FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT E. SHARPSTON
fremsat den 25. juni 2009[1]

1. Gennem en stor del af europæisk historie har studerende ønsket at gennemføre (en del af) deres uddannelse uden for deres hjemland[2]. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse rejser, ikke for første gang, spørgsmålet, om værtsstaten kan begrænse antallet af udenlandske studerende, der kan få adgang til dens uddannelsessystem.

2. I denne anmodning fra Cour constitutionnelle (forfatningsdomstolen), Belgien, anmodes Domstolen om at fortolke artikel 12, stk. 1, EF og artikel 18, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 149, stk. 1, artikel 149, stk. 2, andet led, EF og artikel 150, stk. 2, tredje led, EF.

3. Sagen for den nationale domstol vedrører et ophævelsessøgsmål rejst af en række studerende, hvoraf størstedelen er franske, samt af undervisere og administrativt personale fra højere uddannelsesinstitutioner i Communauté française de Belgique (det franske fællesskab i Belgien, herefter »det franske fællesskab«) til prøvelse af décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur (dekret om regulering af antallet af studerende på visse studiers første del ved højere læreanstalter, herefter »dekretet«), der er vedtaget den 16. juni 2006 af Parlement de la Communauté française de Belgique (parlamentet for det franske fællesskab i Belgien)[3].

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — For en historisk oversigt, se udtalelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i forenede sager C-11/06 og C-12/06, Morgan og Bucher, Sml. I, s. 9161, punkt 37-47. De ansvarlige ministre for højere uddannelser i de 46 lande, der deltager i Bolognaprocessen, har for nylig erklæret, at mobilitet er »kendetegnende for det europæiske område for højere uddannelse«, og har opfordret »ethvert enkelt land til at øge mobiliteten«: kommuniké fra konferencen for europæiske ministre med ansvar for højere uddannelser, Leuven og Louvain-la-Neuve, 28. og 29.4.2009, punkt 18 (findes på http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en).

3 — *Moniteur Belge* af 6.7.2006, s. 34 055. Dekretet blev senest ændret ved Décret fixant des conditions d'obtention des diplômes de bachelier sage-femme et de bachelier en soins infirmiers, renforçant la mobilité étudiante et portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur (dekret om fastsættelse af betingelserne for at opnå en bachelorgrad som jordemoder og som sygeplejer, styrkelse af de studerendes mobilitet og forskellige foranstaltninger vedrørende højere uddannelse) af 18.7. 2008, *Moniteur Belge* af 10.9.2008, s. 47 115. Jeg refererer i dette forslag til afgørelse til den originale version af dekretet som anført i forelæggelseskendelsen. Dekreter er de juridiske instrumenter, gennem hvilke de tre fællesskaber i Belgien, samt de flamske og vallonske regioner, udøver deres lovgivningsmæssige beføjelser. De har samme retskraft som føderale love. Se artikel 127, stk. 2, artikel 128, stk. 2, artikel 129, stk. 2, artikel 130, stk. 2 og artikel 134, stk. 2, i den belgiske forfatning, artikel 19, stk. 2, i Loi spéciale de réformes institutionnelles (særlov om reform af institutionerne) af 8.8.1980, *Moniteur belge* af 15.8.1980, og mit forslag til afgørelse i sag C-212/06, Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon, Sml. I, s. 1683, punkt 4-7.

Retsforskrifter

International lov

4. Artikel 2, stk. 2, i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (ICESCR)[4] bestemmer:

»De i denne konvention deltagende stater forpligter sig til at garantere, at de i konventionen anførte rettigheder gennemføres uden forskelsbehandling af nogen art i henseende til […] national eller social herkomst […]«

5. Artikel 13, stk. 2, litra c), i ICESCR bestemmer:

»De i denne konvention deltagende stater anerkender, at for at opnå den fulde virkeliggørelse af [enhvers ret til uddannelse] skal:

[…]

c) højere undervisning gøres ligelig tilgængelig for alle på grundlag af evner, ved alle dertil egnede midler og i særdeleshed ved gradvis indførelse af gratis undervisning […]«

Fællesskabsbestemmelser

6. Artikel 2 EF bestemmer:

»Fællesskabet har til opgave gennem oprettelsen af et fælles marked og en økonomisk og monetær union samt gennem iværksættelsen af fælles politikker eller aktioner som omhandlet i artikel 3 og 4 i Fællesskabet som helhed at fremme […] økonomisk og social samhørighed samt solidaritet mellem medlemsstaterne.«

4 — Vedtaget og åbnet for undertegnelse, ratificering og tiltrædelse ved FN's Generalforsamlings resolution 2200A (XXI) af 16.12.1966. Konventionen trådte i overensstemmelse med sin artikel 27 i kraft den 3.1.1976.

7. Artikel 10 EF bestemmer:

»Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner. De letter Fællesskabet gennemførelsen af dets opgaver.

De afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare.«

8. Artikel 12, stk. 1, EF bestemmer:

»Inden for denne traktats anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt.«

9. Artikel 18, stk. 1, EF bestemmer:

»Enhver unionsborger har ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i denne traktat og i gennemførelsesbestemmelserne hertil.«

10. Artikel 149, stk. 1, og artikel 149, stk. 2, andet led, EF bestemmer:

»1. Fællesskabet bidrager til udviklingen af et højt uddannelsesniveau ved at fremme samarbejdet mellem medlemsstaterne og om nødvendigt at støtte og supplere disses indsats, med fuld respekt for medlemsstaternes ansvar for undervisningsindholdet og opbygningen af uddannelsessystemerne samt deres kulturelle og sproglige mangfoldighed.

2. Målene for Fællesskabets indsats er:

[…]

— at begunstige studerendes og læreres mobilitet, bl.a. ved at fremme den akademiske anerkendelse af eksamensbeviser og studieperioder

[…]«

11. Artikel 150, stk. 2, tredje led, EF bestemmer:

»Målene for Fællesskabets indsats er:

[…]

— at lette adgangen til erhvervsuddannelse og begunstige mobiliteten for erhvervslærere og personer under uddannelse, navnlig unge

[…]«

National ret

12. Ved artikel 1 definerer dekretet, hvem der har status som hjemmehørende studerende i henhold til dekretet[5]:

»I dette dekret forstås ved hjemmehørende studerende en studerende, der på tidspunktet for indskrivning ved en højere uddannelsesinstitution godtgør, at hans hovedbopæl er i Belgien, og at han opfylder en af følgende betingelser:

1° Han har ret til at opholde sig permanent i Belgien.

2° Han har haft hovedbopæl i Belgien i mindst seks måneder på tidspunktet for sin indskrivning ved en højere uddannelsesinstitution og har på samme tid udøvet en lønnet eller ulønnet erhvervsaktivitet dér eller modtaget overførselsindkomst ydet af et belgisk offentligt organ.

5 — Alle oversættelser af belgisk lovgivning og *travaux préparatoires* gældende for den omhandlede lovgivning i dette forslag til afgørelse er mine egne.

3° Han har ret til tidsubegrænset ophold [i Belgien] på grundlag af [den relevante belgiske lovgivning].

for det akademiske år og de studier, for hvilke der blev ansøgt om indskrivning.

4° Han har ret til at opholde sig i Belgien, fordi han besidder flygtningestatus [i medfør af den belgiske lovgivning] eller har ansøgt om at blive anerkendt som flygtning.

»Ret til at opholde sig permanent« som omhandlet i stk. 1, nr. 1), betyder for statsborgere i andre medlemsstater i Den Europæiske Union den ret, der anerkendes i henhold til artikel 16 og 17 i direktiv 2004/38/EF [6] [og], for statsborgere i tredjelande ret til at opholde sig i Belgien i henhold til [den relevante belgiske lovgivning].«

5° Han har ret til at opholde sig i Belgien, fordi han har modtaget midlertidig beskyttelse på basis af [den relevante belgiske lovgivning].

13. Dekretets kapitel II indeholder bestemmelser om adgangen til universiteter. Artikel 2 begrænser antallet af studerende, der for første gang indskriver sig ved et universitet i det franske fællesskab på en af de i artikel 3 anførte uddannelser, i overensstemmelse med metoden fastsat i artikel 4.

6° Han har en far, mor, værge eller ægtefælle, som opfylder en af ovennævnte betingelser.

7° Han har haft hovedbopæl i Belgien i mindst tre år på tidspunktet for sin indskrivning ved en højere uddannelsesinstitution.

14. Dekretets artikel 3 fastsætter, at bestemmelserne i kapitel II gælder for uddannelser,

8° Han har fået tildelt et studielegat inden for rammerne af udviklingssamarbejdet

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29.4.2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (berigtiget i EUT 2004 L 229, s. 35).

der fører til bachelorgrader i fysioterapi og rehabilitering samt veterinærmedicin.

alle højere uddannelsesinstitutioner i Den Europæiske Union, er P for det næste akademiske år imidlertid lig med denne procentsats ganget med tre.«

15. Dekretets artikel 4 bestemmer følgende:

16. Dekretets artikel 5 bestemmer følgende:

»For hvert universitet og for hver uddannelse anført i artikel 3 vil der være et samlet antal studerende, »T«, der for første gang indskriver sig på den pågældende uddannelse, og som tages i betragtning med henblik på finansieringen, samt et antal studerende, »NR«, der for første gang indskriver sig på den pågældende uddannelse, og som ikke anses for at være hjemmehørende som omhandlet i artikel 1.

»[1] […] studerende, der ikke anses for hjemmehørende som omhandlet i artikel 1, kan ansøge om at blive indskrevet på en af de i artikel 3 anførte uddannelser tidligst tre hverdage før den 2. september forud for det pågældende akademiske år. Studerende [...] vil blive indskrevet efter et først til mølle-princip.

Hvis forholdet mellem NR på den ene side og T fra det foregående akademiske år på den anden side når en nærmere bestemt procentsats, »P«, skal de akademiske myndigheder afvise yderligere indskrivning af studerende, der aldrig har været indskrevet på den pågældende uddannelse, og som ikke anses for hjemmehørende som omhandlet i artikel 1.

