



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 11. april 2013¹

Sag C-221/11

**Leyla Ecem Demirkan
mod
Forbundsrepublikken Tyskland**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg
(Tyskland))

»Associeringsaftalen EØF-Tyrkiet — tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1 — »standstill«-klausulen — fri udveksling af tjenesteydelser — passiv fri udveksling af tjenesteydelser — tyrkiske statsborgeres visumfrie indrejse — udvidelse af den passive frie udveksling af tjenesteydelser til at omfatte besøg hos slægtninge«

1. Beskytter artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen af 1970 til associeringsaftalen mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet af 1963 (herefter »tillægsprotokollen«) også modtagere af tjenesteydelser? Det er efter min opfattelse det centrale spørgsmål i den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.

2. Problematikken opstår som følge af en kombination af to linjer inden for Domstolens retspraksis. Den første vedrører tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1 (den såkaldte »standstill«-klausul). Denne bestemmelse forbyder parterne at indføre nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Domstolen præciserede i Soysal og Savatli-dommen, at det under nærmere beskrevne omstændigheder kan være i strid med »standstill«-klausulen, såfremt medlemsstater for tyrkiske tjenesteydere indfører visumpligt for indrejse². De restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, som Domstolen hidtil har haft til opgave at undersøge inden for rammerne af »standstill«-klausulen, har omhandlet tjenesteyderes virksomhed.

3. Den anden linje i retspraksis vedrører den frie udveksling af tjenesteydelser, der er beskyttet i henhold til artikel 56 TEUF. Denne bestemmelse giver ifølge Domstolens faste praksis siden Luisi og Carbone-sagen³ også modtageren af tjenesteydelser rettigheder (dette betegnes som »passiv fri udveksling af tjenesteydelser«).

4. Nærværende sag giver Domstolen mulighed for at afklare, hvorvidt den passive frie udveksling af tjenesteydelser, der er omfattet af artikel 56 TEUF, også beskyttes af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Dom af 19.2.2009, sag C-228/06, Sml. I, s. 1031.

3 — Dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Sml. s. 377, præmis 10 og 16. Derefter afsagdes bl.a. dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan, Sml. s. 195, præmis 15, af 24.11.1998, sag C-274/96, Bickel og Franz, Sml. I, s. 7637, præmis 15, af 19.1.1999, sag C-348/96, Calfa, Sml. I, s. 11, præmis 16, af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehrs AG, Sml. I, s. 7447, præmis 34, af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 55, af 17.11.2009, sag C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri, Sml. I, s. 10821, præmis 25, af 20.5.2010, sag C-56/09, Zanotti, Sml. I, s. 4517, præmis 26, og af 27.1.2011, sag C-490/09, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 247, præmis 35.

5. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er fremsat i forbindelse med en tvist mellem Leyla Ecem Demirkan, der er tyrkisk statsborger, og Forbundsrepublikken Tyskland. Under sagen har Leyla Ecem Demirkan anmodet om, at det fastslås, at hun med henblik på at besøge sin tyske stedfar kan indrejse visumfrit til Forbundsrepublikken Tysklands område, subsidiært, at der skal udstedes et besøgsvisum.

I – Retsforskrifter

A – *International ret*

6. Forbundsrepublikken Tyskland og Tyrkiet har siden henholdsvis 1958 og 1961 været parter i den europæiske konvention om personers passage af grænser mellem Europarådets medlemsstater. I henhold til denne konvention har parternes statsborgere, uanset i hvilken stat de har fast ophold, ret til indrejse på og udrejse fra en anden parts område via alle grænser med et af de dokumenter, der er anført i bilaget til konventionen, med henblik på ophold af højst tre måneders varighed (artikel 1, stk. 1 og 2). Et visum nævnes ikke i bilaget til konventionen.

7. Konventionens artikel 7 giver bl.a. parterne lov til midlertidigt at suspendere anvendelsen af konventionen, når dette er begrundet i hensynet til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed eller folkesundheden. Europarådets generalsekretær skal underrettes om en sådan foranstaltning. Forbundsrepublikken Tyskland meddelte i 1980 med henvisning til konventionens artikel 7, at den med virkning fra den 5. oktober 1980 indførte en generel visumpligt for tyrkiske statsborgere.

B – *EU-retten*

1. Associeringsaftalen EØF-Tyrkiet⁴

8. Tyrkiet, Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og dets medlemsstater underskrev den 12. september 1963 i Ankara aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet (herefter »aftalen«). Fra Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs side blev aftalen indgået, godkendt og bekræftet ved Rådets afgørelse 64/732/EØF af 23. december 1963⁵.

9. I henhold til aftalens artikel 2 har denne til formål at styrke de økonomiske og handelsmæssige forbindelser mellem parterne under hensyn til nødvendigheden af »at sikre en hurtigere udvikling af Tyrkiets økonomi og en højnelse af beskæftigelsesniveauet og livsvilkårene for det tyrkiske folk«. Aftalens præambel bekræfter denne målsætning, ligeledes med henblik på en stadig »forbedring af levestandarden i Tyrkiet og i Fællesskabet« og en mindskelse af forskellen mellem Tyrkiets og Fællesskabets medlemsstaters økonomi. I så henseende anses det for en nødvendighed midlertidigt at yde Tyrkiet økonomisk bistand med henblik på senere at »lette Republikken Tyrkiets optagelse i Fællesskabet«. Desangående skal de kontraherende parter i henhold til aftalens artikel 28 undersøge muligheden for Tyrkiets optagelse i Fællesskabet, »når aftalens funktion har gjort det muligt at forudse Tyrkiets fuldstændige overtagelse af de forpligtelser, der hidrører fra traktaten om oprettelse af Fællesskabet«.

4 — At aftalen anføres under overskriften »EU-retten« er i overensstemmelse med sædvanlig praksis. Associeringsaftaler er ganske vist internationale traktater, men udgør ifølge Domstolens faste praksis en integrerende del af fællesskabsretten. Dom af 30.4.1974, sag 181/73, Haegeman, Sml. s. 449, vedrørende associeringsaftalen med Grækenland, dom af 30.9.1987, sag 12/86, Demirel, Sml. s. 3719, præmis 7, vedrørende associeringsaftalen med Tyrkiet.

5 — Samling af Aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber, bind 3, s. 541.

10. Til virkeliggørelse af de i aftalen fastlagte mål skal der i tre faser indføres en toldunion. I forberedelsesfasen skal Republikken Tyrkiet med støtte fra Fællesskabet styrke sin økonomi (aftalens artikel 3). I overgangsperioden skal der ske en gradvis oprettelse af en toldunion og en tilnærmelse af de økonomiske politikker (aftalens artikel 4). Den endelige fase bygger på toldunionen og indebærer styrkelse af samordningen af de kontraherende parter økonomiske politik (aftalens artikel 5).

11. Gennemførelsen og den gradvise udvikling af associeringsordningen skal i henhold til aftalens artikel 6 sikres af et associeringsråd, i hvilket de kontraherende parter mødes. I henhold til aftalens artikel 22, stk. 1, er associeringsrådet beslutningsdygtigt til virkeliggørelse af de i aftalen fastlagte mål og i de tilfælde, den opregner, idet parterne er forpligtet til at træffe sådanne foranstaltninger, som gennemførelsen af de trufne afgørelser nødvendiggør. Navnlig bestemmer associeringsrådet i henhold til aftalens artikel 8 inden overgangsperiodens begyndelse betingelserne, formerne og tempoet for iværksættelsen af egnede foranstaltninger inden for de områder, der er omhandlet i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, og som skal tages i betragtning, særligt (bl.a.) de i afsnit II anførte.

