskendelsen princippet i den nederlandske lov om, at udlændingen ikke må være til fare for den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Den nederlandske ret gør imidlertid opmærksom på, at denne betingelse i betragtning af artikel 58, stk. 1, i associeringsaftalen ikke indgår i spørgsmålet[28].

71. Jeg skal derfor begrænse mig til at behandle betingelsen vedrørende tilstrækkelige midler. Jeg skal blot nævne, at jeg vil benytte de øvrige præjudicielle spørgsmål til at behandle de betingelser, som den nationale lovgivning knytter ikke til udlæn-

27 — Ifølge den nederlandske regering »er betingelsen om midler til underhold i virkeligheden en almen betingelse for indrejse, som i princippet gælder for alle udlændinge, som anmoder om indrejsetilladelse med henblik på almindeligt ophold (dvs. andre end asylansøgere)« (punkt 27 i dens skriftlige indlæg).

28 — Punkt 4.4 i forelæggelseskendelsen.

dinges ret til ophold, men til deres ret til etablering.

72. Med sit andet præjudicielle spørgsmål ønsker den nederlandske ret nærmere bestemt oplyst, om associeringsaftalens artikel 44, stk. 3, og artikel 58, stk. 1, er i strid med en national lovgivning, der underlægger retten til indrejse og ophold for en polsk statsborger, der påtænker at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed på værtsmedlemsstatens område, betingelsen om, at udlændingen ved udøvelsen af erhvervet tjener tilstrækkelige midler til sit underhold [29].

73. Associeringsaftalens artikel 58, stk. 1, giver udtrykkeligt medlemsstaterne enekompetence med hensyn til adgang og ophold for statsborgere i hver enkelt kontraherende part, og der er således ikke tvivl om, at den nationale lovgivning er reglen i denne henseende.

74. Medlemsstaterne kan imidlertid ikke udøve deres kompetence med hensyn til udlændinges indrejse og ophold usagligt. Som bekendt forudsætter udøvelsen af deres kompetence i henhold til artikel 58, stk. 1, »at de ikke anvender [...] [den] på en sådan måde, at fordelene for nogen af parterne i henhold til en særlig bestemmelse i aftalen reduceres til nul eller begrænses«.

29 — Herefter »betingelsen vedrørende tilstrækkelige midler« eller »foranstaltningen«.

75. Det må derfor undersøges, om den betingelse om tilstrækkelige midler, som er opstillet i den nationale lovgivning, vil kunne ophæve Republikken Polens fordele i henhold til bestemmelserne i artikel 44, stk. 3, i associeringsaftalen [30].

76. Med henblik på at sikre, at denne foranstaltning ikke reducerer Republikken Polens fordele af etableringsretten til nul eller forringer dem, bør det fastslås, om den foranstaltning, som begrænser retten til adgang og ophold i medfør af associeringsaftalens artikel 58, stk. 1, svækker denne rettigheds indhold.

77. Betingelsen om tilstrækkelige midler udgør uden tvivl en begrænsning med

30 — Det bør erindres, at Domstolen længe har haft en fast praksis med hensyn til arbejdskraftens frie bevægelighed i henhold til traktaten, for så vidt angår spørgsmålet, om en medlemsstat kan kræve af en statsborger i Fællesskabet, at denne råder over tilstrækkelige midler. En statsborger fra en medlemsstat, som på en anden medlemsstats område udøver en lønnet beskæftigelse, som giver en indtægt, der ligger under det beløb, der i sidstnævnte stat anses som tilstrækkeligt til det fornødne underhold, er en »arbejdstager« i overensstemmelse med traktatens artikel 48 og kan således påberåbe sig denne bestemmelse med henblik på at drage fordel af den frie bevægelighed på Fællesskabets område (dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 18). Jf. også dom af 3.6.1986, sag 139/85, Kempf, Sml. s. 1741, og af 14.12.1995, sag C-444/93, Megner og Scheffel, Sml. I, s. 4741. I henhold til nævnte retspraksis (punkt 59 i dette forslag til afgørelse) afhænger udvidelsen af fortolkningen af en bestemmelse i traktaten til at omfatte en lignende bestemmelse i en overenskomst indgået af Fællesskabet med et tredjeland, af det formål, der forfølges med hver enkelt bestemmelse inden for dens særlige rammer. Jeg har angivet dels de forskelle med hensyn til mål, der adskiller traktaten og associeringsaftalen, og som hindrer, at fortolkningen af traktaten uden videre kan overføres til aftalen, dels selve ordlyden af associeringsaftalens artikel 58, stk. 1, der medfører, at medlemsstaterne under visse omstændigheder kan bibeholde deres nationale lovgivning vedrørende indrejse og ophold.

hensyn til såvel ophold som etablering, for så vidt som en manglende opfyldelse af betingelsen medfører, at en polsk statsborger nægtes adgang til en medlemsstats område for der at udøve en hvilken som helst virksomhed, navnlig selvstændig erhvervsvirksomhed.

78. For at kunne begrundes bør denne foranstaltning desuden forfølge et legitimt mål. Den bør ligeledes være egnet til at sikre gennemførelsen af dette mål uden at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det.

79. Jeg mener ikke, at det udgør en retsstridig svækkelse af etableringsretten, at værtsstaten sørger for, at en tredjelandsstatsborger, som tilkendegiver sin hensigt om at etablere sig på den pågældende stats område, råder over et minimum af midler til sit underhold, idet formålet med denne foranstaltning er at garantere, at den polske statsborger har til hensigt at etablere sig uden at ville udøve lønnet beskæftigelse på værtsmedlemsstatens område. Som bekendt har man som selvstændig erhvervsdrivende i henhold til associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), ikke ret til at udøve lønnet beskæftigelse på værtsstatens arbejdsmarked.

80. Kravet om tilstrækkelige midler er endvidere et middel til at sikre, at den polske statsborgers tilkendegivelse om at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, er reel, og at en sådan virksomhed faktisk udøves efter etableringen på nederlandsk område.

Hvis den pågældende person ikke råder over tilstrækkelige midler til sit underhold på det tidspunkt, hvor vedkommende ankommer til værtsmedlemsstatens område, består der en reel risiko for, at han vil være tilbøjelig til at søge at supplere sin indtægt ved hjælp af lønnet beskæftigelse eller offentlige midler. Denne risiko eksisterer også, og vil endda være større, såfremt det efter den pågældendes ankomst til det nationale område konstateres, at det eksistensminimum, som den nationale lovgivning kræver, ikke foreligger, hvilket vidner om, at den selvstændige virksomhed er mislykkedes, og at den pågældende sandsynligvis vil søge at skaffe sig anden indtægt [31].