[…]

P i det foregående stykke fastsættes til 30%. Hvis antallet af studerende, der studerer i et andet land end der, hvor de har erhvervet deres gymnasiale eksamensbevis, i et bestemt akademisk år gennemsnitligt er over 10% i

[3] Hver ansøgning om optagelse indgivet fra og med den 2. september forud for det pågældende akademiske år i henhold til stk. 1 vil blive indført i et register […]

[4] For så vidt angår ikke-hjemmehørende studerende, der møder op for at indgive ansøgning om indskrivning på en af de i artikel 3 anførte uddannelser senest på den sidste hverdag før den 2. september forud for det pågældende akademiske år, vil prioriteringen [med henblik på optagelse] mellem disse studerende uanset stk. 1 blive afgjort ved lodtrækning, hvis antallet af de studerende, der er mødt op, overstiger NR som omhandlet i artikel 4, stk. 2, […]

[5] Hver ikke-hjemmehørende studerende kan kun indgive én ansøgning om indskrivning på de uddannelser, der er anført i artikel 3 og 7, inden den 2. september forud for det pågældende akademiske år. Studerende, der overtræder denne bestemmelse, vil blive udelukket fra den højere uddannelsesinstitution, som de ellers ville være blevet optaget på for at følge en af de uddannelser, der er anført i artikel 3 og 7.

[…]«

17. Kapitel III indeholder bestemmelser vedrørende højere læreanstalter. Artikel 6, stk. 1, samt artikel 8 og 9 (der udgør en del af dette kapitel) indeholder bestemmelser, der svarer til bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, samt artikel 4 og 5.

18. I henhold til dekretets artikel 7 finder bestemmelserne i kapitel III anvendelse på uddannelser, der fører til en bachelorgrad som jordemoder, i ergoterapi, logopædi, podologi-podoterapi, fysioterapi, audiologi og som pædagog specialiseret i psyko-pædagogisk rådgivning.

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

19. Ifølge forelæggelseskendelsen har det franske fællesskabs lovgivende forsamling igennem flere år konstateret en stor stigning i antallet af studerende, der for første gang optages på de pågældende uddannelser. Der er givet udtryk for bekymring for, at dette, henset til de budgetmæssige, menneskelige og materielle ressourcer, der er til rådighed for de berørte uddannelsesinstitutioner, vil bringe undervisningens kvalitet i fare — og på grund af arten af de omhandlede uddannelser også folkesundheden.

20. I det akademiske år 2003/2004 var antallet af studerende med eksamensbevis fra gymnasiale uddannelser i en anden medlemsstat, som blev optaget på de andre uddannelser, der ikke er omfattet af dekretet, under 10%.

I det akademiske år 2004/2005 lå dette tal mellem 41% og 75% for de af dekretet omfattede uddannelser ved højere læreanstalter. I det akademiske år 2005/2006 var tallet mellem 78% og 86% for de af dekretet omfattede universitetsuddannelser.

21. Hovedparten af de indskrevne studerende, der har et eksamensbevis fra gymnasiale uddannelser udstedt uden for det franske fællesskab i Belgien, er af fransk nationalitet. Dette skyldes, ifølge den forelæggende ret, flere faktorer.

22. For det første er adgangen til veterinæruddannelserne i Frankrig betinget af, at der bestås en national udvælgelsesprøve, som kun studerende, der har gennemført mindst to års forberedende studier efter deres studentereksamen, har adgang til. Efter denne prøve fik 329 studerende i 2004 adgang til en af de fire nationale veterinæruddannelser. Dette tal blev nedsat til 221 i 2005 og hævet til 436 i 2006. Som hovedregel udvælges kun en femtedel af deltagerne i denne prøve.

23. For det andet har Frankrig også fastsat en optagelseskvote for fysioterapistudiet.

24. Disse omstændigheder tilskynder mange franske studerende til at studere på deres modersmål i det franske fællesskab i Belgien. Efter afslutningen af deres studier tager de hjem til deres oprindelsesstat for dér at udøve det erhverv, som de er blevet uddannet til. Næsten en tredjedel af de dyrlæger, der etablerer sig i Frankrig, har et eksamensbevis fra det franske fællesskab i Belgien. Dette ses ikke at have medført en overbelastning i erhvervet i Frankrig. I 2005 fik mere end 800 studerende et eksamensbevis på fysioterapiområdet i det franske fællesskab i Belgien.

25. Parlamentet i det franske fællesskab i Belgiens parlament vedtog dekretet den 16. juni 2006 som en reaktion på disse omstændigheder. Det fastsætter en adgangsbegrænsning for ikke-hjemmehørende studerende og definerer »hjemmehørende«, som ikke er omfattet af adgangsbegrænsningen, ved hjælp af en dobbelt betingelse. »Hjemmehørende« er hovedsageligt personer, der har deres hovedbopæl i Belgien og har ret til tidsubegrænset ophold i Belgien.

26. Hvert universitet eller højere læreanstalt kan kun optage et begrænset antal ikke-hjemmehørende studerende. Dette antal er for hver uddannelse i hver institution i det akademiske år 2006/2007 fastsat til 30% af det samlede antal studerende, der for første gang er optaget på institutionen i de berørte uddannelser. Ikke-hjemmehørende studerende må

kun ansøge om optagelse i de tre arbejdsdage forud for den 2. september. Hvis disses antal overstiger optagelseskvoten, bliver ansøgerne udvalgt ved lodtrækning.

27. Den 9. august 2006 anlagde Nicolas Bressol og 43 andre sag ved forfatningsdomstolen med påstand om ophævelse af dekretet. Den 13. december anlagde Céline Chaverot og 18 andre ligeledes sag med påstand om ophævelse af flere artikler i dekretet. Ingen af ansøgerne er »hjemmehørende« i dekretets forstand. De har anfægtet den forskellige behandling, som dekretet etablerer mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende i forbindelse med adgang til de pågældende uddannelser.

28. Den 24. januar 2007 sendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Belgien, hvori der blev udtrykt bekymring for, om dekretet var foreneligt med fællesskabsretten. Den 24. maj 2007 svarede Belgien på skrivelsen og gav visse statistiske oplysninger og forklaringer. Ud fra den antagelse, at det franske fællesskab i Belgien uden passende beskyttelsesforanstaltninger løb den risiko ikke at være »i stand til at opretholde tilstrækkelige niveauer af territorial dækning og kvalitet i sin folkesundhedsordning«, besluttede Kommissionen den 28. november 2007 at udsætte proceduren i fem år »for at give de belgiske myndigheder mulighed for at fremskaffe yderligere oplysninger, der underbygger argumentet om, at de pålagte restriktive foranstaltninger både er nødvendige og forholdsmæssige«[7].

29. Forfatningsdomstolen er i tvivl om foreneligheden af dekretets artikel 4 og 8 med forskellige bestemmelser i den belgiske forfatning, sammenholdt med artikel 12, stk. 1, EF, artikel 18, stk. 1, EF, artikel 149, stk. 1 og 2, EF og artikel 150, stk. 2, EF. Derfor har den anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 12, stk. 1, og artikel 18, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, sammenholdt med samme traktats artikel 149, stk. 1, artikel 149, stk. 2, andet led, og artikel 150, stk. 2, tredje led, fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for, at et selvstændigt fællesskab i en medlemsstat, som har kompetence vedrørende undervisningen ved højere uddannelsesinstitutioner, og som står over for en tilstrømning af studerende fra en nabomedlemsstat på flere uddannelser på

7 — På den samme dato sendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Østrig for manglende overholdelse af Domstolens dom af 7.7.2005, sag C-147/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 5969. Kommissionen har ligeledes udsat denne procedure.

det medicinske område, der hovedsageligt finansieres af offentlige midler, efter at denne nabomedlemsstat har ført en restriktiv politik, træffer sådanne foranstaltninger som opstillet i det franske fællesskabs dekret af 16. juni 2006 om regulering af antallet af studerende på visse studiers første del ved højere læreanstalter, når dette fællesskab påberåber sig en gyldig begrundelse for, at denne situation risikerer at veje tungt på de offentlige finanser og bringe den udbudte undervisnings kvalitet i fare?

2) Skal spørgsmål 1 besvares anderledes, hvis fællesskabet godtgør, at denne situation har den virkning, at for få studerende, der er hjemmehørende i dette fællesskab, får eksamensbevis, hvorfor der ikke i længden vil være tilstrækkeligt med kvalificeret medicinsk personale til at garantere kvaliteten af sundhedssystemet i dette fællesskab?

3) Skal spørgsmål 1 besvares anderledes, hvis fællesskabet, henset til traktatens artikel 149, stk. 1, og artikel 13, stk. 2, litra c), i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, som indeholder en stand-still-forpligtelse, vælger at opretholde en vid og demokratisk adgang til en undervisning ved højere uddannelsesinstitutioner af god kvalitet for dette fællesskabs befolkning?«

30. Sagsøgerne i hovedsagen, den østrigske og den belgiske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

31. Der blev afholdt et retsmøde den 3. marts 2009, hvor alle disse parter afgav mundtlige indlæg.

Indledende bemærkninger

32. Mens artikel 149, stk. 1, EF bestemmer, at medlemsstater forbliver ansvarlige for »undervisningsindholdet og opbygningen af uddannelsessystemerne samt deres kulturelle og sproglige mangfoldighed«, har Domstolen gjort det klart, at betingelserne for adgang til erhvervsuddannelser skal falde inden for rammerne af traktaten[8]. I den henseende

8 — Jf. dom af 13.2.1985, sag 293/83, Gravier, Sml. s. 593, præmis 25, af 27.9.1988, sag 42/87, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 5445, præmis 7 og 8, af 1.7.2004, sag C-65/03, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 6427, præmis 25, dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 32, og dom af 11.1.2007, sag C-40/05, Lyyski, Sml. I, s. 99, præmis 28.

har den henvist til artikel 149, stk. 2, andet led, EF, som udtrykkeligt bestemmer, at Fællesskabets indsats skal sigte mod at fremme studerendes og underviseres mobilitet, bl.a. ved at tilskynde til akademisk anerkendelse af eksamensbeviser og studieophold, og til artikel 150, stk. 2, tredje led, EF, som bestemmer, at Fællesskabets indsats skal sigte mod at lette adgangen til erhvervsuddannelser og fremme mobiliteten for erhvervslærere og lærlinge og især unge mennesker[9]. Domstolen har ligeledes fastslået, at både højere uddannelse og universitetsuddannelse udgør erhvervsuddannelser[10].