12. Aftalens afsnit II, som har overskriften »Iværksættelse af overgangsperioden«, indeholder foruden den ovenfor nævnte artikel 8 og bestemmelser vedrørende toldunionen og landbruget også andre bestemmelser af økonomisk karakter. Med hensyn til den gradvise gennemførelse af arbejdskraftens frie bevægelighed og ophævelsen af de restriktioner, som begrænser etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, bestemmes det i artikel 12-14, at de kontraherende parter skal lægge de relevante bestemmelser i traktaten om oprettelse af Fællesskabet til grund.

13. Aftalens artikel 14 lyder:

»De kontraherende parter enes om, på grundlag af artikel 55, 56 og 58-65 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, indbyrdes at ophæve de restriktioner, som begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser.«

2. Tillægsprotokol

14. Med henblik på at fastsætte vilkårene, retningslinjerne og tempoet for gennemførelsen af overgangsfasen (tillægsprotokollens artikel 1) underskrev aftalens kontraherende parter den 23. november 1970 tillægsprotokollen, som Fællesskabet indgik, godkendte og bekræftede ved forordning (EØF) nr. 2760/72⁶. Tillægsprotokollen udgør ifølge sin artikel 62 en integrerende del af aftalen. I henhold til tillægsprotokollens artikel 63, stk. 2, trådte denne i kraft den 1. januar 1973 og har fra denne dato også været bindende for Forbundsrepublikken Tyskland.

15. Kapitel II i tillægsprotokollens afsnit II med overskriften »Bevægelighed for personer og tjenesteydelser« omhandler etableringsretten, tjenesteydelser og transport. Artikel 41 i tillægsprotokollens kapitel II har følgende ordlyd:

»1. De kontraherende parter afholder sig fra indbyrdes at indføre nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

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

6 — Samling af Aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber, bind 3, s. 581.

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

16. Associeringsrådet EF-Tyrkiet har ganske vist med henvisning til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 2, truffet afgørelse nr. 2/2000⁷, i hvilken associeringsrådet i april 2000 traf beslutning om, at der skulle indledes forhandlinger mellem Fællesskabet og Tyrkiet om liberalisering af tjenesteydelser. Til dato har associeringsrådet imidlertid ikke foretaget nogen væsentlig relevant liberalisering af tjenesteydelser.

3. Forordning (EF) nr. 539/2001 og (EF) nr. 562/2006

17. Ifølge artikel 5, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 562/2006⁸ skal tredjelandsstatsborgere for ophold i op til tre måneder pr. seks måneders periode som indrejsebetingelse være i besiddelse af et gyldigt visum, »hvis dette kræves i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 539/2001 af 15. marts 2001 om fastlæggelse af listen over de tredjelande, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum ved passage af de ydre grænser, og listen over de tredjelande, hvis statsborgere er fritaget for dette krav, undtagen hvis de har en gyldig opholdstilladelse«⁹.

18. I forordning (EF) nr. 539/2001¹⁰ bestemmes i artikel 1, stk. 1, at statsborgere fra tredjelande, der er opført i bilag I, skal være i besiddelse af visum, når de passerer medlemsstaternes ydre grænser. Tyrkiet er opført i bilag I.

C – De nationale bestemmelser

19. Det fremgår af den præjudicielle anmodning, at tyrkiske statsborgere på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft for Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende, den 1. januar 1973, i henhold til § 5, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse til gennemførelse af den tyske udlændingelov (DVAulG) af 10. september 1965¹¹, som affattet den 13. september 1972¹², sammenholdt med det hertil udstedte bilag (den såkaldte positivliste), kun var forpligtet til at indhente en opholdstilladelse i form af et visum, såfremt de ville udøve erhvervsaktivitet i Tyskland. Besøgsophold som det, sagsøgeren i hovedsagen påtænker, var fritaget fra visumpligt.

20. Ved 11. bekendtgørelse til ændring af bekendtgørelse til gennemførelse af den tyske udlændingelov af 1. juli 1980¹³ indførtes der en generel visumpligt for tyrkiske statsborgere.

21. Ifølge det af den forelæggende ret oplyste gjaldt visumpligten for sagsøgeren fortsat på tidspunktet for søgsmålets anlæggelse. Visumpligten for tyrkiske statsborgere følger principielt af § 4, stk. 1, første punktum, i den tyske lov om opholdsret (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet – Aufenthaltsgesetz – AufenthG), sammenholdt med artikel 1, stk. 1, i forordning (EF) nr. 539/2001, samt forordningens bilag I.

7 — Afgørelse nr. 2/2000 truffet af Associeringsrådet EF-Tyrkiet den 11.4.2000 om indledning af forhandlinger om liberalisering af og en gensidig åbning af markederne for offentlige indkøb mellem Fællesskabet og Tyrkiet, EFT L 138 af 9.6.2000, s. 27.

8 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengen-grænsekodeks), EUT L 105 af 13.4.2006, s. 1.

9 — Fodnoter slettet.

10 — Rådets forordning af 15. marts 2001 om fastlæggelse af listen over de tredjelande, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum ved passage af de ydre grænser, og listen over de tredjelande, hvis statsborgere er fritaget for dette krav, EFT L 81 af 21.3.2001, s. 1. Forordningen er blevet ændret flere gange.

11 — BGBl. I, s. 1341.

12 — BGBl. I, s. 1743.

13 — BGBl. I, s. 782.

II – De faktiske omstændigheder og hovedsagen

22. Leyla Ecem Demirkan, sagsøgeren i hovedsagen (herefter »sagsøgeren«), er tyrkisk statsborger og født i 1993. Sammen med sin mor ansøgte hun i 2007 på den tyske ambassade i Ankara om udstedelse af et Schengen-visum til besøg hos sin stedfar, der er tysk statsborger. Ambassaden afviste begge ansøgninger.

23. Sagsøgeren og hendes mor anlagde derefter sag mod Forbundsrepublikken Tyskland ved Verwaltungsgericht Berlin med påstand om, at det skulle fastslås, at de havde ret til visumfri indrejse, eller subsidiært, at sagsøgte var forpligtet til at udstede et besøgsvisum. De gjorde gældende, at retten til visumfri indrejse følger af »standstill«-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Modtagere af tjenesteydelser med tyrkisk statsborgerskab kan i henhold til denne bestemmelse påberåbe sig den retsstilling, der var gældende på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft, hvorefter tyrkiske statsborgere, der ikke ville opholde sig i Tyskland i længere tid end tre måneder og ikke ville udøve erhvervsaktivitet dér, var fritaget fra visumpligt. Efter at der under sagen i første instans blev udstedt et visum til sagsøgerens mor til familiesammenføring med hendes tyske ægtemand, og sagens parter for så vidt samstemmende erklærede retstvisten i første instans for afsluttet, gjorde sagsøgeren alene fortsat sit eget krav gældende.