81. Jeg skal tilføje, at den pågældende bestemmelse næppe kan anses for urimelig i forhold til det mål, der forfølges, idet den består af en simpel, objektiv konstatering, som foretages for at tilvejebringe en troværdig konstatering af, at der virkelig er tale om selvstændig erhvervsvirksomhed.

82. Det er derfor min opfattelse, at artikel 44, stk. 3, og artikel 58, stk. 1, i associeringsaftalen ikke er i strid med en national lovgivning, hvorefter retten til indrejse og ophold for en polsk statsborger, der påtænker at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed på værtsmed-

31 — Min holdning til dette punkt er i overensstemmelse med de holdninger, der er indtaget af generaladvokat Alber i dennes forslag til afgørelse i Kondova-sagen (punkt 105), og af generaladvokat Mischo i dennes forslag til afgørelse i sagen Barkoci og Malik (punkt 84).

lemsstatens område, er betinget af, at den pågældende råder over tilstrækkelige midler til sit underhold.

83. Den nationale ret har derefter stillet et spørgsmål, der vedrører indholdet af begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« i associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i).

V — Indholdet af begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« [fjerde og femte præjudicielle spørgsmål, litra a)]

84. Disse spørgsmål følger af den nederlandske regerings argumenter om, at der må sondres mellem begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« i associeringsaftalen, og begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« i traktatens artikel 52, andet afsnit.

85. Den nederlandske regering har nærmere bestemt anført, at den etableringsfrihed, som indføres med associeringsaftalen, er forbeholdt »reelle selvstændige erhvervsdrivende«, idet dette udtryk anvendes på statsborgere med en faglig kvalifikation, som har til hensigt at oprette en virksomhed i værtsmedlemsstaten. Ifølge den nederlandske regering vedrører associeringsaftalen ikke personer, som påtænker at udføre ikke-faglært arbejde, og som ikke har udarbejdet en virksomhedsplan og overhovedet ikke har foretaget nogen investeringer [32].

86. Associeringsaftalen er det første skridt på vejen mod de associerede landes optagelse i Fællesskabet, og den fortolkning, som den nederlandske regering har foreslået, tager hensyn til problemerne i forbindelse med de socioøkonomiske forskelle mellem parterne.

87. Den nationale ret ønsker derfor med sit fjerde spørgsmål oplyst, om der bør sondres mellem begreberne »selvstændig erhvervsvirksomhed« (»activité non salariée«) og »selvstændig erhvervsvirksomhed« (»activité économique indépendante«). Ifølge den nederlandske regering falder visse ikke-faglærte erhverv, blandt andet prostitution, inden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 52, andet afsnit, men er ikke nødvendigvis omfattet af artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen. Dette er baggrunden for det femte præjudicielle spørgsmål, litra a), der vedrører de mindstekrav i den nationale lovgivning, som den nederlandske retsinstans anser for at være begrænsende [33]. Kort sagt er anvendelsesområdet for associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), mere snævert end anvendelsesområdet for traktatens artikel 52, stk. 2.

32 — Punkt 32 og 33 i dens skriftlige indlæg.

33 — Den nederlandske lov kræver, at en udenlandsk statsborger udfører faglært arbejde, at der foreligger en bedriftsplan, at den erhvervsdrivende både beskæftiger sig med virksomhedens forvaltning og bogholderi og med udførende (produktions-)virksomhed, at den erhvervsdrivende skal have sit hovedopholdssted i Nederlandene for at sikre virksomhedens kontinuitet, og at vedkommende skal have foretaget investeringer og indgået langsigtede forpligtelser.

88. Den nationale ret spørger, om begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« i associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), skal fortolkes således, at det kun vedrører selvstændig erhvervsvirksomhed, som kræver en faglig kvalificering, og som udøves af en erhvervsdrivende med bopæl på værtsmedlemsstatens område efter bestemte, nærmere angivne retningslinjer såsom forelæggelse af en bedriftsplan, gennemførelse af investeringer og indgåelse af langsigtede forpligtelser, samtidig med at den erhvervsdrivende både skal beskæftige sig med virksomhedens forvaltning og bogholderi og med produktion af varer eller udførelse af tjenesteydelser.

89. Denne bestemmelse må fortolkes på grundlag af sin ordlyd og målsætningen for den retsakt, hvori den indgår [34].

90. Associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), vedrører »retten til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder«. Den indeholder således ingen sondring, som kan underbygge det synspunkt, at etableringsfriheden er begrænset til en bestemt kategori af selvstændig erhvervsvirksomhed [35].

91. Ud fra ordlyden falder alle former for virksomhed ind under etableringsfrihedens anvendelsesområde, for så vidt som de har karakter af erhvervsvirksomhed og udøves som selvstændig virksomhed [36]. Selv om ordlyden i artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen afviger fra traktatens artikel 52 med hensyn til angivelsen af former for virksomhed omfattet af etableringsfriheden, begrunder dette ikke en restriktiv fortolkning af denne teksts anvendelsesområde hvad angår virksomhedens karakter. Hverken »activité économique indépendante« eller »activité non salariée« underlægger den pågældende virksomhed en af de ovennævnte betingelser. Indrømmelsen af denne frihed er således ikke knyttet til en betingelse med hensyn til kvalificeringer, bopæl eller måden, erhvervet udøves på.

92. I øvrigt garanterer, som jeg flere gange har anført, den kendsgerning, at de anvendte udtryk er enslydende, ligner hinanden eller ligger tæt op ad hinanden, ikke, at de samme bestemmelser finder

34 — Jf. som nyere eksempel på fast retspraksis vedrørende fortolkningsmetode dom af 23.3.2000, sag C-208/98, Berliner Kindl Brauerei, Sml. I, s. 1741, præmis 18.

35 — Ikke alle sprogudgaver af denne bestemmelse anvender som den franske, tyske, danske, engelske, italienske og finske udgave udtrykket »selvstændig erhvervsvirksomhed«. Men i de øvrige sprogudgaver fremkommer den samme mening i udtryk, hvis betydning ligger tæt op ad dette udtryk, nemlig »ikke-lønnet erhvervsvirksomhed« (den græske, nederlandske og portugisiske sprogudgave), »erhvervsvirksomhed for egen regning« (den spanske sprogudgave), og »erhvervsvirksomhed i eget foretagende« (den svenske sprogudgave).