33. Det er ubestridt, at dekretet fastsætter betingelser for adgangen til højere uddannelser og universitetsuddannelser i det franske fællesskab i Belgien. Dermed regulerer det et anliggende, som falder inden for traktatens anvendelsesområde.

34. Tilsvarende er det klart, at dekretet sondrer mellem studerende ved at klassificere dem som hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende afhængigt af, om de opfylder eller ikke opfylder visse kriterier. Hjemmehørende studerende har ubegrænset adgang til alle uddannelser. Ikke-hjemmehørende studerende er underlagt en adgangsbegrænsning til visse uddannelser. Der er således indlysende nok tale om forskellig behandling af de to grupper studerende.

35. Artikel 12, EF forbyder, inden for traktatens anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser, al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet. Dekretet skal derfor vurderes i lyset af denne bestemmelse.

36. De første to spørgsmål fra den forelæggende ret anmoder om retningslinjer for anvendelsen af tre mulige begrundelser for forskelsbehandling. Svarene på disse spørgsmål afhænger delvist af, om forskelsbehandlingen

9 — Dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 25.

10 — Dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 33, og Lyyski-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 29. Domstolens fremgangsmåde i dom af 2.2.1988, sag 24/86, Blaizot, Sml. s. 379, præmis 15-20, synes mere restriktiv. Domstolen fastslog dér, at universitetsuddannelse falder ind under udtrykket »erhvervsuddannelse« i det omfang, hvori den forbereder eller forsyner studerende med den nødvendige undervisning og færdigheder til at kvalificere sig til et bestemt erhverv, fag eller en bestemt stilling. Domstolen fastslog, at det var tilfældet »ikke blot såfremt den afsluttende eksamen umiddelbart giver kompetence inden for en profession, et fag eller en bestemt stilling, der forudsætter en sådan kompetence, men også for så vidt som studier af denne art bibringer særlige færdigheder, som den studerende skal være i besiddelse af for at virke i en profession, et fag eller en stilling, selv om der ifølge lov eller forvaltningsforskrift ikke stilles krav om erhvervelse af disse kundskaber«. Domstolen konkluderede, at generelt opfylder universitetsuddannelser disse kriterier. »De eneste undtagelser er visse særlige studieretninger, som efter deres særlige karakteristika kan følges af personer, der snarere ønsker at erhverve større almen viden end at forberede dem til en erhvervsmæssig beskæftigelse.« Under alle omstændigheder er de omhandlede uddannelser i denne sag tydeligvis erhvervsuddannelser.

er direkte eller indirekte[11]. Derfor må jeg først afklare karakteren af den pågældende forskelsbehandling.

Forskelsbehandlingens karakter

37. Dekretet begrænser antallet af ikke-hjemmehørende studerende, der optages for første gang på visse uddannelser (opført i artikel 3 og 7). For at blive betragtet som hjemmehørende og undslippe begrænsningen skal en studerende opfylde to kumulative betingelser, der er fastsat i dekretets artikel 1: i) Han skal påvise, at hans faste bopæl er i Belgien, og ii) han skal opfylde en af de otte andre opførte betingelser[12].

38. Forelæggelseskendelsen klargør, at da alle belgiere (i medfør af deres nationalitet) har ret til at opholde sig permanent i Belgien i henhold til dekretets artikel 1, stk. 1, vil de automatisk opfylde de to kumulative betingelser for at blive betragtet som »hjemmehørende«, så længe de har deres faste bopæl i Belgien på tidspunktet for deres ansøgning om optagelse[13].

39. Omvendt for potentielle studerende, der ikke er belgiske statsborgere, udgør den anden kumulative betingelse en reel hindring. For at opfylde denne betingelse kan EU-borgere, der ikke er belgiske statsborgere, kun påberåbe sig ret til »at opholde sig permanent i Belgien« inden for grænserne ifølge direktiv 2004/38, dvs. hovedsageligt efter at have haft lovlig bopæl i Belgien i en uafbrudt periode på fem år[14]. Hvis de ikke kan det (og ikke kan opfylde nogen af de syv andre kriterier), klassificeres de som ikke-hjemmehørende. Det er netop formålet med dekretet.

40. Udgør denne forskellige behandling direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet?

41. I åbningsskrivelsen af 24. januar 2007[15] var Kommissionen af den opfattelse, at da

11 — Jf. endvidere punkt 78 nedenfor.

12 — Jf. punkt 12 ovenfor.

13 — Se også dekretets *travaux préparatoires*: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 16-17; *ibidem*, nº 263/3, s. 18, og forslaget til afgørelse fra den lovgivende del af det belgiske statsråd, *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 50.

14 — Artikel 16 i direktiv 2004/38/EF.

15 — Se punkt 28 ovenfor.

belgiske statsborgere blot skal etablere deres bopæl i Belgien for at opfylde betingelsen i dekretets artikel 1, stk. 1, mens alle andre skal opfylde en yderligere betingelse, er forskelsbehandlingen direkte. Kommissionen forfulgte ikke denne argumentation i den foreliggende sag, men nøjedes med (ligesom alle andre parter) at behandle de spørgsmål, der var forelagt på grundlag af indirekte forskelsbehandling. Jeg mener imidlertid ikke, at Domstolen kan eller bør undgå den ovennævnte problemstilling.

42. For klarhedens skyld vil jeg analysere de to betingelser, dekretet pålægger, hver for sig. Jeg skal imidlertid først forklare, hvad der efter min mening er den afgørende forskel mellem direkte og indirekte forskelsbehandling.

Forskellen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling

43. Domstolens praksis indeholder overraskende nok ikke nogen klar definition af »direkte forskelsbehandling«. Hvad der menes med dette begreb, skal derfor udledes af Domstolens domsafsigelser om det generelle lighedsprincip og om begrebet indirekte forskelsbehandling.

44. Den klassiske formulering, som Domstolen benytter til at definere det generelle ligebehandlingsprincip i fællesskabsretten, er, at princippet kræver, »at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og forskellige situationer må ikke behandles ens, medmindre sådan behandling begrundes objektivt«[16]. Dette synes at gælde for begge former for forskelsbehandling[17].

45. Definitionen af direkte forskelsbehandling i direktivet om forskelsbehandling på grund af køn[18], direktivet om forskelsbehandling på grund af race[19] og rammedirektivet om ligebehandling[20] giver heller ikke megen hjælp. Disse direktiver definerer hovedsageligt direkte forskelsbehandling således, at den foreligger, når en person af en eller flere af de forbudte grunde bliver behandlet mere

16 — Jf. dom af 16.12.2008, sag C-127/07, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., Sml. I, s. 9895, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis. Dom af 23.4.2009, sag C-544/07, Rüffler, Sml. I, s. 3389, præmis 59, gentager den klassiske definition i den specifikke sammenhæng med forskelsbehandling på grundlag af artikel 12, EF.

17 — Se ligeledes generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse i sag C-132/92, Birds Eye Walls mod Roberts (dom af 9.11.1993, Sml. I, s. 5579), punkt 12-14.

18 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5.7.2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning) (EUT 2006 L 204, s. 23).

19 — Rådets direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EFT 2000 L 180, s. 22).

20 — Rådets direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om etablering af generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT 2000 L 303, s. 16).

ufordelagtigt, end andre bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en lignende situation[21]. Definitionerne kan ses i modsætning til definitionerne af indirekte forskelsbehandling i hvert direktiv. Indirekte forskelsbehandling forekommer, når en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en egenskab, som ikke må danne grundlag for at foretage sondringer, særlig ufordelagtigt, sammenlignet med andre personer, medmindre denne bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige[22].

46. Alligevel mangler denne sondring mellem direkte og indirekte forskelsbehandling præcision.

47. Problemet ligger efter min mening i at fastsætte *præcist*, hvad der udgør »en tilsyneladende neutral bestemmelse«. Denne nøgleformulering synes at være uløseligt forbundet med begrebet »skjult forskelsbehandling«, som det fremgår andetsteds i Domstolens praksis.

48. Domstolen har fastslået, at »ligebehandlingsprincippet, som artikel 12, stk. 1, EF er et særligt udtryk for, ikke blot forbyder åbenbar forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre sondringskriterier reelt fører til samme resultat«[23]. Denne formulering er ofte kombineret med mulige begrundelser for indirekte forskelsbehandling. Domstolen har f.eks. i forhold til vandrende arbejdstagere fastslået, at »[e]n national retsforskrift må, medmindre den er objektivt begrundet og står i rimeligt forhold til det tilstræbte formål, anses for at medføre indirekte forskelsbehandling, når den efter selve sin karakter er egnet til i højere grad at berøre vandrende arbejdstagere end indenlandske arbejdstagere og dermed risikerer navnlig at stille de førstnævnte ringere«[24].

49. Derfor anser Domstolen klart forskellen mellem »åbenlys« og »skjult« forskelsbehandling for central for, hvad der adskiller direkte fra indirekte forskelsbehandling. Dette kan ses endnu tydeligere i dommen i den anden

21 — Jf. artikel 2, stk. 1, litra a), i kønsdiskriminationsdirektivet, artikel 2, stk. 2, litra a), af racediskriminationsdirektivet, og artikel 2, stk. 2, litra a), i ligebehandlingsrammedirektivet.

22 — Jf. artikel 2, stk. 1, litra b), i kønsdiskriminationsdirektivet, artikel 2, stk. 2, litra b), i racediskriminationsdirektivet, og artikel 2, stk. 2, litra b), i ligebehandlingsrammedirektivet.