24. Ved dom af 22. oktober 2009 afviste Verwaltungsgericht sagsøgerens påstand. Efter Verwaltungsgerichts opfattelse kan sagsøgeren ikke påberåbe sig »standstill«-klausulen, allerede fordi klausulen ikke kan anvendes på det besøgsophold, som hun har ansøgt om. Det er i denne forbindelse uden betydning, om »standstill«-klausulen også omfatter restriktioner, der hindrer den passive frie udveksling af tjenesteydelser. For at dette kan komme på tale, skal indreisen under alle omstændigheder ske med henblik på at modtage en tjenesteydelse. Modtagelse af tjenesteydelser i forbindelse med et besøgsophold udgør ikke et tilstrækkeligt grundlag. Der foreligger heller ikke noget krav på udstedelse af et visum.

25. Sagsøgeren har appelleret dommen til den forelæggende ret, Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, idet hun har opretholdt sine påstande.

III – De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

26. Ved kendelse af 13. april 2011 har Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF:

»1) Er også den passive frie udveksling af tjenesteydelser omfattet af begrebet den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet af 23. november 1970?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Omfatter den associeringsretlige beskyttelse af den passive frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, også tyrkiske statsborgere, der – ligesom sagsøgeren – ikke vil indrejse til Forbundsrepublikken Tysklands område og opholde sig dér i op til tre måneder for at modtage en konkret tjenesteydelse, men derimod for at besøge slægtninge, og som påberåber sig blot selve muligheden for at modtage tjenesteydelser på forbundsrepublikkens område?»

27. Ud over Leyla Ecem Demirkan og den tyske regering har den tjekkiske, den danske, den estiske, den franske, den nederlandske og den slovakiske regering samt Det Forenede Kongeriges regering, Rådet og Kommissionen afgivet skriftlige indlæg.

28. Under retsmødet den 6. november 2012 blev der afgivet mundtlige indlæg af Leyla Ecem Demirkan og af Forbundsrepublikken Tyskland samt af Kongeriget Danmark, Den Helleniske Republik, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, Rådet og Kommissionen.

IV – Retlig vurdering

29. Den forelæggende ret ønsker med sit første spørgsmål oplyst, om tillægsprotokollens »standstill«-klausul også omfatter den passive frie udveksling af tjenesteydelser. Hvis det er tilfældet, kan en tyrkisk statsborger for så vidt angår indrejsen til Forbundsrepublikken Tysklands område med henblik på at modtage tjenesteydelser muligvis påberåbe sig retsstillingen på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft, som var gunstigere for vedkommende, nemlig den dengang gældende visumfrie indrejse. Såfremt Domstolen besvarer dette spørgsmål bekræftende, skal den inden for rammerne af det andet spørgsmål tage stilling til rækkevidden af den passive frie udveksling af tjenesteydelser.

30. Efter min opfattelse bør det første spørgsmål besvares således, at tillægsprotokollens »standstill«-klausul ikke omfatter den passive frie udveksling af tjenesteydelser. Dermed er det ikke nødvendigt at besvare det andet præjudicielle spørgsmål. For det tilfælde, at Domstolen når frem til en anden konklusion, vil jeg også behandle det andet spørgsmål.

A – Det første præjudicielle spørgsmål

31. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om begrebet »den frie udveksling af tjenesteydelser« i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, også omfatter den såkaldte »passive frie udveksling af tjenesteydelser«.

32. Sagsøgeren er fortaler for en sådan vid fortolkning. De stater, der har deltaget i sagen, Kommissionen og Rådet afviser imidlertid denne fortolkning.

33. Med henblik på at besvare spørgsmålet skal der først gives et overblik over Domstolens hidtidige retspraksis vedrørende »standstill«-klausulen, da nogle stater har fremført argumenter, der i sidste ende tager sigte på en genovervejelse af nogle aspekter af denne retspraksis. Derefter bør begrebet »passiv fri udveksling af tjenesteydelser« afklares nærmere. Endelig skal »standstill«-klausulen fortolkes.

1. Domstolens retspraksis vedrørende »standstill«-klausulen

34. Ifølge Domstolens faste praksis kan tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, anvendes umiddelbart. Tyrkiske statsborgere, der er omfattet af bestemmelsen, kan for nationale domstole påberåbe sig denne bestemmelse for at udelukke anvendelsen af regler i national ret, der er i strid med denne. Bestemmelsen er umiddelbart anvendelig, idet den klart, præcist og ubetinget fastsætter en utvetydig »standstill«-klausul, som juridisk pålægger de kontraherende parter en undladellespligt¹⁴.

14 — Dom af 11.5.2000, sag C-37/98, Savas, Sml. I, s. 2927, præmis 46-54, af 21.10.2003, forenede sager C-317/01 og C-369/01, Abatay m.fl., Sml. I, s. 12301, præmis 58 og 59, og af 20.9.2007, sag C-16/05, Tumulak og Dari, Sml. I, s. 7415, præmis 46, Soysal og Savatli-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 45, samt dom af 21.7.2011, sag C-186/10, Oguz, Sml. I, s. 6957, præmis 23, og af 15.11.2011, sag C-256/11, Dereci m.fl., Sml. I, s. 11315, præmis 87.

35. Tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, giver imidlertid ikke de begunstigede nogen materiel ret til indrejse, ophold eller fri udveksling af tjenesteydelser¹⁵. Bestemmelsen forbyder derimod de kontraherende parter at indføre nye hindringer for udøvelsen af de i bestemmelsen anførte friheder, dvs. etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Dette gælder også for bestemmelser vedrørende materielle og/eller processuelle betingelser for tyrkiske statsborgeres første indrejse på den pågældende medlemsstats område med henblik på at udøve de nævnte friheder. »Standstill«-klausulen fastlægger dermed i praksis, efter hvilke af en medlemsstats bestemmelser situationen for en tyrkisk statsborger, der ønsker at gøre brug af de friheder, der er nævnt i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, skal bedømmes i tidsmæssig henseende¹⁶.

36. I Soysal og Savatli-sagen skulle Domstolen anvende ovennævnte principper på den visumpligt, der blev indført i Tyskland i 1980, og som også berørte tyrkiske statsborgeres indrejse med henblik på at levere tjenesteydelser på området for international vejgodstransport for en virksomhed med hjemsted i Tyrkiet. Domstolen fastslog, at en sådan visumpligt for så vidt angår tjenesteydere udgør en ny restriktion, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, og som er forbudt i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Ifølge Domstolen kan en visumpligt for tjenesteydere hæmme den frie udveksling af tjenesteydelser, »bl.a. henset til de supplerende og gentagne administrative og finansielle omkostninger, som indhentelsen af en sådan tidsbegrænset tilladelse indebærer. I de tilfælde, hvor der [...] gives afslag på en visumansøgning, hindrer sådanne retsfor skrifter desuden udøvelsen af denne frihed«¹⁷.

37. Domstolen fandt ikke, at denne konklusion blev anfægtet af den omstændighed, at den i Tyskland gældende lovgivning iværksætter en afledt fællesskabsbestemmelse. Som begrundelse herfor anførte Domstolen, at »den omstændighed, at de internationale aftaler, Fællesskabet har indgået, har forrang for den afledte fællesskabsret, medfører, at sidstnævnte i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med disse aftaler«¹⁸.

38. Flere af de stater, der har deltaget i nærværende procedure, og Rådet har fremført argumenter, der i sin yderste konsekvens rejser tvivl om Domstolens argumentation i Soysal og Savatli-dommen.