36 — Jeg skal vende tilbage til udtrykket »erhvervsvirksomhed« og »selvstændig virksomhed« senere, hvor jeg vil gøre rede for prostitutionsvirksomheds kvalificering.

anvendelse, hvis retsakternes respektive målsætninger ikke er sammenfaldende [37]. Selv om det forholdt sig således, at de samme udtryk var anvendt i traktaten og i associeringsaftalen, indebærer dette ikke, at der kan drages præcise følgeslutninger med hensyn til, hvilke bestemmelser der finder anvendelse [38].

93. I henhold til denne retspraksis og til den retspraksis, ifølge hvilken den pågældende bestemmelse i tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sproglige versioner af en fællesskabsbestemmelse skal fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i [39], skal jeg nærmere behandle de sidstnævnte aspekter af den pågældende bestemmelse.

94. Formålet med associeringsaftalen, nemlig at skabe betingelser for et tredjelands fremtidige optagelse i Fællesskabet, kan forlede til at antage, at de bestemmelser om etablering, som aftalen indfører, ikke er så omfattende som traktaten.

95. Det pågældende tredjeland ville befinde sig i samme situation som Fællesskabets medlemsstater, hvis fællesskabsprincipperne var fuldt ud gældende for landet.

96. Det kan derfor ikke på forhånd udelukkes, at landets stilling er underlagt andre bestemmelser, også selv om de vedrører det samme princip om etableringsfrihed. Hertil kommer økonomiske og sociale forskelle, som adskiller Fællesskabet fra tredjelande, og som associeringsaftalen har til formål at mindske ved hjælp af »passende bestemmelser« [40].

97. I betragtning af disse mål er teorien om en forskel mellem traktaten og associeringsaftalen, der påvirker bestemmelserne om etableringsfrihed, ikke i sig selv usandsynlig.

98. Imidlertid kan det, i mangel af en klar tilkendegivelse i associeringsaftalens ordlyd, kun forholde sig således, hvis det var de kontraherende parters hensigt at indføre en midlertidig ret til etablering, hvilket på ingen måde er påvist.

99. Hverken associeringsaftalens bestemmelser om etableringsretten eller betragt-

37 — Punkt 59 og fodnote 23 i dette forslag til afgørelse.

38 — I denne forbindelse viser en sammenligning af de forskellige sprogversioner af traktatens artikel 52, andet afsnit, og associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), ingen speciel tendens med hensyn til enslydende eller forskellige udtryk anvendt i traktaten og i associeringsaftalen. De anvendte udtryk er i nogle tilfælde helt enslydende (den tyske og den danske sprogversion, som anvender udtrykket »selvstændig erhvervsvirksomhed«) eller ligger tæt op ad hinanden (den engelske, nederlandske, græske, portugisiske, finske og svenske version). Som angivet anvendes der forskellige udtryk på fransk, men også på italiensk og spansk. Det skal bemærkes at aftalerne i henhold til associeringsaftalens artikel 120 (artikel 122 i aftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik) har samme gyldighed i alle dens sproglige versioner.

39 — Jf. som et nyere eksempel på fast retspraksis dom af 7.12.2000, sag C-482/98, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10861, præmis 46-49.

40 — Tolvte betragtning.

ningerne i aftalen tilkendegiver, at parterne har haft til hensigt at definere anvendelsesområdet for denne ret restriktivt.

100. De kontraherende staters mål er angivet i generelle vendinger og indeholder ingen præcis angivelse af en etableringsret med begrænset rækkevidde. Jeg mener, det vil være usagligt, hvis man af den kendsgerning alene, at associeringsaftalen har til formål at mindske forskellene og styrke båndene mellem de kontraherende stater med henblik på deres tiltrædelse af Fællesskabet, udleder, at en enkelt af de rettigheder [41], som er indeholdt i denne aftale, må tillægges en snæver betydning. Det ville være endnu mere ubegrundet, hvis man, uden at der var klar støtte herfor i associeringsaftalen, hævdede, at den begrænsende fortolkning af det pågældende princip specifikt vedrører virksomhedens art, den måde, den udøves på, eller betingelsen vedrørende den erhvervsdrivendes bopæl.

101. Den nederlandske regerings holdning støttes således ikke af associeringsaftalen.

102. Argumentet om, at det er vigtigt, at medlemsstaterne råder over midler for at hindre, at tredjelandes statsborgere påberåber sig retten til etablering med henblik på at søge lønnet arbejde på Fællesskabets område i strid med artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen, er ikke helt irrelevant. Det af de nederlandske myndigheder udtrykte ønske om at afsløre »fiktive konstruktioner« via en konkret undersøgelse af de faktiske relationer mellem de erhvervsdrivende og ikke lade sig nøje med den retlige kvalifikation, som de pågældende anvender til beskrivelse heraf, er ganske givet i overensstemmelse med kravet om en korrekt gennemførelse af associeringsaftalen [42].

103. Disse forholdsregler skal imidlertid træffes under overholdelse af den pågældende bestemmelse, som ganske vist for-

41 — Associeringsaftalen omhandler også arbejdskraftens og tjenesteydelsers bevægelighed. Det er kendetegnende, at disse principper er angivet på en måde, som ikke levner berettiget tvivl om, at de bevidst er defineret begrænsende. For eksempel indeholder traktatens bestemmelser vedrørende udveksling af tjenesteydelser ikke regler om fri udveksling. Hvor i henhold til artikel 44, stk. 3, »[h]ver af medlemsstaterne [...] fra tidspunktet for denne aftales ikrafttræden [indrømmer] en behandling, der ikke er mindre gunstig [...]«, angiver artikel 55, stk. 1, at »[p]arterne [...] [forpligter sig til] at tage de nødvendige skridt til gradvis at muliggøre levering af tjenesteydelser [...]«. I det første tilfælde indfører associeringsaftalen en forpligtelse til at opnå et bestemt resultat, mens bestemmelsen i det andet tilfælde mere ligner en forpligtelse til iværksættelse af bestemte foranstaltninger fra de kontraherende parters side, således at man har kunnet skrive, at »Central and Eastern European Countries Nationals are entitled to a real right of establishment and none of them benefit from the right to supply services in the Community« (D. Martin: »Associal Agreements with Mediterranean and with Eastern Countries: Similarities and Differences«, *Assoziierungsabkommen der EU mit Drittstaaten*, Manz Verlag, Wien, 1998, s. 39). Der er intet i betragtningerne til associeringsaftalen, der tilkendegiver denne forskel, hvilket paradoksalt nok indebærer, at bestemmelserne om etablering og bestemmelserne om udveksling af tjenesteydelser kan siges at overføre de samme målsætninger med hensyn til tilnærmelse, ophævelse af forskelle og den kommende tiltrædelse til de kontraherende staters ret.