23 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis. 28 (min fremhævelse) og den deri nævnte retspraksis, og med hensyn til artikel 39, stk. 2, EF, dom af 11.9.2008, sag C-228/07, Petersen, Sml. I, s. 6989, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis.

24 — Petersen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis.

Defrenne-sag (starten på Domstolens praksis om kønsforskelsbehandling), hvor Domstolen henviste til »direkte og åbenlys forskelsbehandling« og modstillede det med »indirekte og skjult forskelsbehandling«[25].

50. Jeg må indrømme, at jeg ikke finder det nyttigt at sondre mellem de to begreber på denne måde[26]. Det er klart, at forskellen mellem åbenlys og skjult forskelsbehandling ikke nødvendigvis altid falder sammen med forskellen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling.

51. Et klart eksempel på skjult *direkte* forskelsbehandling findes i Dekker-sagen. Elisabeth Johanna Pacifica Dekker blev informeret om, at grunden til, at hun ikke fik det arbejde, som hun ubestrideligt var den bedst egnede ansøger til, ikke var hendes graviditet som sådan, men de økonomiske konsekvenser for hendes fremtidige arbejdsgiver. Domstolen blev spurgt, om afslaget på ansættelse skulle betragtes som direkte forskelsbehandling på grundlag af køn. Den udtalte med rette, at besvarelsen afhang af, »om den primære begrundelse for at nægte ansættelse er en begrundelse, som uden forskel anvendes over for arbejdstagere af begge køn, eller om den tværtimod alene anvendes over for det ene køn alene, omvendt, hvorvidt det udelukkende gælder for ét køn«. Domstolen konkluderede, at »kun kvinder kan nægtes ansættelse på grund af graviditet, hvorfor en sådan nægtelse er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn«[27]. Domstolen har efterfølgende bekræftet denne fremgangsmåde i en række andre sager[28].

52. Generaladvokat Jacobs har fortolket sondringen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling lidt anderledes — og efter min mening klarere — i sit forslag til afgørelse i Schnorbus-sagen, hvor han udtaler: »Noget forenklet kan man sige, at forskelsbehandling på grundlag af køn foreligger, når personer af det ene køn stilles mere fordelagtigt end de andre. Der er tale om direkte forskelsbehandling, når forskelsbehandlingen er baseret på et kriterium, der enten udtrykkeligt er kønsrelateret eller *nødvendigvis er forbundet med*

25 — Doma af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne mod Sabena, Sml. s. 455, præmis 18. Jf. endvidere generaladvokat Warners bemærkninger om denne sondring i hans forslag til afgørelse i sag 69/80, Worringham og Humphreys mod Lloyds Bank (dom af 11.3.1981, Sml. s. 767, 802 og 803). Domstolen antydede ligeledes nok, at sondringen falder sammen med forskellen mellem direkte virkning og mangel derpå.

26 — Jf. ligeledes E. Ellis: *EU Anti-Discrimination Law* (2005), s. 89 og 90. Jf. endvidere generaladvokat VerLoren van Themaat, som i sit forslag til afgørelse i sag 19/81, Burton mod British Railways Board (dom af 16.2.1982, Sml. s. 554), punkt 2.6, fandt, at Domstolens dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins mod Kingsgate, Sml. s. 911, havde vist, at »sondringen i den anden Defrenne-dom mellem åbenlys og skjult forskelsbehandling, som er væsentlig for at afgøre, om artikel 119 er direkte anvendelig, ikke er sammenfaldende med en faktisk sondring mellem direkte forskelsbehandling eller formel forskelsbehandling på den ene side og indirekte forskelsbehandling eller materiel forskelsbehandling på den anden side«.

27 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker mod Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, Sml. I, s. 3941, præmis 10 og 12.

28 — Jf. dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund mod Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz), Sml. I, s. 3979, præmis 13, af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann mod Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband, Sml. I, s. 1657, præmis 15, af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb mod EMO Air Cargo, Sml. I, s. 3567, præmis 19, og af 3.2.2000, sag C-207/98, Mahlburg mod Land Mecklenburg-Vorpommern, Sml. I, s. 549, præmis 20.

en kønsrelateret faktor. Indirekte forskelsbehandling foreligger, når der anvendes et andet kriterium, men dette rent faktisk berører et væsentligt større antal personer af det ene køn end af det andet«[29].

53. Den analyse af, hvad der udgør direkte forskelsbehandling, kan tilpasses til direkte forskelsbehandling af enhver forbudt grund. Med hensyn til forskelsbehandling på grund af nationalitet kan forskelsbehandling således anses for at være direkte, når den forskellige behandling er baseret på et kriterium, der enten tydeligvis er nationalitet eller nødvendigvis forbundet med en faktor, der er uadskillelig fra nationalitet.

54. I Dekker-sagen ville Domstolen have nået den samme konklusion, at forskelsbehandlingen var direkte, hvis den havde anvendt en »but for«-test, hvorefter den pågældende person »but for« en bestemt faktor (køn, race, alder, nationalitet osv.), ville have nydt samme fordelagtige behandling som det relevante sammenligningsgrundlag[30]. Således omformuleret ville det spørgsmål, som den nationale ret skulle tage stilling til, være følgende: »»but for« hendes graviditet (en faktor, der er uløseligt knyttet til køn) ville Elisabeth Dekker alt andet lige være blevet ansat?« Hvis svaret er ja, vil ansættelsesafvisningen udgøre en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn[31].

55. Denne analyse indebærer — og det er afgørende — at det, for at der er tale om direkte forskelsbehandling, er tilstrækkeligt, at på et eller andet punkt i årsagssammenhængen er den ugunstige behandling, som offeret har fået, baseret på eller forårsaget af anvendelse af en faktor, der ikke må danne grundlag for at foretage en sondring, som adskiller den pågældende person fra andre. For nemheds skyld vil jeg referere til denne proces som »en forbudt klassificering«.

56. En generel definition kan formuleres på dette grundlag, som efter min mening præcist afspejler alle de situationer, Domstolen anerkender som direkte forskelsbehandling af grunde, der er forbudte i henhold til fællesskabsretten. Jeg mener, at direkte forskelsbehandling foreligger, når kategorien af dem, der modtager en vis fordel, og kategorien af dem, som stilles mindre gunstigt, nøjagtigt

29 — Sag C-79/99 (dom af 7.12.2000, Sml. I, s. 10997), punkt 33 (min fremhævelse).

30 — Jf. ligeledes C. Barnard: *EC Employment Law* (3. udg., 2006), s. 321, der refererer til House of Lords' afgørelse i *James* v *Eastleigh Borough Council* [1990] 3 WLR 55, hvori »but for«-testen blev anerkendt.

31 — Dekker-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 10, 12 og 14.

sammenfalder med de respektive kategorier af personer, der kun udsondres fra andre ved anvendelse af en forbudt klassificering.

Den første kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1

59. Den første kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1, kræver, at fremtidige studerende har deres hovedbopæl i Belgien på tidspunktet for deres indskrivning på en højere uddannelsesinstitution (»hovedbopælskravet«).

57. I Elisabeth Dekkers sag er kategorien af de personer, der modtager en vis fordel (dem, som anses for egnede til ansættelse) nøjagtigt sammenfaldende med kategorien af personer, der kun udsondres fra andre ved at anvende en forbudt klassificering (køn — netop mennesker, som under ingen omstændigheder kan blive gravide, dvs. mænd). Kategorien af dem, der stillet mindre gunstigt (dem, som ikke anses for egnede til ansættelse), er nøjagtigt sammenfaldende med den tilsvarende kategori af personer, der kun sondres fra andre ved at anvende en forbudt klassificering (køn, i dette tilfælde mennesker, som kan blive gravide, dvs. kvinder). Den ugunstige behandling (ansættelsesafslaget) udgjorde derfor direkte forskelsbehandling på grund af den forbudte klassificering (køn).

60. Det er klart, at denne betingelse ikke udgør direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Både belgiere og ikke-belgiere kan etablere deres hovedbopæl i Belgien. Derfor sammenfalder kategorien af dem, der opfylder den første kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1, ikke med kategorien af belgiske statsborgere.

61. Udgør hovedbopælskravet en indirekte forskelsbehandling?

58. Hvad er resultatet af at anvende denne test på de to betingelser i dekretets artikel 1?

62. Domstolen har fastslået, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af tilsyneladende

neutrale sondringskriterier, som faktisk fører til diskriminerende resultater, især gælder en foranstaltning, der sondrer på grundlag af bopæl. Dette krav tenderer mod navnlig at ramme statsborgere fra andre medlemsstater, da ikke bosiddende i de fleste tilfælde er udlændinge[32].

63. Det er ikke for alvor bestridt, at hovedbopælskravet udgør en indirekte diskriminerende foranstaltning.

Den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1

64. Det forekommer mig derimod, at den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1, udgør en direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

65. Alle belgiske statsborgere har *automatisk* ret til at opholde sig permanent i Belgien (den første af de otte mulige kriterier i den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1). Ingen ikke-belgiere har automatisk denne ret. Derfor skal de opfylde visse yderligere betingelser for at opnå en sådan ret (dvs. dem, der er foreskrevet i direktiv 2004/38) eller opfylde et af de andre kriterier, der er opført i den bestemmelse[33].

66. Kategorien af de personer, der modtager en vis fordel (dem, der *automatisk* har ret til at opholde sig permanent i Belgien og dermed *automatisk* opfylder den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1), er derfor nøjagtigt sammenfaldende med kategorien af personer, der udsondres fra de andre på grundlag af en forbudt klassificering (nationalitet, i dette tilfælde personer med belgisk statsborgerskab). Kategorien af dem, der tilsvarende er stillet mindre gunstigt (dem, der *ikke automatisk* har en sådan ret), er nøjagtigt sammenfaldende med kategorien af personer, der udsondres fra de andre på grundlag af en forbudt klassificering (nationalitet, i dette tilfælde dem uden belgisk statsborgerskab).