39. Tyskland, Grækenland, Det Forenede Kongerige og Rådet mener ikke, at en visumpligt hæmmer den frie udveksling af tjenesteydelser. Deres argumentation går ud på, at udstedelsen af et visum blot er en administrativ procedure til sikring af grænsekontrollen, der ikke nødvendigvis vanskeliggør indrejsen, men derimod allerede inden indrejsen giver den indrejsende sikkerhed for, om denne opfylder de materielle betingelser for indrejsen. De af Domstolen fremhævede omkostninger er i det mindste for privatpersoner som i det foreliggende tilfælde ikke betydelige, navnlig ikke i betragtning af muligheden for at få udstedt et visum til flere indrejser og nedbringe visumgebyrerne.

40. Denne argumentation er ikke holdbar. Visumansøgere påføres omkostninger og administrative byrder, som en indrejsende uden visumpligt ikke er tvunget til at acceptere. Et visum yder desuden ingen retssikkerhed, da besiddelsen af et visum ikke i sig selv automatisk giver ret til indrejse¹⁹. Visumpolitikken kan være udformet anderledes. Det er imidlertid ikke godtgjort, at visumpligten i det konkrete tilfælde ikke hæmmer indrejsen.

15 — En sådan ret kan ligeledes ikke udledes af den europæiske konvention om personers passage af grænser mellem Europarådets medlemsstater allerede henset til den tyske erklæring i henhold til konventionens artikel 7.

16 — Savas-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 71, dommen i sagen Abatay m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 62-67, Tum og Dari-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 47-55, Soysal og Savatli-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 47-49, og dom af 17.9.2009, sag C-242/06, Sahin, Sml. I, s. 8465, præmis 64, og af 29.4.2010, sag C-92/07, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 3683, præmis 47, samt dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 89-94.

17 — Soysal og Savatli-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 55, 57 og 63.

18 — Soysal og Savatli-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 59.

19 — Tilsvarende nu artikel 30 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 810/2009 af 13.7.2009 om en fællesskabskodeks for visa (visumkodeks), EUT L 243 af 15.9.2009, s. 1.

41. Navnlig Nederlandene og Rådet er af den opfattelse, at en tilladelse til tyrkiske statsborgeres visumfri indrejse til en medlemsstat og dermed til Schengen-området med henvisning til »standstill«-klausulen imod forordning (EF) nr. 539/2001 kan være i modstrid med ikke blot den afledte EU-ret, men også den primære EU-ret. For sidstnævnte ret gælder internationale aftalers forrang ikke. En for vid fortolkning af »standstill«-klausulen kan bringe målene med den fælles visumpolitik i fare. Unionen har i henhold til artikel 77, stk. 2, litra a), TEUF enekompetence med hensyn til denne, i det mindste efter dennes udøvelse.

42. Såfremt tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, også anvendes på modtagere af tjenesteydelser, vil det ifølge Rådets oplysninger føre til en opløsning af den fælles visumpolitik. Ifølge Rådets oplysninger kan tyrkiske modtagere af tjenesteydelser i så fald med henvisning til den nationale retsstilling på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft, ikke blot indrejse visumfrit til Tyskland, Danmark, Irland og Det Forenede Kongerige, alle stater, der også var berørt af dommen i Soysal og Savatli-sagen, men også til Belgien, Luxembourg, Nederlandene, Frankrig, Italien, Spanien og Portugal. Dermed ville tyrkiske modtagere af tjenesteydelser have fri indrejse til ni Schengen-stater, men visumpligt i fjorten medlemsstater og fire yderligere Schengen-stater. Det ville udgøre en alvorlig trussel mod den ensartede praksis inden for Schengen-området.

43. På trods af denne kritik finder jeg heller ikke her nogen anledning til at foreslå en ændring af Domstolens praksis. I henhold til artikel 2, stk. 2, TEUF har medlemsstaterne ganske vist ikke ret til at fastsætte, hvilke tredjelandes statsborgere der skal have visum til Schengen-området. I så henseende har Unionen udøvet den i henhold til artikel 4, stk. 2, litra j), TEUF delte kompetence i medfør af artikel 77, stk. 2, litra a), TEUF ved at vedtage forordning (EF) nr. 539/2001. En medlemsstats forpligtelse til at give adgang til visumfri indrejse inden for rammerne af »standstill«-klausulen er imidlertid ikke i strid med denne kompetencefordeling. Den er alene i konflikt med forordning (EF) nr. 539/2001. Nederlandenes og Rådets holdning ophøjer reelt i sidste ende forordningens status til primær ret.

44. Kommissionen har nu taget initiativ til, at der for så vidt angår tjenesteydere foretages de ændringer i den afledte ret, som Soysal og Savatli-dommen har nødvendiggjort. Kommissionen har med udtrykkelig henvisning til dommen foreslået, at der tilføjes et nyt stk. 4 til artikel 4 i forordning (EF) nr. 539/2001: »I det omfang, det følger af anvendelsen af artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til associeringsaftalen mellem Tyrkiet og EF, kan en medlemsstat fravige visumpligten for tyrkiske statsborgere, som yder tjenester under deres ophold, fra visumpligten i henhold til artikel 1, stk. 1«²⁰.

45. Forbundsrepublikken Tyskland har oplyst, at den også har foretaget en tilpasning af de relevante love og administrative bestemmelser og har fritaget tyrkiske statsborgere, der vil indrejse til Forbundsrepublikken Tysklands område med henblik på at yde visse tjenester, for visumpligt i samme omfang, som det var tilfældet for Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen trådte i kraft.

46. Som nærværende sag viser, har Soysal og Savatli-dommen imidlertid ikke besvaret alle spørgsmål, der kan optræde i forbindelse med »standstill«-klausulen. Tværtimod har det siden da ifølge den forelæggende ret været omtvistet i den nationale retspraksis og litteratur, hvorvidt den passive frie udveksling af tjenesteydelser også er omfattet af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Soysal og Savatli-dommen siger ikke noget herom.

20 — KOM(2011) 290 endelig, s. 9 og 18.

2. Den passive frie udveksling af tjenesteydelser

47. Begrebet »passiv fri udveksling af tjenesteydelser« stammer fra den nu gængse inddeling af grænseoverskridende tjenesteydelser i tre grundtyper. For det første kan selve tjenesteydelsen krydse grænsen, uden at tjenesteyder og modtager følger med (såkaldt korrespondance-tjenesteydelse). For det andet kan tjenesteyderen krydse grænsen med henblik på at levere tjenesteydelsen (aktiv fri udveksling af tjenesteydelser), og for det tredje kan modtageren af tjenesteydelsen rejse til tjenesteyderens land med henblik på at modtage tjenesteydelsen (passiv fri udveksling af tjenesteydelser)²¹. Restriktioner vedrørende de første to komponenter i den frie udveksling af tjenesteydelser kan reduceres på økonomisk hensigtsmæssig vis, uden at restriktionerne, der hindrer den passive frie udveksling af tjenesteydelser, dermed nødvendigvis fjernes²².

48. Selv om den passive frie udveksling af tjenesteydelser ved første øjekast kan forekomme at være et spejlbillede af den aktive frie udveksling af tjenesteydelser²³, viser der sig at være kvantitative og kvalitative forskelle i forbindelse med beskyttelsen af de to typer af grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser. Der er tale om to varianter, hvis respektive rækkevidde på ingen måde er sammenfaldende. En anerkendelse af beskyttelsen af den ene form giver derfor ikke automatisk noget svar med hensyn til beskyttelsen af den anden form.