42 — Punkt 37, 38 og 39 i deres skriftlige indlæg.

byder anvendelse af betegnelsen selvstændig virksomhed med henblik på at udføre lønnet arbejde, men ikke bemyndiger de kontraherende parter til at håndhæve dette forbud på bekostning af selve etableringsfriheden.

104. Værtsstaten har med andre ord ret til at kontrollere, at de faktiske erhvervsmæssige relationer svarer til de juridiske forhold, der er angivet, således at den kan anvende de korrekte bestemmelser herpå. Den må dog på ingen måde pålægge en begrænsning, som medfører, at selvstændige erhvervsdrivende, som ikke opfylder et mindstekrav med hensyn til faglige kvalifikationer eller ikke opfylder andre betingelser vedrørende den måde, hvorpå den selvstændige virksomhed udøves, sidestilles med lønmodtagere.

105. Det er ligeledes uberettiget at drage den automatiske konklusion af den kendsgerning, at en udenlandsk statsborger ikke har en faglig kvalifikation, ikke har en bedriftsplan eller ikke har foretaget investeringer, at vedkommende udnytter etableringsproceduren til at få adgang til lønnet arbejde på værtsstatens arbejdsmarked.

106. Disse kriterier kan anvendes som indikationer af den pågældendes faktiske hensigt, men kan kun anvendes ved en egentlig fortolkning, efter at de er blevet sammenholdt med den form for selvstændig virksomhed, den pågældende tilkendegiver at ville udøve. Man kan reelt ikke stille de samme krav til en plan om oprettelse af en virksomhed, som kræver omfattende investeringer eller særlige faglige kvalifikationer, som til en virksomhed, der er af en sådan karakter, at disse betingelser ikke behøver være opfyldt.

107. Jeg mener, at argumentationen her er influeret af de forhold, som kendetegner den form for virksomhed, der er på tale i hovedsagen, og at forståelsen heraf påvirkes af overvejelser, som vedrører den offentlige orden eller den offentlige moral.

108. Dette kan være grundlaget for medlemsstaternes fastlæggelse af deres politik på området, således som de har mulighed for i henhold til associeringsaftalens artikel 53, stk. 1, men jeg mener ikke, at sådanne overvejelser uden særlig grund kan bruges som påskud for en begrænsende fortolkning af de retsforskrifter, der indføres med aftalen.

109. Det kan ikke helt udelukkes, at den fortolkning, som er foreslået af den nederlandske regering, vil medføre begrænsnin-

ger for udøvelsen af andre erhverv end prostitution [43].

110. Det er risikabelt uden videre at antage, at alle former for selvstændig erhvervsvirksomhed kræver for eksempel en bestemt kvalifikation eller investeringer.

111. Det fremgår ikke klart, om de betingelser, der er fastsat i den nationale lovgivning, er kumulative eller alternative. Hvilken fortolkning der end anvendes, forekommer de fastsatte betingelser klart at være begrænsende.

112. Hvis de skal fortolkes således, at de skal anvendes kumulativt, kan bestemte former for virksomhed, som kræver særlige kvalifikationer, uden at de nødvendigvis kræver særlige investeringer, forbydes uden grund.

113. Hvis det modsatte er tilfældet, kan man ikke helt udelukke, at absolut lovlige former for virksomhed, om end i et begrænset antal, forbydes uden lovlig grund.

114. Betingelsen vedrørende tilstrækkelige midler, som tilladelse til indrejse og ophold kan gøres afhængig af, kan allerede anvendes af myndighederne til at konstatere, at tredjelandes statsborgere ikke har til hensigt at søge lønnet arbejde.

115. Jeg skal tilføje, at det på et så følsomt område som personers frie bevægelighed kan være vanskeligt at sikre retssikkerheden, når der ikke foreligger nogen klar grænse mellem faglærte erhverv og andre erhverv. Uden et objektivt kriterium, hvormed man kan sondre mellem faglærte og andre personer eller mellem faglærte og ikke-faglærte erhverv, finder jeg det hensigtsmæssigt ikke at foretage en sådan sondring.

116. Argumentationen vedrørende forpligtelsen til at have hovedopholdssted i Nederlandene, som ifølge den nationale ret er nødvendig af hensyn til virksomhedens kontinuitet, hvilken begrundelse også er fremført af den nederlandske regering, finder jeg ikke overbevisende.

Denne foranstaltning er en begæring af etableringsfriheden, idet den hindrer en selvstændig erhvervsdrivende, der er etableret i Polen, i at udøve selvstændig

43 — Der er andre former for erhverv, der klart ikke kræver særlige kvalifikationer og derfor ikke kan opfylde den betingelse om »faglært arbejde«, der er fastsat i den nationale lovgivning (f.eks. gadesælgere). Der kan også være tale om erhverv, hvor man på grund af deres særlige karakter ikke altid kan kontrollere kvalifikationsniveauet, såsom visse former for kunstnerisk virksomhed (jf. som eksempel herpå en sag vedrørende en kunstmaler, dom af 18.6.1985, sag 197/84, Steinhauser, Sml. s. 1819). Disse former for virksomhed kræver heller ikke en bedriftsplan eller særlige investeringer.

erhvervsvirksomhed på stabil og kontinuerlig vis på værtsmedlemsstatens område uden først at have bragt den erhvervsvirksomhed til ophør, som udøves på polsk område. En virksomheds kontinuitet kan imidlertid ikke anfægtes, blot fordi den erhvervsdrivende øger antallet af sine virksomhedssteder. Kontinuiteten afhænger af den erhvervsdrivendes evne til at organisere sin virksomhed, hvilket ikke bør undervurderes. Domstolen har en fast praksis på dette område, som bygger på traktatens bestemmelser, og som må anvendes i dette tilfælde, da der i associeringsaftalen ikke findes noget grundlag for det modsatte [44].