32 — Jf. dom af 16.1.2003, sag C-388/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 721, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis, og af 15.3.2005, sag C-209/03, Bidar, Sml. I, s. 2119, præmis 53. Jf. endvidere i denne retning f.eks. dom af 18.7.2007, sag C-212/05, Hartmann, Sml. I, s. 6303, præmis 30 og 31, og Petersen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 54 og 55.

33 — Jf. punkt 38 og 39 ovenfor.

67. Den forskellige behandling er tydeligvis baseret på et kriterium (retten til at opholde sig permanent i Belgien), der nødvendigvis er knyttet til en faktor, som er uløseligt forbundet med nationalitet[34]. Forskelsbehandlingen på grundlag af nationalitet er derfor direkte.

68. Den kendsgerning, at ikke-belgiske EU-borgere, hvis de opfylder betingelserne i direktiv 2004/38, kan opnå retten til at opholde sig permanent i Belgien, ændrer ikke ved den konklusion. Den direkte forskelsbehandling ligger netop i det faktum, at for *alle* ikke-belgiere, herunder alle andre EU-borgere, er retten til at opholde sig permanent i Belgien *betinget* af opfyldelsen af enten et af de resterende kriterier i den anden kumulative betingelse eller kriterierne i direktiv 2004/38. For belgiere er retten nødvendigvis og automatisk knyttet til at være belgisk og derfor til en forbudt klassificering: nationalitet.

69. Jeg når til den samme konklusion ved at anvende »but for«-testen. Som eksempel kan vi tage to fremtidige studerende i veterinærmedicin, der begge har færdiggjort deres gymnasiale uddannelse i Luxembourg, hvor deres forældre bor og arbejder. Begge ønsker at studere i Belgien. Studerende A er belgier. Studerende B er bulgarer. Begge flytter til et studenterværelse i Louvain-la-Neuve i den samme bygning og bosætter sig dér i starten af det akademiske år 2008/2009 i forventning om optagelse. Derfor kan begge bevise, at de opfylder hovedbopælskravet.

70. Studerende A vil *automatisk* opfylde den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1. Som belgier har han ret til at opholde sig permanent i Belgien og vil derfor regnes for »hjemmehørende studerende« og nyde ubegrænset adgang til uddannelsen i veterinærmedicin. Studerende B vil ikke

34 — Sammenlign generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Schnorbus-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, punkt 33. Såfremt antallet af ansøgninger om ansættelse med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed i Tyskland til en ansættelsestermin oversteg antallet af ledige uddannelsespladser, kunne adgang udsættes i op til 12 måneder, men den regel gjaldt ikke, hvis udsættelsen ville indebære særlig urimelighed, som kunne forekomme, når en ansøger havde afsluttet den obligatoriske værnepligt. Generaladvokaten fastslog med rette, at dette førte til indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. I henhold til gældende tysk lovgivning kunne kvinder aldrig få fortrinsstilling i henhold til den pågældende bestemmelse, hvilket en *betydelig del* af mændene kunne. Det var et direkte resultat af det kriterium, der blev benyttet — færdiggørelse af den obligatoriske værnepligt — som var relateret til en pligt, der i henhold til lov var pålagt alle mænd og kun mænd. Da nogle mænd ikke afsluttede den obligatoriske værnepligt og derfor ikke (ligesom alle kvinder) fik prioritetsadgang, sammenfaldt kategorien af personer, der modtog en vis fordel (dem, der blev tildelt prioritetsadgang på grund af at have færdiggjort den obligatoriske værnepligt), ikke nøjagtigt med kategorien af personer, der udsondres fra de andre udelukkende på grundlag af en forbudt klassificering (køn, i dette tilfælde mænd).

automatisk opfylde denne betingelse. Han vil formentlig heller ikke opfylde kravene i direktiv 2004/38. Medmindre han tilfældigvis opfylder enten den eller en af de resterende kriterier i den anden kumulative betingelse (hvilket under disse omstændigheder er usandsynligt), vil studerende B være omfattet af adgangsbegrænsningen.

71. Det er klart, at »but for« den kendsgerning, at studerende A er belgisk statsborger, ville han ikke *automatisk* have opfyldt den anden kumulative betingelse[35].

72. Jeg bemærker, at det belgiske statsråd allerede i dets udtalelse om forslaget til dekret tilsyneladende var i tvivl om, hvorvidt det, der blev foreslået, var direkte forskelsbehandling — under alle omstændigheder blev det påpeget, at den omtvistede nationale lovgivning i sagen Kommissionen mod Østrig behandlede østrigske studerende, som havde fået deres gymnasiale uddannelsesdiplom uden for Østrig, på samme (negative) måde som studerende fra andre medlemsstater[36].

73. I modsætning til den belgiske regerings indlæg under retsmødet støtter Domstolens afgørelse i Bidar-sagen ikke påstanden om, at enhver form for forskelsbehandling, der opstår som følge af anvendelsen af den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1, er indirekte, og ikke direkte. Det Forenede Kongeriges lovgivning, som gav anledning til Bidar-sagen, gjorde berettigelse til et studielån betinget af i) at være »etableret« i Det Forenede Kongerige i henhold til national lov og ii) at opfylde visse bopælskrav[37]. Ifølge Det Forenede Kongeriges gældende immigrationslovgivning var en person

35 — »But for«-testen anvendes almindeligvis på den person, der er blevet udsat for diskriminerende behandling, snarere end på den person, der stilles fordelagtigt; og her gælder alt andet lige tilsvarende det omvendte, som er lidt mere kluntet at udtrykke: »But for« den kendsgerning, at studerende B *ikke* er belgisk statsborger, ville han også have ret til at opholde sig permanent i Belgien på grund af sin nationalitet, og han ville også automatisk opfylde den anden kumulative betingelse.

36 — Udtalelse fra den lovgivende del af det belgiske statsråd, *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, n° 263/1, s. 50. Statsrådet henledte desuden opmærksomheden på artikel 3, stk. 2, og artikel 7, stk. 2, i dekretforslaget, hvorefter de relevante begrænsninger skulle ophæves, hvis og når Frankrig ophævede begrænsningerne for tilsvarende uddannelser. Statsrådet bemærkede i den forbindelse: »Således er der igen blevet formuleret en betingelse, der er meget tæt på nationalitetskriteriet, da den er *rettet direkte mod franske studerende*« (min fremhævelse). Disse bestemmelser var slettet fra teksten i det endelige dekret, der blev vedtaget.

37 — Nemlig at de pågældende har sædvanlig bopæl i England eller Wales på den første dag i det akademiske år, og at de har været bosiddende i Det Forenede Kongerige eller de britiske øer i en periode på tre år forud for den første dag i uddannelsen, idet år, der er tilbragt i Det Forenede Kongerige som studerende, ikke er inkluderet.

»etableret« i Det Forenede Kongerige, hvis han havde sædvanlig bopæl dér, og der ikke gælder nogen begrænsninger for, hvor længe vedkommende kan opholde sig på denne medlemsstats område[38]. En statsborger fra en anden medlemsstat kunne ikke som studerende opnå status af at være etableret i Det Forenede Kongerige, da han ville dumpe i begge grene i den test.

74. Det er rigtigt, at der ikke gælder nogen begrænsninger for, hvor længe en statsborger fra Det Forenede Kongerige kan opholde sig på denne medlemsstats område (ligesom en belgisk statsborger i Belgien). Det fremgik imidlertid tydeligt af Det Forenedes Kongeriges svar på de spørgsmål, som Domstolen stillede i Bidar-sagen, at Det Forenede Kongeriges statsborgere under visse omstændigheder, *også* kan komme i strid med »sædvanlig bopæl«-grenen af testen og derfor ikke have status som »etableret« i Det Forenede Kongerige[39]. Kategorien af de personer, der modtager en vis fordel (dem, der har status som værende etableret i Det Forenede Kongerige), sammenfaldt derfor *ikke* nøjagtigt med kategorien af personer, der udsondres fra de andre på grundlag af en forbudt klassificering (nationalitet, i dette tilfælde Det Forenede Kongeriges statsborgerskab).

75. Domstolen fastslog derfor med rette, at forskelsbehandlingen i Bidar-sagen var indirekte snarere end direkte. Da Det Forenede Kongeriges lovgivning imidlertid udelukkede enhver mulighed for en statsborger fra en anden medlemsstat for som studerende at opnå status som etableret person og dermed gjorde det umuligt for vedkommende at blive berettiget til et lån uanset hans faktiske grad af integration i værtsmedlemsstaten, gjorde Domstolen kort proces med »etableringskravet«[40].

76. Det er naturligvis den nationale rets opgave at fastslå, hvad stillingen er i henhold til belgisk lov. Hvis den imidlertid konkluderer, at alle belgiske statsborgere automatisk og uden undtagelse har ret til permanent ophold i Belgien, og dermed *automatisk* opfylder den anden kumulative betingelse, mens alle andre, herunder alle andre EU-borgere, *ikke automatisk* har den ret, vil den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1, diskriminere direkte på grundlag af nationalitet, i strid med artikel 12, EF.

38 — Bidar-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 14-18.

39 — F.eks. ville et britisk barn af britiske forældre, der havde arbejdet i Østrig i de forrige ti år og havde afsluttet sin gymnasiale uddannelse i Østrig, ikke have været berettiget til et studielån som støtte til dækning af sine leveomkostninger i forbindelse med en optagelse på Cambridge.

40 — Bidar-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 61 og 62.

Det første og andet spørgsmål

77. Med det første og andet spørgsmål ønskes hovedsagligt en afklaring af, om dekretet kan begrundes på basis af tre mulige grunde: i) Tilstrømningen af udenlandske studerende lægger en urimelig byrde på de offentlige finanser, ii) kvaliteten af uddannelse vil sandsynligvis blive bragt i fare, iii) kvaliteten af det franske fællesskabs offentlige sundhedssystem vil sandsynligvis blive bragt i fare på grund af mangel på kvalificeret medicinsk personale.

78. Svaret afhænger delvis af, om forskelsbehandlingen er direkte eller indirekte[41]. Det er almindeligt anerkendt, at indirekte forskelsbehandling i princippet kan være berettiget[42]. Situationen i forbindelse med direkte forskelsbehandling er langt mere restriktiv[43]. Da jeg anser den første kumulative betingelse for at være indirekte diskriminerende og den anden for at være direkte diskriminerende, vil jeg analysere hver betingelse efter tur.