49. Kvantitativt forhindrer den aktive frie udveksling af tjenesteydelser restriktioner, der hindrer tjenesteydere, dvs. en forholdsvis klart defineret gruppe, i at passere en grænse. Den passive frie udveksling af tjenesteydelser indebærer derimod, at modtagere af tjenesteydelser ikke må hindres i at passere en grænse. Den inddrager dermed den gruppe af forbrugere af tjenesteydelser, som enhver potentielt er en del af, i beskyttelsesområdet for den frie udveksling af tjenesteydelser.

50. Netop denne udvidelse af den frie udveksling af tjenesteydelser til at omfatte forbrugere indebærer, at der er en kvalitativ forskel på de to aspekter af den frie udveksling af tjenesteydelser. Tjenesteyderen er tæt knyttet til den beskyttede tjenesteydelse. Han modtager betalingen, mod hvilken en tjenesteydelse leveres. Hans evner begrænser de tjenesteydelser, som han kan levere. Alle forbrugere derimod næsten dagligt alle mulige tjenesteydelser, uden at en af disse er typisk for forbrugeren som økonomisk aktør. Endvidere behøver tjenesteydelsen ikke at udgøre en økonomisk aktivitet for forbrugeren. Ifølge Domstolens retspraksis skal en tjenesteydelse nemlig ikke nødvendigvis betales af modtageren af tjenesteydelsen²⁴. Som følge af denne brede beskyttelse af forbrugeres grænsepassage indeholder den passive frie udveksling af tjenesteydelser en beskyttelseskomponent, der i realiteten næppe kan adskilles fra den frie bevægelighed²⁵.

21 — Begrebet »passiv« fri udveksling af tjenesteydelser er i al fald blevet anvendt siden 1972. Jf. f.eks. S. Völker, *Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, s. 54 ff. Inden for rammerne af verdenshandelsorganisationens bestemmelser sondres der ifølge artikel I, stk. 2, i GATS mellem fire former for levering af grænseoverskridende tjenesteydelser. Det drejer sig om de tre typer, der er nævnt her, samt om levering »gennem en handelsmæssig tilstedeværelse«, der i europæisk sammenhæng er omfattet af etableringsfriheden.

22 — Dette fremgår også af GATS, inden for rammerne af hvilken lande kan vælge, hvilke modi for levering af tjenesteydelser de liberaliserer.

23 — C. Calliess og S. Korte, *Dienstleistungsrecht in der EU*, C.H. Beck, München, 2011, s. 55 og 56.

24 — Dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders m.fl., Sml. s. 2085, præmis 16.

25 — For så vidt angår argumentationen har Domstolen anerkendt dette, da den i Bickel og Franz-sagen fastslog, at statsborgere i medlemsstaterne som modtagere af tjenesteydelser frit kan rejse til og rundt i andre medlemsstater, og umiddelbart derefter »[f]or øvrigt« henviser til unionsborgernes frie bevægelighed. Dom af 24.11.1998, sag C-274/96, Bickel og Franz, Sml. I, s. 7637, præmis 15.

51. Ganske vist omfatter begrebet »fri udveksling af tjenesteydelser« i artikel 56 TEUF ifølge fast retspraksis også den passive frie udveksling af tjenesteydelser. Dette blev principielt fastslået i *Luisi og Carbone-dommen*²⁶. Heri fastslog Domstolen, at den passive frie udveksling af tjenesteydelser »nødvendigvis« er »modstykket« til den aktive frie udveksling af tjenesteydelser, »idet formålet er at liberalisere al erhvervsvirksomhed, der ikke omfattes af bestemmelserne om fri bevægelighed for varer, personer og kapital«²⁷. Dette betyder dog ikke, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, automatisk også omfatter den passive frie udveksling af tjenesteydelser.

3. Begrebet »fri udveksling af tjenesteydelser« i »standstill«-klausulen

52. Spørgsmålet om, hvorvidt den passive frie udveksling af tjenesteydelser også er omfattet af begrebet »fri udveksling af tjenesteydelser« i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, skal besvares på grundlag af en fortolkning af denne bestemmelse. Dette spørgsmål er hverken blevet behandlet i retspraksis vedrørende artikel 56 TEUF eller i den hidtidige retspraksis vedrørende tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

53. Da tillægsprotokollen er en international aftale, skal metoden i henhold til Wienerkonvention om traktatretten²⁸, hvis regler vedrørende fortolkningen af traktater gælder som international sædvaneret, inddrages ved fortolkningen²⁹. I henhold til konventionens artikel 31, stk. 1, skal en traktat »fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål«. Domstolen har med rette anvendt dette princip på aftalen³⁰.

a) Selve begrebet

54. Ordlyden af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, er ikke til megen hjælp med henblik på fortolkningen af begrebet »fri udveksling af tjenesteydelser«. Tendentielt synes begrebet snarere at være formuleret med henblik på tjenesteyderen (»ydelse«) end med henblik på modtageren af tjenesteydelser. I andre sprogversioner end den tyske synes dette at være endnu klarere³¹. Der er imidlertid tale om en brug af den sædvanlige terminologi for den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 59 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab.

55. I modsætning til hvad nogle af dem, der har afgivet indlæg i sagen, har anført, kan det ikke med absolut sikkerhed fastslås, hvordan de kontraherende parter har fortolket begrebet »fri udveksling af tjenesteydelser« på det tidspunkt, hvor tillægsprotokollen blev indgået. Det synes ganske vist klart, at parterne henholdt sig til terminologien for den frie udveksling af tjenesteydelser i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab. Indholdet heraf var imidlertid uklart på det pågældende tidspunkt. Som anført blev det først i 1984 med *Luisi og Carbone-dommen* afklaret, at den frie udveksling af tjenesteydelser i fællesskabsretten også omfatter den passive frie udveksling af tjenesteydelser³². Forud for denne dom findes der både forhold, der taler for, og forhold, der taler imod en inddragelse af den passive frie udveksling af tjenesteydelser.

26 — *Luisi og Carbone-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 3. Domstolen har gentagne gange bekræftet denne principielle afgørelse. Jf. fodnote 3.

27 — *Luisi og Carbone-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 10.

28 — 1155 UNTS 331.

29 — Vedrørende artikel 31 jf. f.eks. Den Internationale Domstols dom af 3.2.1994 i *Différend territorial-sagen, Jamahiriya arabe libyenne mod Tchad*, *ICJ Reports* 1994, s. 6, præmis 41.

30 — Dom af 2.3.1999, sag C-416/96, *Eddline El-Yassini*, Sml. I, s. 1209, præmis 47, og generaladvokat Bots forslag til afgørelse i *Ziebell-sagen* (tidligere *Örnek*), dom af 8.12.2011, sag C-371/08, EU:C:2011:809, punkt 43.

31 — Fransk: »libre prestation des services«, italiensk: »libera prestazione dei servizi«, nederlandsk: »het vrij verrichten van diensten«.

32 — *Luisi og Carbone-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 10 og 16.

56. På den ene side indeholdt allerede det almindelige program om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser, der blev udarbejdet i 1961, vage fingerpeg om, at også den passive frie udveksling af tjenesteydelser burde liberaliseres som en del af den frie udveksling af tjenesteydelser³³. Henvisningen til den passive frie udveksling af tjenesteydelser er tydeligere i Rådets direktiv 64/220/EØF af 25. februar 1964 om ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsningerne inden for Fællesskabet for statsborgere i medlemsstaterne med hensyn til etablering og udveksling af tjenesteydelser³⁴. Den ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsninger, som direktivet indebar, omfatter ifølge direktivets artikel 1, stk. 1, litra b), udtrykkeligt »medlemsstaternes statsborgere, der ønsker at begive sig til en anden medlemsstat for at modtage en tjenesteydelse«.