117. Som følge af ovenstående bør udtrykket »selvstændig erhvervsvirksomhed« i artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen fortolkes således, at det ikke kun vedrører de former for selvstændig erhvervsvirksomhed, som kræver en faglig kvalifikation, og som udøves af en erhvervsdrivende med bopæl på værtsmedlemsstatens område efter bestemte konkrete retningslinjer såsom kravet om, at der skal foreligge en bedriftsplan, at der skal foretages investeringer og indgås langsigtede forpligtelser, samt at den erhvervsdrivende både skal beskæftige sig med virksomhedens forvaltning og bogholderi og med produktion af varer eller udførelse af tjenesteydelser.

44 — Jf. bl.a. dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717 og af 18.1.2001, sag C-162/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 541. Specielt hvad angår prostitution, mener jeg dog, at sporgsmålet om flere bopæle er af sekundær betydning. Det er klart, at denne form for virksomhed er af en sådan karakter, at den ikke muliggør etablering på flere steder. Såfremt en prostitueret ikke har fast hovedopholdssted på værtsstatens område, men kun lejlighedsvis opholder sig der, nærmer vi os snarere fri udveksling af tjenesteydelser i traktatens betydning, hvilket kan give anledning til at inddrage de tilsvarende bestemmelser i associeringsaftalen, hvor kravene til de kontraherende parter som bekendt er mindre strenge (jf. fodnote 42).

VI — Spørgsmålet, om prostitution kan betegnes som »selvstændig erhvervsvirksomhed« [tredje og femte præjudicielle spørgsmål, litra b)]

118. Med disse spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om udtrykket »selvstændig erhvervsvirksomhed« i associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), kan anvendes på prostitution.

119. Indledningsvis bør det pågældende erhvervs særlige karakter fremhæves. Prostitutionserhvervets alder og den kendsgerning, at det har været tolereret i størstedelen af de vesteuropæiske lande, har ikke været tilstrækkeligt til at fjerne det fra den form for aktiviteter, som misbilliges af den offentlige moral og overvåges af de myndigheder, der har ansvaret for den offentlige orden. Den opfattelse af mennesket, som er forbundet med dette erhverv, og de forbindelser til bestemte former for kriminalitet [45], der skabes med dets udøvelse, har fremkaldt reaktioner i samfundet, som imidlertid sjældent har taget form af et endeligt forbud.

45 — Det er naturligvis ikke altid let at se, hvor grænsen går mellem prostitution og menneskehandel, da det er vanskeligt at afgøre, om de personer, der prostituerer sig, gør det af egen fri vilje. Bekæmpelse af rufferi er desuden en central del af de myndigheders arbejde, der varetager den offentlige orden i medlemsstaterne, og det samme gælder seksuel udnyttelse af børn. Endelig er prostitutionsmiljøet ofte nært forbundet med narkomiljøet.

I dag tolererer, anerkender og endog lovregulerer mange medlemsstater dette erhverv [46]. Dette er utvivlsomt et område, der ligger uden for Fællesskabets kompetence. I henhold til fast praksis er det ikke Domstolens opgave at sætte sin vurdering i stedet for lovgivers vurdering i de medlemsstater, hvor denne virksomhed kan udøves lovligt [47].

120. Når en medlemsstat har bestemt, at en erhvervsmæssig beskæftigelse kan udøves legalt på dens område, er det, hvis der opstår en sag, der involverer den frie bevægelighed for personer, som udøver denne beskæftigelse, imidlertid rimeligt at undersøge, hvilken retlig kvalificering der kan anvendes herpå. Der kan derfor ikke lægges argumenter af moralsk karakter til grund for en beslutning om, hvilken retlig kvalificering der bør anvendes på den pågældende beskæftigelse med henblik på de relevante fællesskabsretlige bestemmelser.

121. For at afgøre, om bestemmelserne om etableringsfrihed i associeringsaftalen finder anvendelse på prostitutionsvirksomhed, må det undersøges, om prostitution er en erhvervsvirksomhed i henhold til artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen, og derefter, om det kan betragtes som selvstændig erhvervsvirksomhed i henhold til samme bestemmelse.

A — *Prostitutionsvirksomheds karakter af erhvervsvirksomhed*

122. Artikel 44, stk. 4, litra c), i associeringsaftalen definerer erhvervsvirksomhed som virksomhed »inden for industri, handel, håndværk og liberale erhverv«.

123. Hvis man kun skal se på kravet om en retlig kvalificering, deler jeg Det Forenede Kongeriges regerings opfattelse, at prostitution er en virksomhed inden for handel.

124. I den almindeligt anvendte betydning betegner udtrykket »handel« såvel udveks-

46 — I modsætning til, hvad den nationale ret har angivet, er prostitution ikke forbudt i de fleste af »associeringslandene«. Ifølge mine oplysninger anser mindst 10 medlemmer af Fællesskabet ikke individuel udøvelse af prostitution for en lovovertrædelse (Kongeriget Belgien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Kongeriget Sverige, Det Forenede Kongerige, Storbritannien og Nordirland). Sveriges situation er speciel, idet de prostitueredes kunder, men ikke de prostituerede, strafforfølges (*Le régime juridique de la prostitution féminine*, Les documents de travail du Sénat, série: Législation comparée, nr. LC 79, 11.10.2000, Paris).

47 — Dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 32. Rådet for Den Europæiske Union vedtog den 24.2.1997 en fælles aktion på grundlag af artikel K.3 i traktaten om Den Europæiske Union, om bekæmpelse af menneskehandel og seksuel udnyttelse af børn (EFT L 63, s. 2).

ling af varer som levering af tjenesteydelser[48].

125. I flere af Domstolens domme, der behandler begrebet »virksomhed inden for handel«, bekræftes det under anvendelse af diverse fællesskabsprincipper, at levering af tjenesteydelser i princippet udgør en sådan form for virksomhed. Det er ligeledes blevet fastslået, at tjenesteydelser i form af drift af spillemaskiner[49] og i form af drift af et diskotek[50] er handelsvirksomhed.

126. Jeg mener helt klart, at ydelser af seksuel karakter, der leveres af prostituerede, ud fra et retligt synspunkt bør betegnes som levering af tjenesteydelser.

127. I henhold til bestemmelserne i traktaten omfatter »økonomisk virksomhed« i EF-traktatens artikel 2 (efter ændring nu artikel 2 EF) lønnet arbejdsydelse og tjenesteydelser mod vederlag[51].

128. Det samme krav om en modydelse bør for associeringsaftalens vedkommende betragtes som et element i definitionen på dels begrebet »erhvervsvirksomhed« i henhold til associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra c), dels begrebet »virksomhed inden for handel«, som den udgør en del af.