Kan den første kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1, begrundes?

79. Den belgiske regering henviser til støtte for sit standpunkt til Domstolens dom i Bidar-sagen, som hævdes at godkende lovligheden af bopælskrav i forbindelse med adgang til uddannelse, da den giver værtsstaten mulighed for, gennem sådanne bopælskrav, at kræve, at den fremtidige studerende skal vise en vis grad af integration i værtsstatens samfund[44].

80. Der er imidlertid en grundlæggende forskel mellem *adgang til finansiel støtte* til at dække udgifterne til uddannelse i en anden medlemsstat, som blev omhandlet i Bidar-sagen, og adgang til selve uddannelsen i andre medlemsstater, som omhandles i den foreliggende sag.

81. I Bidar-sagen tog Domstolen med rette hensyn til medlemsstaternes legitime interesser i forbindelse med krav om finansiel støtte fra studerende fra andre medlemsstater. Domstolen fastslog, at medlemsstaterne har pligt til ved organiseringen og anvendelsen

41 — Jf. punkt 36 ovenfor.

42 — Jf. punkt 45-48 ovenfor.

43 — Jf. punkt 128 og 131 nedenfor.

44 — Bidar-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 57-59. Jf. generelt om bopæl som et potentielt begrundelsesalternativ til nationalitet: G. Davies, »»Any Place I Hang My Hat?« eller: Residence is the New Nationality«, *European Law Journal* 2005, s. 43-56.

af deres sociale sikringsordning at vise en vis grad af økonomisk solidaritet med statsborgere fra andre medlemsstater[45]. Imidlertid kan de »frit sikre, at tildeling af støtte til dækning af leveomkostningerne for studerende fra andre medlemsstater ikke bliver til en urimelig byrde, der kan have konsekvenser for det samlede støttebeløb, der kan udbetales af denne stat«[46].

82. Derimod udgør muligheden for en studerende fra Den Europæiske Union for at få adgang til at studere ved højere læreanstalter eller universiteter i en anden medlemsstat på samme betingelser som statsborgere i den pågældende medlemsstat selve kernen i princippet om studerendes frie bevægelighed, der er garanteret i traktaten.[47]. Hvad Domstolen fastslog med hensyn til bopælskrav for finansiel støtte i Bidar-dommen, kan derfor ikke overføres til den foreliggende sag[48].

83. Det er fast retspraksis, at indirekte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet kun kan begrundes, hvis den er baseret på objektive betragtninger uafhængigt af den pågældende persons nationalitet og står i rimeligt forhold til målet, der forfølges legitimt[49].

84. Domstolen har ligeledes fastslået, at det tilkommer de nationale myndigheder, som gør en undtagelse til det grundlæggende princip om personers frie bevægelighed gældende, i hvert enkelt tilfælde at bevise, at deres bestemmelser er nødvendige og forholdsmæssige, henset til det mål, der forfølges. De hensyn, der kan påberåbes af en medlemsstaten, »skal ledsages af en gennemgang af, hvorvidt den restriktive foranstaltning, som medlemsstaten har truffet, er egnet og forholdsmæssig, såvel som konkrete holdepunkter til støtte for dens argumentation«[50].

85. Forelæggelseskendelsen citerer *travaux préparatoires*[51] til dekretet for at angive, at hovedformålet med dets omtvistede bestemmelser er »at sikre vid og demokratisk adgang til en god undervisning ved højere læreanstalter for det franske fællesskabs befolkning«. De anfægtede bestemmelser bygger endvidere på hensyn til folkesundheden. For det første vil en forringelse af uddannelsernes

45 — Bidar-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 56, hvori dom af 20.9.2001, sag C-184/99, Grzelczyk, Sml. I, s. 6193, præmis 44, nævnes.

46 — Bidar-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 56 og 57.

47 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 70.

48 — Jf. *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, n° 263/1, s. 54, hvor den lovgivende del af det belgiske statsråd gjorde det franske fællesskabs regering opmærksom på netop denne sag.

49 — Jf. dom af 16.12.2008, sag C-524/06, Huber, Sml. I, s. 9705, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis.

50 — Dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis.

51 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, n° 263/1, s. 12 og 13.

kvalitet sandsynligvis på lang sigt ændre kvaliteten af den leverede sundhedspleje. For det andet har størstedelen af ikke-hjemmehørende studerende ikke til hensigt at udøve deres erhverv i Belgien, hvilket medfører en risiko for mangel på fagfolk. Det siges, at en mangel på fagfolk er »sikker«, hvis der blev gennemført en udvælgelse i forbindelse med adgangen.

86. På baggrund af den funktionelle adskillelse mellem Domstolen og den forelæggende ret tilkommer det Domstolen at afgøre, om nogle af de anførte hensyn udgør en objektiv begrundelse for indirekte forskelsbehandling. Hvis det viser sig at være tilfældet, tilkommer det den nationale ret at afgøre, om betingelserne på baggrund af beviserne faktisk er opfyldt.

Uforholdsmæssig stor byrde for de offentlige finanser

87. Travaux préparatoires til dekretet indeholder den følgende henvisning til en uforholdsmæssig stor byrde for de offentlige finanser som en begrundelse[52]:

»Antallet af personer, der får et eksamensbevis i det franske fællesskabs højere uddannelsessystem i de [pågældende uddannelser], overstiger tydeligvis behovet for de berørte sektorer i det fransktalende Belgien. Det franske fællesskab kan ikke bære den uforholdsmæssigt store byrde på de offentlige finanser, som udgøres af studerende, der ikke er hjemmehørende i Belgien, og som kommer til det franske fællesskab for at studere, udelukkende fordi de ikke har adgang til disse studier i deres hjemland, og absolut ikke har til hensigt at udøve deres erhverv i det franske fællesskab.«

88. Den første sætning, der anfører, at antallet af studerende, der opnår et eksamensbevis, »tydeligvis overstiger« det franske fællesskabs behov, er ikke umiddelbart forenelig med den alternative begrundelse, der er baseret på risikoen for, at folkesundhedssystemet vil blive bragt i fare på grund af mangel på kvalificeret sundhedspersonale[53].

89. Argumentet i den anden sætning er hovedsagligt økonomisk. Det er problematisk af følgende grunde.

90. For det første minder jeg om fast retspraksis, hvorefter rent økonomiske mål normalt ikke kan udgøre tvingende almene

52 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 9.

53 — Jf. endvidere punkt 114-126 nedenfor.

hensyn, der begrunder en begrænsning af en grundlæggende frihed, som er sikret ved traktaten[54].

91. Domstolen har vel accepteret, at det ikke kan udelukkes, at en risiko for et alvorligt indgreb i en sociale sikringsordnings økonomiske ligevægt kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan begrunde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser[55]. Derfor kan økonomiske eller budgetmæssige grunde under særlige omstændigheder fremsættes som en begrundelse. Det kan til dels afspejle den uundgåelige kendsgerning, at enhver offentlig tjeneste, som vores velfærdsstater yder, afhænger af, at der er tilstrækkelige budgetmidler til at finansiere den.

92. Jeg deler imidlertid de af generaladvokat Jacobs udtrykte forbehold med hensyn til at anvende Domstolens bemærkninger om byrder på nationale sociale sikringsordninger til området højere uddannelse. Disse bemærkninger indebærer en dobbelt fravigelse — både fra de grundlæggende principper om fri bevægelighed for personer og fra de hensyn, som kan påberåbes som begrundelse for at fravige disse principper (der i henhold til traktaten er udelukkende *ikke*-økonomiske). Begrundelser baseret på en økonomisk argumentation skal derfor behandles med forsigtighed[56].

93. Generaladvokat Jacobs foreslog endvidere, at skulle Domstolen udvide studerendes ret til økonomisk støtte ud over undervisnings- og indskrivningsgebyrer, bør de mulige begrundelser, som medlemsstaterne kan påberåbe sig, udvides i overensstemmelse med retspraksis vedrørende modtagere af offentlige sundhedsydelser[57]. I Bidar-dommen udvidede Domstolen faktisk studerendes ret til økonomisk støtte, så den omfattede lån til dækning af deres leveomkostninger,

54 — Dom af 17.3.2005, sag C-109/04, Kranemann, Sml. I, s. 2421, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis. Formuleringen »raisons impérieuses d'intérêt général«, der systematisk benyttes af Domstolen på fransk, er blevet oversat til engelsk på mange måder. Jeg mener, at »overriding reasons in the public interest« (tvingende almene hensyn) er den oversættelse, der bedst gengiver betydningen. Den formulering blev for nylig brugt i f.eks. dom af 26.3.2009, sag C-326/07, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2291, præmis 41.

55 — Jf. dom af 28.4.1998, sag C-158/96, Kohll, Sml. I s. 1931, præmis 41, og af 12.7.2001, sag C-368/98, Vanbraekel, Sml. I, s. 5363, præmis 47.

56 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 31, jf. endvidere punkt 33-35 om, hvorfor højere uddannelse er væsentligt forskellig fra nationale sikringsordninger (mest åbenlyst fordi det ikke er en ydelse i henhold til artikel 49, EF, jf. i den henseende dom af 27.9.1988, sag 263/86, Humbel, Sml. s. 5365, præmis 17-19, og af 7.12.1993, sag C-109/92, Wirth, Sml. I, s. 6447, præmis 15-19).

57 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 46.

og accepterede, at studerende skal vise en vis grad af integration i værtsstaten, før de kan få adgang til et sådant lån. Budgetmæssige grunde kan derfor inden for visse grænser begrunde begrænsning af adgang til økonomisk uddannelsesstøtte.