57. På den anden side var der langt fra enighed om udvidelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser til at omfatte den passive frie udveksling af tjenesteydelser. Så sent som i 1976 afviste generaladvokat Trabucchi udtrykkeligt en sådan vid fortolkning i sit forslag til afgørelse i Watson og Belmann-sagen. Han mente, at en sådan vid fortolkning var i strid med ordlyden i EØS-traktatens artikel 59 og traktatens opbygning, der sonderer mellem den frie bevægelighed for visse grupper af erhvervsdrivende³⁵. I retsvidenskaben var spørgsmålet genstand for en kontroversiel debat³⁶. For at undgå sådanne uklarheder indrømmes modtagere af tjenesteydelser udtrykkeligt en indrejse- og opholdsret i aftalen mellem Det Europæiske Fællesskab, dets medlemsstater og Det Schweiziske Forbund om fri bevægelighed for personer, der trådte i kraft den 1. juni 2002³⁷.

b) Bestemmelsens kontekst

58. Den kontekst, hvori tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, indgår, giver nogle bidrag til fortolkningen af bestemmelsen. I denne forbindelse skal det indledningsvis bemærkes, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 2, der følger umiddelbart efter »standstill«-klausulen, bestemmer, at associeringsrådet fastsætter tempoet og retningslinjerne, ifølge hvilke de kontraherende parter indbyrdes gradvis afskaffer restriktioner, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser. Tillægsprotokollens artikel 41 fastsætter således et todelt normativt forløb. »Standstill«-klausulen garanterer, at den retsstilling, der gjaldt for den frie udveksling af tjenesteydelser ved tillægsprotokollens ikrafttræden, ikke forringes. De restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, der gjaldt i henhold til denne retsstilling, reduceres på initiativ fra associeringsrådet. Dette råd har hidtil ikke taget nogen initiativer i så henseende. »Standstill«-klausulen i sig selv har således ikke til formål at reducere bestående restriktioner, men kun at forhindre en forringelse af retsstillingen.

59. Yderligere to særlige omstændigheder understreger »standstill«-klausulens begrænsede omfang. For det første præciserer tillægsprotokollens artikel 59, at der inden for de af tillægsprotokollen dækkede områder »ikke [må] gives Tyrkiet gunstigere betingelser end dem, som medlemsstaterne indrømmer hinanden på grundlag af traktaten om oprettelse af Fællesskabet«. For det andet indeholder tillægsprotokollen for så vidt angår »standstill«-klausulen ingen bestemmelser om begrundelse for en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, der svarer til artikel 61 TEUF, 51 TEUF og 52 TEUF. Dette indikerer, at de kontraherende parter som udgangspunkt ikke lagde til grund, at »standstill«-klausulen havde et overordentligt bredt materielt anvendelsesområde, der navnlig ville medføre, at følsomme lovgivningsmæssige områder ikke kunne omfattes af en fleksibel national regulering.

33 — EFT Anden Serie IX, s. 3. Afsnit III taler om ophævelse af begrænsninger, »hvad enten de rammer tjenesteyderen direkte eller indirekte gennem ydelsens modtager eller gennem selve ydelsen«.

34 — EFT 1963-1964, s. 107. Erstattet af Rådets direktiv 73/148/EØF af 21.5.1973 om ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsningerne inden for Fællesskabet for statsborgere i medlemsstaterne med hensyn til etablering og udveksling af tjenesteydelser, EFT L 172 af 28.6.1973, s. 14.

35 — Generaladvokat Trabucchis forslag til afgørelse, dom af 7.7.1976, sag 118/75, Watson og Belmann, Sml. s. 1185; efterfølgende ligeledes generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse, dom af 1.12.1977, sag 66/77, Kuyken, Sml. s. 2311.

36 — S. Völker, *Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 64 ff.

37 — Artikel 5, stk. 3, i aftalen, der blev underskrevet den 21.6.1999 og godkendt på Fællesskabets vegne ved afgørelse 2002/309/EF, Euratom, truffet af Rådet og Kommissionen, for så vidt angår aftalen om videnskabeligt og teknologisk samarbejde, den 4.4.2002 om indgåelse af syv aftaler med Det Schweiziske Forbund, EFT L 114 af 30.4.2002, s. 1.

60. Endvidere bestemmer artikel 14 i aftalen, af hvilken tillægsprotokollen ifølge dennes artikel 62 udgør en integrerende del, at de kontraherende parter indbyrdes ophæver de restriktioner, som begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser, på grundlag af de primærretlige bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser. Formuleringen »på grundlag af« viser, at primærrettens frie udveksling af tjenesteydelser skal tjene som forbillede. Den gør det dog ligeledes klart, at den frie udveksling af tjenesteydelser ikke skal overføres fuldstændigt på associeringsforholdet³⁸. Udtrykket »på grundlag af« indebærer netop ikke, at der er tale om identiske ordninger, men tillader derimod principielt forskellige fortolkninger.

61. Dermed opstår spørgsmålet, om den fortolkning af begrebet »fri udveksling af tjenesteydelser« i artikel 56 TEUF, der sædvanligvis er blevet anlagt siden Luisi og Carbone-dommen, også finder anvendelse på »standstill«-klausulen. I dommen i sagen Abatay m.fl. har Domstolen formuleret sin holdning til anvendelsen af fortolkningen af artikel 56 TEUF på »standstill«-klausulen således, at »principperne [...] inden for rammerne af traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser [...] i videst muligt omfang skal overføres på tyrkiske arbejdstagere«³⁹. Domstolen har i en række afgørelser udviklet de kriterier, der er afgørende for, om principperne i Unionens traktater kan overføres på en aftale med et tredjeland.

62. Ifølge denne retspraksis er en ordlyd af bestemmelser i en aftale med et tredjeland, der ligner eller endog er identisk med ordlyden af de tilsvarende bestemmelser i Unionens traktater, ikke i sig selv tilstrækkelig til, at retspraksis vedrørende bestemmelserne i Unionens traktater kan overføres på aftalen med et tredjeland. Hvorvidt retspraksis kan overføres, afhænger, helt i overensstemmelse med artikel 31 i Wienerkonventionen om traktatretten, af målene med de enkelte aftaler⁴⁰.

63. Den omstændighed, at en aftale med et tredjeland tager sigte på en gradvis integration med henblik på tredjelandets senere optagelse i Unionen, skal anses for et af målene med aftalen⁴¹. Som det fremgår af Domstolens retspraksis vedrørende Europaftalen med Republikken Polen⁴², indebærer eksistensen af dette mål dog under ingen omstændigheder, at retspraksis vedrørende Unionens traktater automatisk overføres på aftalen med tredjelandet⁴³. Noget andet følger heller ikke af Pabst og Richarz KG-dommen, som sagsøgeren har henvist til. I den pågældende sag fandt Domstolen ganske vist, at retspraksis vedrørende EØS-traktaten kunne overføres på Fællesskabets associeringsaftale med Grækenland. Den nåede imidlertid frem til denne konklusion på grundlag af en analyse af traktatens målsætning⁴⁴.