129. De forskellige målsætninger, som adskiller etableringsregelsættet i traktaten fra bestemmelserne i associeringsaftalen, er klart ikke til hinder for en overførsel af dette aspekt af definitionen.

130. Skulle Domstolen imidlertid finde, at prostitutionsvirksomhed ikke er »erhvervsvirksomhed«, ud fra den betragtning, at der ikke er tale om en »virksomhed inden for handel« i henhold til artikel 44, stk. 4, litra c), i associeringsaftalen, indebærer selve

48 — Commerce: »[a]ctivité qui consiste en l'achat, la vente, l'échange de marchandises, de denrées, de valeurs, en la vente de services: [F]aire du commerce« [»Handel: virksomhed i form af køb, salg, udveksling af varer, levnedsmidler, værdipapirer, salg af tjenesteydelser: drive handel« (*Le Petit Larousse Grand Format*, Dictionnaire encyclopédique, éditions Larousse, Paris, 1993); »[o]pération, activité d'achat et de revente [...] d'un produit, d'une valeur; [p]ar ext[ension], prestation de certains services« [»aktivitet, virksomhed i form af køb og videresalg... af et produkt, et værdipapir; i udvidet betydning levering af bestemte tjenesteydelser«] (*Le Petit Robert*, Dictionnaire de la langue française, éditions Dictionnaires Le Robert, Paris, 1999).

49 — Dom af 4.7.1985, sag 168/84, Berkholz, Sml. s. 2251, præmis 19.

50 — Dom af 5.10.1988, sag 196/87, Steymann, Sml. s. 6159, præmis 3 og 4.

51 — Definitionen af »økonomisk aktivitet« i henhold til traktatens artikel 2 er generel. Den vedrører ikke kun den ene af formerne for fri bevægelighed, for enten personer eller tjenesteydelser (dom af 11.4.2000, forenede sager C-51/96 og C-191/97, Deliège, Sml. I, s. 2549, præmis 53. Det samme gælder i medfør af EF-traktatens artikel 60, stk. 1 (efter ændring nu artikel 50, stk. 1, EF), vedrørende definitionen af »tjenesteydelser«, idet ydelser, der normalt udføres mod betaling, skal betragtes som tjenesteydelser i henhold til denne bestemmelse (Deliège-dommen, præmis 55). Det samme krav om en modydelse gælder også for tjenesteydelser, som henhører under etableringsfriheden (dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 20, og Deliège-dommen, præmis 55).

ordlyden i denne artikel, at det må fastslås, at denne form for virksomhed alligevel, men af en anden årsag, er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde.

131. En grundig gennemgang af de forskellige sprogudgaver af denne bestemmelse afslører, at for de flestes vedkommende er opregningen af de former for virksomhed, der betegnes som erhvervsvirksomhed, ikke udtømmende. Med undtagelse af den spanske og den franske sprogudgave indeholder alle de andre udgaver ord som »i særdeleshed«, »navnlig« eller »især«, der er udtryk for de kontraherende parters klare hensigt om ikke at begrænse begrebet »erhvervsvirksomhed« til kun at omfatte de opregnede eksempler herpå.

132. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at én sprogversion ikke har forrang for de andre versioner [52]. Den samme konklusion bør efter min opfattelse drages i denne sag, hvor to sprogudgaver modsiger alle de andre. En ensartet fortolkning af de fællesskabsretlige bestemmelser forudsætter, at disse to sprogversioner fortolkes og anvendes i lyset af deres affattelse på de øvrige fællesskabssprog. Uden elementer, der kan tilkendegive en eventuel hensigt hos de kontraherende stater om at indskrænke anvendelsesområdet for associeringsaftalens regelsæt om etableringsretten, må den pågældende bestemmelses ordlyd følges.

133. Selv om der ikke er tale om en virksomhed inden for handel i henhold til associeringsaftalen, må prostitution derfor alligevel betegnes som erhvervsvirksomhed, idet målet er et udbytte, hvilket fremgår af den kendsgerning, at der søges en økonomisk modydelse.

B — *Prostitutionsvirksomheds karakter af selvstændig erhvervsvirksomhed*

134. Spørgsmålet, om prostitution er selvstændig erhvervsvirksomhed, kan forekomme overraskende. At så mange medlemsstater forbyder rufferi viser, at dette erhverv udøves på en måde, som i de fleste tilfælde begrænser de prostitueredes frihed [53].

135. Man kan dog ikke helt afvise, at der er prostituerede, der udøver dette erhverv uden automatisk at være under en tredjemands beskyttelse.

136. Som den nationale ret understreger, er det vanskeligt at kontrollere, under hvilke

52 — Jf. som nyere eksempel på retspraksis dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 31.

53 — Ovennævnte rapport fra det franske senat nævner, at lovgivningen i seks stater ud af de otte, hvis lovgivning er undersøgt, forbyder alle former for rufferi. Til disse seks stater kan tilføjes Den Franske Republik og Storhertugdømmet Luxembourg.

forhold de prostituerede udøver deres erhverv, især når det skal fastslås, om en eventuel ruffer er involveret, og deres grad af frihed i forhold til denne skal vurderes [54].

137. Selv om de kompetente myndigheder ganske givet har problemer på dette område, kan man ikke dække over uvidenhed om de forhold, hvorunder erhvervet udøves, ved definitivt at antage, at enhver form for prostitutionsvirksomhed involverer et afhængighedsforhold til en tredjemand.

138. En sådan fortolkning af associeringsaftalen ville indebære, at et helt område inden for erhvervsvirksomhed blev holdt ude fra bestemmelserne om etableringsfrihed, uden at en sådan tilsidesættelse retfærdiggøres af en hensigtserklæring fra parterne i associeringsaftalen eller af selve ordlyden i denne aftale, og uanset samme erhvervsvirksomhed frit udøves på værtsmedlemsstaternes område af fællesskabsstatsborgere.

139. Under disse omstændigheder må man henholde sig til de kriterier, ud fra hvilke den nationale ret kan foretage den retlige kvalifikation, som er nødvendig for en afgørelse af hovedsagen.

140. Betingelsen for udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed er fastlagt i associeringsaftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i).

141. Som tidligere nævnt kan de vendinger, der er anvendt i de forskellige sprogudgaver, ikke kun oversættes med ordet selvstændig, men også med »ikke-lønnet« erhvervsvirksomhed, erhvervsvirksomhed »for egen regning« eller erhvervsvirksomhed »i eget foretagende« [55].