94. Som jeg tidligere har betonet, vedrører den foreliggende sag imidlertid adgang til uddannelse, ikke adgang til økonomisk uddannelsesstøtte, og Domstolens afgørelse i Bidar-sagen kan derfor ikke overføres. Jeg anerkender ikke, at budgetmæssige grunde kan påberåbes som begrundelse for at begrænse adgangen til uddannelse for ikke-hjemmehørende studerende. Jeg mener derimod, at Domstolens udtalelse i Grzelczyk-dommen, hvorefter direktiv 93/96[58] »udtrykker en vis økonomisk solidaritet fra [en værtsmedlemsstats] statsborgere med statsborgere fra andre medlemsstater«[59], der blev udtrykt i sammenhæng med økonomisk uddannelsesstøtte, så meget desto mere gælder adgang til uddannelse.

95. For det andet synes det franske fællesskabs lovgiver at påberåbe sig det velkendte »frihjuls«-argument — studerende, der flytter til udlandet for at studere, høster frugterne fra offentligt finansierede uddannelser i værtsstaten, men bidrager ikke til deres finansiering via (deres forældres) nationale skatter, og de »tilbagebetaler« heller ikke nødvendigvis ved at blive i værtsmedlemsstaten og blive skatteydere dér[60]. Det stiltiende argument går på, at ikke-belgiske studerende begår en form for misbrug. Det er ganske givet ikke tilfældet. Studerende, der flytter til en anden medlemsstat for at få deres uddannelse dér, udøver deres ret til fri bevægelighed — en ret, de som unionsborgere har uden nogen form for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet[61]. Deres formodede hensigter, som det franske fællesskabs lovgiver har påberåbt sig, er helt irrelevante[62].

96. Jeg deler ligeledes generaladvokat Jacobs' og Geelhoeds synspunkter (i henholdsvis dommen i sagen Kommissionen mod Østrig

58 — Rådets direktiv 93/96/EØF af 29.10.1993 om studerendes opholdsret (EFT 1993 L 317, s. 59).

59 — Nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 44.

60 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 36.

61 — Dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

62 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 70, og (i samme ånd), generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, punkt 41. Domstolen har utvetydigt fastslået, at de bevæggrunde, der har ført en medlemsstats arbejdstager til at søge arbejde i en anden medlemsstat, er uden betydning for hans ret til indrejse i og ophold på sidstnævnte stats område, såfremt den pågældende udøver eller ønsker at udøve en faktisk og reel beskæftigelse — jf. dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 23, og af 23.9.2003, sag C-109/01, Akrich, Sml. I, s. 9607, præmis 55.

og Bidar-dommen), hvori ligger, at mens studerende måske ikke bidrager direkte til skattesystemet i den stat, hvor de har lagt deres universitetsstudier, er de en indtægtskilde for den lokale økonomi i det område, hvor universitetet eller den højere læreanstalt er beliggende og også i begrænset omfang for det nationale skattesystem via indirekte skatter[63]. Den logiske konsekvens af dette argument er, at kun de personer, der har betalt skat, bør kunne drage fordel af statsfinansierede ydelser, hvilket vil indebære, at medlemsstatens egne statsborgere, der ikke har betalt skat, eller som har betalt meget lidt i skat, ikke har ret til uddannelsesstøtte[64].

97. For det tredje viser det franske fællesskabs forklaring, som den fremstår i forelæggelseskendelsen, og Belgiens indlæg til Domstolen, ikke, på hvilken måde den finansielle byrde for det franske fællesskab af disse kategorier af studerende er »uforholdsmæssig stor«, eller hvordan dekretet løser det angivelige problem[65]. Derimod ser det ud til, at højere uddannelse er finansieret gennem et »lukket kuvert«-system. Hvis jeg har forstået det rigtigt, indebærer det, at et fald i antallet af studerende (uanset nationalitet) ikke medfører en tilsvarende besparelse for det franske fællesskab. En stigning eller et fald i antallet af studerende er budgetneutral.

98. Endelig skal det bemærkes, at sagsøgerne ved forfatningsdomstolen foreslog, at alle ikke-hjemmehørende studerende burde optages på deres valgte uddannelse, men ikke nødvendigvis modtage økonomisk støtte. I sit skriftlige indlæg til Domstolen svarede den belgiske regering, at dette forslag »ikke ville gøre det muligt at nå målene [i dekretet], der jo ikke er af økonomisk art«.

99. For at opsummere med hensyn til den belgiske regerings første begrundelse: Jeg accepterer ikke, at faren for en uforholdsmæssig stor byrde på de offentlige finanser i princippet kan anvendes som begrundelse for

63 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, fodnote 29. Jf. i denne henseende udtalelserne fra Hubert Rémy, leder af de paramedicinske og pædagogiske uddannelser ved Haute École provinciale du Hainaut occidental, der understreger de gunstige konsekvenser af tilstedeværelsen af udenlandske studerende: »Den omfattende tilstedeværelse af franske studerende har gjort det muligt for os at udvide vores perspektiver. En hel række projekter er blevet udviklet takket være vores fysioterapi- og ergoterapi-uddannelsers succes, der sikrer os et godt finansieringsniveau, for eksempel med hensyn til forskning og videregående uddannelse. Desværre vil alt det forsvinde.« (»C'est une vraie catastrophe pour notre école«, La Libre, 3.2.2006).

64 — Generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i Bidar-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 32, punkt 65. Jf. i samme retning generaladvokat Slynns forslag til afgørelse i Gravier-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 604.

65 — Som det også bemærket i *Avis du Corps interfédéral de l'inspection des finances* af 31.1.2006, som indgår i de for Domstolen fremlagte sagsakter, s. 5.

indirekte forskelsbehandling med hensyn til adgang til uddannelse. Jeg mener heller ikke (hvis en sådan begrundelse, i modsætning til min opfattelse, teoretisk set er til rådighed i en medlemsstat), at det er blevet godtgjort i den foreliggende sag.

Truslen mod uddannelsens kvalitet

100. Dekretets *travaux préparatoires* fortsætter ved at påberåbe sig en alternativ begrundelse[66]:

»Ud over den økonomiske byrde […], er der endvidere et problem med uddannelsens kvalitet. Hvis der er for mange studerende, er det umuligt at sikre dem passende uddannelsesmæssige rammer med hensyn til kvantitet og kvalitet. Der er heller ikke ubegrænsede muligheder for praktikophold i faglige miljøer.«

101. Ved den forelæggende ret anførte det franske fællesskab, at dekretet identificerer de »dårlige virkninger af en absolut mobilitet«, nemlig at det stadigt stigende antal ikke-hjemmehørende studerende truede uddannelsens kvalitet til skade for alle studerende. Uddannelsesinstitutionerne havde en begrænset kapacitet til at tage imod studerende. Undervisningspersonale, budget og mulighed for praktikpladser var alle begrænsede.

102. Både studerende og akademikere kender problemet med overfyldte undervisningslokaler. Det er en legitim bekymring. Domstolen har anerkendt, at »bevaring og forbedring af uddannelsessystemet«[67] og »at sikre et højt niveau inden for universitetsuddannelserne«[68] udgør legitime mål i henhold til traktaten. Restriktioner baseret på disse grunde skal imidlertid opfylde proportionalitetstesten, idet de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet[69].

103. Det fremgår af sagens akter, at vedtagelsen af dekretet primært byggede på statistikker, som viste stigningen i antallet af optagne

66 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 9. Se punkt 87 ovenfor.

67 — Lyyski-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 39.

68 — Dom af 13.11.2003, sag C-153/02, Neri, Sml. I,, s. 13555, præmis 46.

69 — Neri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 46.

studerende uden studentereksamensbevis fra Belgien. Dette tal varierer betydeligt mellem de forskellige uddannelser, der er omfattet af dekretet[70]. Tal, der viser antallet af ikke-hjemmehørende studerende på de pågældende uddannelser, var ikke tilgængelige før vedtagelsen af dekretet. Samlet set sidder man tilbage med det klare indtryk, at lovgivningen, som pålægger en adgangsbegrænsning for ikke-hjemmehørende studerende på en række uddannelser med vidt forskellige profiler, blev vedtaget på grundlag af ret uensartede oplysninger om visse aspekter af studenteroptagelser på nogle af disse uddannelser, hvilket er utilladeligt. For at undgå misforståelser understreger jeg, at jeg ikke foreslår, at det franske fællesskab skulle vente passivt, indtil der var påført de pågældende sektorer af deres højere uddannelsessystem betydelig skade. Min pointe er i stedet, at det specifikke materiale, der ville få en forsigtig lovgiver til legitimt at konkludere, at et specifikt voksende problem nødvendigvis skulle standses i opløbet (og at særlige målrettede midler følgelig var nødvendige og forholdsmæssige) — så vidt det fremgår af sagsakterne — simpelt hen ikke var til rådighed og/eller ikke var blevet undersøgt, da dekretet blev vedtaget.

104. Jeg mener desuden, at hvis antallet af studerende er et problem, er det ikke mere eller mindre problematisk, alt efter hvor de ekstra studerende kommer fra. Problemet er et for højt antal studerende som sådan, ikke et for højt antal af *ikke-hjemmehørende* studerende. Det ser snarere ud til, at dekretet skulle bevare ubegrænset adgang til højere uddannelse for belgiere, mens det gjorde det sværere for de udenlandske studerende (der hovedsageligt kommer fra Frankrig), for hvem det er et naturligt alternativ at få adgang til det højere uddannelsessystem i det franske fællesskab. Et sådant mål er i det væsentlige diskriminerende og ikke foreneligt med traktatens formål[71].

105. Domstolen har allerede fastslået, at en for høj efterspørgsel efter adgang til særlige uddannelser lovligt kan imødegås ved at indføre særlige ikke-diskriminerende foranstaltninger som f.eks. en adgangsprøve eller krav om et mindste uddannelsesniveau, hvilket er foreneligt med kravene i artikel 12, EF[72].

106. De enkelte medlemsstater kan ønske ubegrænset adgang til højere uddannelser, hvilket de selvfølgelig har helt frie hænder til. De må i så fald være forberedt på at tilbyde ubegrænset adgang for *alle* EU-studerende

70 — De vedlagte kommentarer til de statiske data, der findes i akterne i sagen, bemærker udtrykkeligt, at stigningen i antallet af studerende med et udenlandsk studentereksamensbevis udelukkende kan tilskrives to uddannelser: »fysioterapi og genoptræning« og »veterinærmedicin«.