38 — Principielt om bestemmelsens karakter af programmerklæring, vedrørende aftalens artikel 12, der i så henseende er sammenlignelig, Demirel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4.

39 — Dommen i sagen Abatay m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 112, min fremhævelse. Jf. dom af 6.6.1995, sag C-434/93, Bozkurt, Sml. I, s. 1475, præmis 20.

40 — Fast retspraksis, dom af 9.2.1982, sag 270/80, Polydor og RSO Records, Sml. s. 329, præmis 14-19, af 26.10.1982, sag 104/81, Kupferberg, Sml. s. 3641, præmis 30, af 1.7.1993, sag C-312/91, Metalsa, Sml. I, s. 3751, præmis 10-12, af 29.1.2002, sag C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, Sml. I, s. 1049, præmis 32 og 33, af 12.11.2009, sag C-351/08, Grimme, Sml. I, s. 10777, præmis 27 og 29, af 11.2.2010, sag C-541/08, Fokus Invest, Sml. I, s. 1025, præmis 28 og 29, og af 15.7.2010, sag C-70/09, Hengartner og Gasser, Sml. I, s. 7233, præmis 41 og 42.

41 — Dom af 29.4.1982, sag 17/81, Pabst & Richarz KG, Sml. s. 1331, præmis 26 og 27, og af 27.9.2001, sag C-63/99, Gloszczuk, Sml. I, s. 6369, præmis 49-52.

42 — Europaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side, EFT L 348 af 31.12.1993, s. 2.

43 — Gloszczuk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 49-52; for så vidt angår aftalen med Tyrkiet implicit: Ziebell-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 30, EU:C:2011:809, præmis 58-74.

44 — Dommen i sagen Pabst & Richarz KG, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 26 og 27. Tilsvarende: dom af 16.7.1992, sag C-163/90, Legros, Sml. I, s. 4625, præmis 23-27.

c) Traktaternes målsætning

64. Med henblik på at fastslå, om Domstolens retspraksis vedrørende artikel 56 TEUF kan anvendes inden for rammerne af tillægsprotokollens »standstill«-klausul, skal formålet med Unionens traktater derfor sammenlignes med formålet med aftalen, af hvilken tillægsprotokollen i henhold til dennes artikel 62 er en integrerende del.

65. Lad os først se på de i aftalen fastlagte mål. Aftalen er en såkaldt »optagelsesassociering«, en associeringsaftale, der giver udsigt til en optagelse i Unionen⁴⁵. I Ziebell-sagen fastslog generaladvokat Bot, at aftalen har til formål at fremme de økonomiske og handelsmæssige forbindelser mellem Republikken Tyrkiet og Unionen og udelukkende har et økonomisk formål⁴⁶. Domstolen var enig i denne opfattelse⁴⁷.

66. Lige så afgørende er den omstændighed, at store dele af aftalen udgør et integrationspolitisk program og ikke et fuldstændigt, omfangsrigt aftalesæt, der straks kan anvendes, sådan som det fremgår af aftalens bestemmelser vedrørende toldunion og grundlæggende friheder⁴⁸. I så henseende indtager associeringsrådet en særstilling. Rådet sikrer ikke blot gennemførelsen, men også den gradvise udvikling af associeringsordningen⁴⁹, også for så vidt angår ophævelsen af restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser⁵⁰. I praksis opviser associeringsrådets aktivitet en stor uligevægt. Således er udviklingen af associeringsordningen f.eks. med hensyn til varers frie bevægelighed langt fremme, jf. afgørelse nr. 1/95, der fastlægger reglerne for iværksættelsen af slutfasen af toldunionen (artikel 1)⁵¹. På området for den frie udveksling af tjenesteydelser er der ikke opnået væsentlige fremskridt.

67. Målsætningen for og opbygningen af associeringsaftalen står i modsætning til målsætningen med og opbygningen af Fællesskabernes og EU's traktater. Som retspraksis gentagne gange har fastslået, er formålet med disse bl.a. at oprette et indre marked, dvs. at sammensmelte de nationale markeder i et enkelt marked ved at fjerne alle hindringer for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne⁵². Et ægte indre marked kan imidlertid kun opstå, såfremt borgerne synliggøres og beskyttes, også ud over udøvelsen af økonomisk aktivitet. Inden for disse rammer er udviklingen af unionsborgerskabet og den dermed forbundne bevægelsesfrihed af særlig betydning⁵³. Unionsborgernes placering som midtpunkt for EU-retten knytter EU sammen med Unionens målsætninger, der rækker langt videre end det økonomiske aspekt.

68. Det skal nu fastslås, om udvidelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 56 TEUF til at omfatte den passive frie udveksling af tjenesteydelser er en følge af de målsætninger, som EU-traktaterne og aftalen har til fælles, eller om de er baseret på EU-traktaternes mere vidtgående mål. Det fremgår af min ovenstående fremstilling vedrørende den passive frie udveksling af tjenesteydelser, at det sidstnævnte er tilfældet.

45 — K. Schmalenbach, »Art. 217«, i: C. Calliess og M. Ruffert (udg.), *EUV/AEUV*, C.H. Beck, München, 4. opl. 2011, punkt 35 og 36.

46 — Generaladvokat Bots forslag til afgørelse i Ziebell-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 30, punkt 44-46.

47 — Ziebell-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 64-72.

48 — H. Can, *Das Assoziationsverhältnis zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Türkei*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002, s. 54. Et overblik over de enkelte områder findes også hos E. Lenski, »Turkey and the EU: On the Road to Nowhere?«, i *ZaöRV* 63, 2003, s. 77-102.

49 — Aftalens artikel 6.

50 — Tillægsprotokollens artikel 41, stk. 2.

51 — Afgørelse nr. 1/95 truffet af Associeringsrådet EF-Tyrkiet den 22.12.1995 om iværksættelse af slutfasen af toldunionen, EFT L 35 af 13.2.1996, s. 1.

52 — Dom af 5.5.1982, sag 15/81, Gaston Schul, Sml. s. 1409, præmis 33, og af 25.2.1988, sag 299/86, Drexel, Sml. s. 1213, præmis 24, samt Metalsa-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 15, og Gloszczuk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 50.

53 — Artikel 20 TEUF og 21 TEUF.

69. Udvidelsen af artikel 56 TEUF til at omfatte den passive frie udveksling af tjenesteydelser var en følge af målsætningen om at lukke alle huller i beskyttelsen af de friheder, der er fastsat i traktaterne⁵⁴. Den udgjorde det første skridt med henblik på at etablere unionsborgernes frie bevægelighed. I så henseende beror beskyttelsen af den passive frie udveksling af tjenesteydelser på målsætningen om at oprette et ægte indre marked, idet alle forhindringer reduceres, dvs. på målsætninger, der adskiller Unionens traktater fra aftalen. Aftalens opbygning og den ovenfor beskrevne kontekst taler imod, at hensigten med »standstill«-klausulen var en så omfattende regulering af et så følsomt område som den frie bevægelighed uden en udtrykkelig ordning, således som det ville være tilfældet, hvis »standstill«-klausulen også omfattede den passive frie udveksling af tjenesteydelser.