142. De samme forskelle med hensyn til de anvendte udtryk kan for en stor del genfindes i sprogudgaverne af traktatens artikel 52, stk. 2, hvorfor det vil være hensigtsmæssigt at se på de fortolkningsmæssige aspekter af denne bestemmelse, som kan uddrages af Domstolens praksis.

143. Begrebet »ikke-lønnet erhvervsvirksomhed« — eller »selvstændig erhvervsvirksomhed« — er af Domstolen blevet fortolket således, at det forudsætter, at der ikke eksisterer et underordnelsesforhold mellem den erhvervsdrivende og den person, hvorfra der modtages et vederlag. Udøvelsen af selvstændig eller ikke-lønnet virksomhed defineres også negativt med en

54 — Det tredje præjudicielle spørgsmål.

55 — Jf. fodnote 35.

påvisning af fraværet af et arbejdstagerforhold i henhold til traktatens artikel 48 [56].

144. Hvis man endnu engang betragter spørgsmålet i sammenhæng med associeringsaftalen, hvori såvel målsætningen som ordlyden i de relevante bestemmelser ikke giver anledning til på dette punkt at fortolke bestemmelserne om etableringsfrihed anderledes end de tilsvarende bestemmelser i traktaten, må det undersøges, om denne definition kan overføres til aftalens artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i).

145. Det er her især nødvendigt at fortolke det kriterium, der vedrører selvstændighed, for at der kan foretages en afgrænsning af anvendelsesområdet for bestemmelserne vedrørende etableringsfrihed.

146. Inden for rammerne af traktatens bestemmelser om etableringsfrihed gør dette kriterium det nemlig muligt at bestemme, hvilke former for virksomhed der er omfattet af anvendelsesområdet for arbejdskraftens frie bevægelighed, som imidlertid er baseret på et tilsvarende princip om forbud mod forskelsbehandling [57].

Bestemmelserne i associeringsaftalen indeholder derimod langt fra et princip om fri bevægelighed. Som bekendt udelukker artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), at en selvstændig erhvervsdrivende påberåber sig denne egenskab for at få adgang til lønnet arbejde. Jeg skal tilføje, at princippet om forbud mod forskelsbehandling, som er indeholdt i associeringsaftalens artikel 37, er begrænset til arbejdsvilkår, aflønning og afskedigelse [58]. Desuden tildeles denne ret med forbehold af de betingelser og efter de retningslinjer, der gælder i hver af medlemsstaterne, hvilket giver disse vide muligheder for at foretage skøn ved fastsættelsen af kriterier for adgang til lønnet beskæftigelse.

147. Den frihed, som tredjelandsstatsborgere, der ønsker adgang til et af medlemsstaternes område, råder over, begrænses med andre ord af målsætningen, ifølge den nationale lovgivning, for den pågældendes etableringsplan. Hvis det viser sig umuligt at drive selvstændig erhvervsvirksomhed, kan den pågældende, alt efter hvad værtsmedlemsstaten har fastlagt, fratages sin ret til at gå over til lønnet beskæftigelse. Dette viser klart, at det kriterium, som vedrører den pågældende virksomheds selvstændighed, må afgrænses.

148. Specielt hvad angår prostitution, er denne afgrænsning vigtig af særlige grunde. Hvis der nemlig ikke er tale om selvstændighed, kan dette i realiteten indebære, at der er tale om tvangs- og undertrykkelsesforhold, som kan rejse spørgsmål med hensyn til den offentlige orden og beskyt-

56 — Jf. bl.a. dom af 27.6.1996, sag C-107/94, Asscher, Sml. I, s. 3089, præmis 25 og 26, og af 8.6.1999, sag C-337/97, Meeusen, Sml. I, s. 3289, præmis 15.

57 — Traktatens artikel 48.

58 — Det samme gælder for artikel 38 i associeringsaftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik.

telsen af den personlige værdighed og integritet.

149. Efter at jeg har understreget den særlige interesse i at fastlægge de prostituerede grad af selvstændighed, skal jeg nu undersøge de to relevante kriterier, nemlig eksistensen af et underordnelsesforhold og betalingen af et vederlag.

150. Jeg skal anføre, at i henhold til Domstolens retspraksis er en »arbejdstager«, jf. traktatens artikel 48, en person, som i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger [59].

151. Denne definition er naturligvis kun af interesse her, for så vidt som den ved en modsætningsslutning kan anvendes til at karakterisere ikke-lønnet virksomhed. En konstatering af, at virksomheden ikke er selvstændig, tvinger ikke værtsmedlemsstaten til at betegne, hvad der ofte vil være et afhængighedsforhold eller endog et tvangsforhold mellem en prostitueret og en ruffer, som lønnet arbejde. Eftersom denne virksomhed ikke er selvstændig og således ikke er omfattet af etableringsreglerne, er spørgsmålet om den retlige kvalifikation udelukkende underlagt medlemsstaternes vurdering med hensyn til netop denne form for forhold, der ligger så fjernt fra et almindeligt ansættelsesforhold, som det overhovedet er muligt.

152. Under alle omstændigheder kan prostitution betragtes som selvstændig erhvervsvirksomhed i henhold til artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen, idet det er fastslået, at den prostituerede udøver sin virksomhed mod vederlag, der udbetales i sin helhed og direkte, uden at valget af dette erhverv eller retningslinjerne for dets udøvelse kan dikteres af en tredjemand.

153. Det tilkommer den nationale ret under hensyn til de fremlagte beviselementer i hvert enkelt tilfælde at vurdere, om disse betingelser er opfyldt.

154. For fuldstændighedens skyld skal jeg her henvise til det skøn, som værtsmedlemsstaten råder over ved udøvelse af virksomhed, som kan skade den offentlige orden, eller i forbindelse med statsborgere fra andre stater, som udøver denne form for virksomhed, i henhold til Domstolens traditionelle praksis på grundlag af traktatens bestemmelser, som af ovennævnte grunde kan anvendes i denne sag.

155. For så vidt angår nationale foranstaltninger med henblik på lovregulering af en konkret form for virksomhed, påvirker den måde, hvorpå prostitutionserhvervet

59 — Asscher-dommen, præmis 25.

udøves som selvstændig erhvervsvirksomhed, som er afgørende for anerkendelsen af retten til adgang til denne form for virksomhed på værtsmedlemsstatens område, ikke denne stats frihed til at indtage en anden holdning, hvis den finder, at udøvelse af prostitution af hensyn til den offentlige orden bør underkastes strengere lovbestemmelser eller endog forbydes.