70. I henhold til traktaternes formål kan Domstolens retspraksis vedrørende den passive frie udveksling af tjenesteydelser inden for rammerne af artikel 56 TEUF dermed ikke anvendes på tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

71. De kontraherende parters praksis⁵⁵ støtter ligeledes denne konklusion. Ifølge det af Rådet anførte har en lang række medlemsstater indført visumpligt for tyrkiske statsborgeres turistophold efter tillægsprotokollens ikrafttræden uden at have set tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, som en hindring herfor. Ifølge Forbundsrepublikken Tysklands ubestridte oplysninger har Tyrkiet gjort det samme for så vidt angår Belgien og Nederlandene.

72. Det første præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares således, at den passive frie udveksling af tjenesteydelser ikke er omfattet af begrebet fri udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1.

B – *Det andet præjudicielle spørgsmål*

73. Hvis Domstolen følger mit forslag, er det ikke nødvendigt at besvare dette spørgsmål. Mine bemærkninger vedrørende det andet præjudicielle spørgsmål fremsættes for det tilfælde, at Domstolen når frem til en anden konklusion.

74. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en tyrkisk statsborger, der ønsker at besøge en slægtning og i denne forbindelse har lejlighed til at modtage tjenesteydelser, kan påberåbe sig den passive frie udveksling af tjenesteydelser inden for rammerne af tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1. Den tyske Verwaltungsgericht besvarede umiddelbart – uden at behandle problemstillingen i det første præjudicielle spørgsmål – dette spørgsmål benægtende og afviste sagsøgerens påstand. Sagsøgeren ville besvare dette spørgsmål bekræftende. Alle andre procesdeltagere har, for så vidt som de har taget stilling til spørgsmålet, foreslået, at en sådan person ikke kan påberåbe sig den passive frie udveksling af tjenesteydelser. Det angivne rejseformål – ifølge det af Kommissionen anførte hovedformål med rejsen – skal være modtagelsen af en konkret tjenesteydelse, der er fastlagt ved indrejsen. Den blotte mulighed for at modtage tjenesteydelser er ikke tilstrækkelig. Nogle procesdeltagere kræver derudover, at tjenesteydelsen er af en vis økonomisk betydning, eller henviser til, at den passive frie udveksling af tjenesteydelser kun kan være berørt, såfremt bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer ikke er relevante.

54 — Dette illustreres også af den atypiske karakter af de sager, der har skabt præcedens vedrørende den passive frie udveksling af tjenesteydelser. Luisi og Carbone-sagen vedrørte bøder som følge af køb af udenlandsk valuta, Ian William Cowan påberåbte sig som turist forbuddet mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 7. Luisi og Carbone-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, og Cowan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3.

55 — Artikel 31, stk. 3, litra b), i Wienerkonventionen om traktatretten.

75. Den passive frie udveksling af tjenesteydelser beskytter modtageren af en tjenesteydelse, når denne indrejser til tjenesteyderens land⁵⁶. Tjenesteydelsesbegrebet er overensstemmende for den aktive og passive frie udveksling af tjenesteydelser⁵⁷ og er fastsat i artikel 57 TEUF⁵⁸. I henhold til denne bestemmelse betragtes som tjenesteydelser de ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer. I overensstemmelse med det vide tjenesteydelsesbegreb har retspraksis anvendt den passive frie udveksling af tjenesteydelser inden for så forskellige sektorer som turisme⁵⁹, medicinske tjenesteydelser⁶⁰, uddannelse finansieret af private midler⁶¹ og leasing⁶². Inden for beskyttelsesområdet for den frie udveksling af tjenesteydelser sondres der i denne forbindelse ikke mellem væsentlige og uvæsentlige tjenesteydelser, så længe tjenesteydelserne er ægte aktiviteter, der ikke er af en sådan art, at de fremstår som rent marginale⁶³.

76. Hvis man anvender dette tjenesteydelsesbegreb på de faktiske omstændigheder i det andet præjudicielle spørgsmål, må det konstateres, at Leyla Ecem Demirkan ikke påberåber sig nogen tjenesteydelse, men blot har gjort gældende, at det også er muligt at modtage tjenesteydelser i forbindelse med et besøg hos slægtninge.

77. Tjenesteydelser, der modtages, er ganske vist omfattet af beskyttelsen af den passive frie udveksling af tjenesteydelser, medmindre de er af en sådan art, at de fremstår som rent marginale⁶⁴. Dette gælder også, uanset om de modtages i forbindelse med et familiebesøg eller ej. Hvis tjenesteydelser imidlertid slet ikke kommer på tale eller er af helt marginal betydning, er den passive frie udveksling af tjenesteydelser ikke berørt.

78. Kriteriet for at sondre mellem grænsepassager, der er omfattet af beskyttelsen af den passive frie udveksling af tjenesteydelser, og grænsepassager, der ikke er, bliver dermed nødvendigvis rejsens formål. Såfremt denne i det mindste også er præget af modtagelsen af tjenesteydelser, gælder beskyttelsen af den passive frie udveksling af tjenesteydelser⁶⁵. I denne forbindelse er det uden betydning, at der også aflægges et familiebesøg i forbindelse med rejsen. Hvis tjenesteydelsen imidlertid er så uvæsentlig, at familiebesøget forekommer at være det eneste relevante formål, gælder beskyttelsen af den passive frie udveksling af tjenesteydelser ikke. I givet fald påhviler det de nationale domstole at undersøge dette.

79. Det følger af formålskriteriet, at den blotte påberåbelse af en hypotetisk modtagelse af ikke nærmere konkretiserede tjenesteydelser ikke er tilstrækkelig til, at beskyttelsen af den passive frie udveksling af tjenesteydelser kan gøres gældende.

56 — K. Lenaerts og P. Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, 3. oplag 2011, s. 273.

57 — C. Calliess og S. Korte, *Dienstleistungsrecht in der EU*, C.H. Beck, München, 2011, s. 55 og 56, taler om et »spejlbillede« af den aktive frie udveksling af tjenesteydelser.

58 — Dommen i sagen Eurowings Luftverkehrs AG, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 33 og 34.

59 — Luisi og Carbone-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 16, og Cowan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 15.

60 — Luisi og Carbone-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, nævnt i fodnote 3, præmis 34 og 35.

61 — Luisi og Carbone-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 16, og Zanotti-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 26-35.

62 — Dommen i sagen Eurowings Luftverkehrs AG, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 34.

63 — Dom af 5.10.1988, sag 196/87, Steymann, Sml. s. 6159, præmis 13.

64 — Jf. punkt 75 i nærværende forslag til afgørelse.

65 — Om formålelementet i forbindelse med den opholdsretlige komponent i den passive frie udveksling af tjenesteydelser, jf. S. Völker, *Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, s. 168 ff. Om de betydelige praktiske vanskeligheder i forbindelse med gennemførelsen af et sådant kriterium allerede C. Tomuschat, »Le principe de proportionnalité: Quis iudicabit?« i: CDE 1977, s. 97, på s. 102.

V – Forslag til afgørelse

80. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg har forelagt, således:

»Begrebet den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 41, stk. 1, i tillægsprotokollen til aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet af 23. november 1970 omfatter ikke den passive frie udveksling af tjenesteydelser.«

81. Subsidiært, såfremt Domstolen er af den opfattelse, at begrebet den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, omfatter den passive frie udveksling af tjenesteydelser:

»Den associeringsretlige beskyttelse af den passive frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, omfatter ikke tyrkiske statsborgere, der vil indrejse til en medlemsstats område og opholde sig dér i op til tre måneder for at besøge slægtninge, og som påberåber sig blot selve muligheden for at modtage tjenesteydelser på statens område.«