I lighed med andre former for virksomhed, som kan være til skade for den offentlige orden, kan man ikke se bort fra de overvejelser af moralsk, religiøs eller kulturel art, som knytter sig til prostitution [60]. De tidligere omtalte risici [61], der er forbundet med prostitution, berettiger til, at de nationale myndigheder har beføjelser til at foretage skøn, så de kan fastlægge de nødvendige betingelser af hensyn til beskyttelsen af den offentlige orden, især hvad angår retningslinjerne for udøvelse af dette erhverv. Under disse omstændigheder kan myndighederne ikke alene skønne, om det er nødvendigt at begrænse dette erhverv, men også forbyde det, såfremt disse indskrænkninger ikke udgør en forskelsbehandling [62].

156. For det andet giver det forbehold med hensyn til den offentlige orden, som er indeholdt i associeringsaftalens artikel 53, stk. 1, de kontraherende parter mulighed for at fastlægge begrænsninger, som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, over for de øvrige parters statsborgere. Som det er tilfældet inden for rammerne af traktatens lovbestemmelser, kan det accepteres, at værtsmedlemsstaten har ret til over for den tredjestat, som er part i aftalen, at træffe foranstaltninger, som den ikke kan anvende over for sine egne statsborgere, fordi den ikke har beføjelse til at udvise disse fra sit område eller forbyde dem adgang [63].

157. Medlemsstaten har derimod denne ret over for tredjelandsstatsborgere, for så vidt der ikke sker en vilkårlig forskelsbehandling under udøvelsen heraf [64].

158. I henhold til Domstolens faste praksis kræves imidlertid, at der foreligger en virkelig og tilstrækkelig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn, for at en national myndighed kan påberåbe sig undtagelsen om den offentlige orden. Selv om medlemsstaterne ikke efter fællesskabsretten er forpligtet til indbyrdes at anvende en ensartet værdiskala for bedømmelsen af en adfærd, som kan være i strid med den offentlige orden, kan adfærden ikke være så alvorlig, at den begrunder indrejse- eller opholdsrestriktioner på en medlemsstats område over for en statsborger fra et tredjeland, når værtsmedlemsstaten ikke træffer repressive foranstaltninger eller andre egentlige og effektive foranstaltninger til bekæmpelse af den udviste adfærd over for sine egne statsborgere [65].

60 — Jf. Schindler-dommen, præmis 60, og dom af 21.9.1999, sag C-124/97, Läärä m.fl., Sml. I, s. 6067, præmis 13.

61 — Jf. punkt 119 i dette forslag til afgørelse og fodnote 45.

62 — Schindler-dommen, præmis 61, og dommen i sagen Läärä m.fl., præmis 14.

63 — Dom af 18.5.1982, forenede sager 115/81 og 116/81, Adoui og Cornuaille, Sml. s. 1665, præmis 7.

64 — Samme dom.

65 — Samme dom, præmis 8.

159. Værtsmedlemsstatens mulighed for at lovregulere det pågældende erhverv og af hensyn til den offentlige orden begrænse adgangen til sit område for udenlandske statsborgere, der udøver dette erhverv, begrænses således væsentligt af de krav om konsekvens og forbud mod forskelsbehandling, som er fastlagt i Domstolens praksis.

Forslag til afgørelse

160. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer de af Arrondissementsrechtbank, Haag, forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 44, stk. 3, i europaaftalen af 16. december 1991 om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og medlemsstaterne på den ene side og Republikken Polen på den anden side, og artikel 45, stk. 3, i europaaftalen af 4. oktober 1993 om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og medlemsstaterne på den ene side og Den Tjekkiske Republik på den anden side, har direkte virkning, således at borgerne kan påberåbe sig disse ved de nationale domstole.

2) Artikel 44, stk. 3, i associeringsaftalen Fællesskaberne/Polen, sammenholdt med artikel 58, stk. 1, i samme aftale, og artikel 45, stk. 3, sammenholdt med artikel 59, stk. 1, i associeringsaftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik, skal fortolkes således, at bestemmelserne vedrørende etablering, som er fastlagt i disse aftaler, ikke omfatter en forpligtelse for værtsmed-

lemsstaten til at give henholdsvis polske og tjekkiske statsborgere ret til indrejse og ophold på dennes område, idet udøvelsen af denne ret er underlagt de af værtsmedlemsstaten fastlagte begrænsninger vedrørende de nævnte statsborgeres indrejse, ophold og etablering.

3) Artikel 44, stk. 3, og artikel 58, stk. 1, i associeringsaftalen Fællesskaberne/Polen og artikel 45, stk. 3, samt artikel 59, stk. 1, i associeringsaftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik er ikke til hinder for en national lovgivning, hvorefter en polsk statsborger og en tjekkisk statsborger, som har til hensigt at påbegynde og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed på værtsmedlemsstatens område, for at få ret til indrejse og opholdstilladelse skal godtgøre, at han fra begyndelsen råder over tilstrækkelige økonomiske midler til at kunne udøve den omhandlede selvstændige virksomhed.

4) Artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen Fællesskaberne/Polen og artikel 45, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik skal fortolkes således, at begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« ikke kun er begrænset til de former for selvstændig erhvervsvirksomhed, som kræver en faglig kvalifikation og udøves af en erhvervsdrivende bosat på værtsmedlemsstatens område efter bestemte nærmere angivne retningslinjer som f.eks. et krav om, at der skal forelægges en bedriftsplan, at der skal foretages investeringer og indgås langsigtede forpligtelser, og at den erhvervsdrivende skal beskæftige sig både med virksomhedens forvaltning og bogholderi og med produktion af varer eller levering af tjenesteydelser.

5) Begrebet »selvstændig erhvervsvirksomhed« i artikel 44, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen Fællesskaberne/Polen og artikel 45, stk. 4, litra a), nr. i), i associeringsaftalen Fællesskaberne/Den Tjekkiske Republik skal fortolkes således, at prostitution er omfattet af dette begreb, når det er godtgjort, at den prostituerede udøver sit erhverv mod vederlag, der udbetales i sin helhed og direkte, idet valget af dette erhverv og retningslinjerne for dets udøvelse ikke kan være dikteret af tredjemand.«