71 — Jf. analogt generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 30.

72 — Dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 61. Jf. endvidere generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, punkt 52.

uanset nationalitet. Artikel 12 EF kræver, at hver medlemsstat sikrer, at statsborgere fra andre medlemsstater, der befinder sig i en fællesskabsretligt reguleret situation, skal behandles nøjagtigt ligesom medlemsstatens egne statsborgere[73]. Unionsborgerskabets formål er at skabe den grundlæggende status for medlemsstaternes statsborgere, idet det gør det muligt for dem, som befinder sig i samme situation, at blive undergivet samme retlige behandling, uanset deres nationalitet[74]. Fri adgang til uddannelse kan ikke betyde »fri adgang — men kun for vore egne statsborgere«.

107. En restriktiv politik med hensyn til adgang til visse uddannelser (som praktiseret af Frankrig) er principielt lige så acceptabel. Dette valg er lige så frit for en medlemsstat som at vælge ubegrænset adgang. Belgien har intetsteds hævdet, at Frankrig handler i strid med EF-traktaten med denne politik. Det følger af fast retspraksis, at en anden medlemsstats manglende overholdelse af fællesskabsretten ikke berettiger en anden medlemsstat til at træffe udlignings- eller beskyttelsesforanstaltninger, der ellers ville være ulovlige[75]. Dette gælder så meget desto mere, hvis en medlemsstat vedtager diskriminerende foranstaltninger som reaktion på bivirkningerne af en anden medlemsstats legitime politiske valg.

108. Det er muligt, at gennemførelsen af mindre diskriminerende foranstaltninger kan tvinge Belgien til at opgive det nuværende system med fri offentlig adgang til højere uddannelser for belgiere. Jeg kan udmærket forstå, at det vil blive anset for uønsket, og at det måske er bedre, hvis (i det omfang det er nødvendigt) de grænseoverskridende strømme af studerende blev reguleret på EU-plan[76]. I mangel af et sådant system afspejler den kendsgerning, at sådanne ændringer måske er nødvendige, dog behovet for at overholde de forpligtelser, der følger af princippet om ligebehandling i henhold til traktaten[77].

109. Belgien og andre medlemsstater, der står i lignende situationer, har forsøgt at

73 — Dom af 6.6.2002, sag C-360/00, Ricordi, Sml. I, s. 5089, præmis 31.

74 — Grzelczyk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 31, og dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

75 — Dom af 20.10.2005, sag C-111/03, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 8789, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis.

76 — Jf. punkt 151-153 nedenfor.

77 — Jf. i samme retning generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 53.

hævde, at de står i en enestående sårbar situation[78].

110. De problemer, som det franske fællesskab i Belgien og den østrigske regering står over for som følge af tilgangen i antallet af udenlandske studerende, der er i stand til eller villige til at tage deres uddannelse på henholdsvis fransk og tysk, findes faktisk ikke udelukkende i Belgien og Østrig. Andre medlemsstater kan også befinde sig i situationer, hvor de skal klare en tilgang af studerende fra andre medlemsstater, som drives af et fælles sprog eller af andre særlige overvejelser[79].

111. Dekretets *travaux préparatoires*[80] anfører, at en adgangseksamen (den åbenlyse neutrale løsning på en formodet trussel mod uddannelsernes kvalitet fra et for højt antal studerende)[81] vil favorisere studerende, der, gennem deres gunstige sociale baggrund eller af andre grunde er bedst forberedt til deres tilsigtede uddannelsesretning. Denne påstand blev ikke støttet af empirisk bevisførelse for Domstolen. Såfremt dette rent faktisk er tilfældet, må de passende foranstaltninger efter min mening ligge andetsteds. Problemet i sig selv er ikke begrundelse for at gribe til diskriminerende foranstaltninger, der strider mod fællesskabsretten.

112. Der kan tænkes at være omstændigheder, hvor en virkelig, alvorlig og overhængende trussel mod universitetsuddannelsernes kvalitet i en bestemt sektor kunne påvises. I en sådan situation vil Domstolen måske ønske at genbehandle spørgsmålet, om indirekte diskriminerende foranstaltninger til at imødegå en sådan trussel principielt kan begrundes objektivt. Selv om en sådan begrundelse teoretisk set er mulig (et spørgsmål, som jeg udtrykkeligt vil lade stå åbent), er det materiale, som Domstolen har til rådighed i den foreliggende sag, langt fra, hvad der kræves for at begrunde forskelsbehandling.

113. Jeg konkluderer derfor, at de foranstaltninger, der er vedtaget i det pågældende dekret, ikke kan begrundes på grund af en

78 — Navnlig Østrig i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7.

79 — Ifølge OECD's statistikker for 2006 (tilgængelige online på www.oecd.org) havde Belgien 40 607 udenlandske studerende ud af en samlet befolkning på 10 511 382 (et forhold på 1:258,8). I sammenligning havde Danmark 19 123 udenlandske studerende ud af en samlet befolkning på 5 427 459 (et forhold på 1:283,8), Sverige havde 41 410 udenlandske studerende ud af en samlet befolkning på 9 047 752 (et forhold på 1:218,4), og Det Forenede Kongerige havde 418 353 udenlandske studerende ud af en samlet befolkning på 60 412 870 (et forhold på 1:144,4). Da engelsksprogede uddannelser er meget fremherskende, er det sidste tal næppe overraskende. Det er imidlertid ikke muligt at sige, hvor stor en del af disse udenlandske studerende der er tredjelandsstatsborgere, hvis højere uddannelse kan være lovligt begrænset.

80 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, n° 263/1, s. 9.

81 — Jf. punkt 105 ovenfor og dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 61.

formodet trussel mod universitetsuddannelsernes kvalitet i det franske fællesskab.

Det offentlige sundhedssystems kvalitet

114. Den endelige fremførte begrundelse er, at for få hjemmehørende studerende i det franske fællesskab (i forhold til ikke-hjemmehørende studerende) uddanner sig i visse specialer. Derfor er der på længere sigt måske ikke tilstrækkeligt kvalificeret sundhedspersonale til at sikre kvaliteten af det franske fællesskabs offentlige sundhedssystem.

115. I denne forbindelse sætter *travaux préparatoires* til dekretet fokus på veterinærmedicin, hvor det franske fællesskab oprettede adgangseksamen i 2003, 2004 og 2005. I udvælgelsesprøverne i 2005 havde kun 192 ud af 795 ansøgere opnået studentereksamensbevis i det franske fællesskab. Ud af de 250 udvalgte ansøgere (et antal fastsat af lovgiveren) havde 216 opnået studentereksamensbevis i udlandet. Dette indebærer, at kun 34 hjemmehørende ansøgere kunne påbegynde deres uddannelse i veterinærmedicin[82]. Lovgiveren drager følgende konklusion[83]:

»Det antal er klart utilstrækkeligt. Hvis der ikke bliver truffet nogen foranstaltninger, risikerer det franske fællesskab at kommet til at mangle dyrlæger. Der er en betydelig risiko for, at det utilstrækkelige antal dyrlæger ikke vil blive opvejet af dyrlæger fra andre stater på grund af begrænsningerne i andre lande. Det er indlysende, at en sådan mangel på dyrlæger sandsynligvis vil udgøre en alvorlig fare for folkesundheden.«

116. Domstolen kræver i forbindelse med traktatbrudsprocedurer en grundig evaluering af den risiko, der påberåbes af den medlemsstat, som gør folkesundhedsforringelser gældende i henhold til artikel 30 EF[84]. En tilsvarende standard for undersøgelse gælder i

82 — Jeg bemærker, at selv om alle 192 ansøgere, der havde opnået deres studentereksamensbevis i det franske fællesskab, var blevet udvalgt, ville der stadig have været en mangel på sådanne ansøgere til at fylde alle de 250 ledige pladser.

83 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 5.

84 — Jf. f.eks. dom af 12.3.1987, sag 178/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1227, af 5.2.2004, sag C-24/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 1277, præmis 54, og af 23.9.2003, sag C-192/01, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 969, præmis 47.

anmodninger om præjudiciel afgørelse[85], selv om den endelige fastlæggelse af kendsgerningerne selvfølgelig tilkommer den nationale ret.

117. Efter min mening viser materialet fra Belgien i sagsakterne, at risikovurderingen, der understøtter den hævdede begrundelse om folkesundhed, ligger langt under den krævede standard.

118. Som den belgiske regerings skriftlige indlæg viser, ses den potentielle mangel på dyrlæger for det første at være skabt af det system, som det franske fællesskab selv indførte — nemlig reduktionen i antallet af studerende i veterinærvidenskab for at sikre kvaliteten af uddannelsen. Det er (for at sige det mildt) begrebsmæssigt underligt, at en indsats for at bevare uddannelsens kvalitet (en begrundelse, der behørigt blev fremsat for de vedtagne diskriminerende foranstaltninger) samtidig får den belgiske regering til at påberåbe potentiel mangel på kvalificeret sundhedspersonale.

119. For det andet fremgår det af sagsakterne, at det formodede, potentielle problem kan spores til en kombination af (minimum) det følgende: i) en mangel på ansøgere med studentereksamensbevis i det franske fællesskab, som vil studere til dyrlæger *og* er dygtige nok til at få en af de 250 studiepladser i veterinærvidenskab i konkurrence med andre EU-ansøgere, ii) en antagelse om, at størstedelen af de studerende, der er optaget på veterinærvidenskabsuddannelsen, som *ikke* har opnået deres studentereksamensbevis i det franske fællesskab, automatisk vil vende tilbage til deres hjemstat efter færdiggørelse af deres studier. Af disse ser i) ud til at være rimeligt underbygget af statistikkerne[86], mens ii) blot er en antagelse. Det antages således, at ikke-belgiske dyrlæger generelt vil vende tilbage til deres hjemstat efter afsluttet uddannelse, *uanset* de lokale jobmuligheder. Man kunne (tværtimod) tænke sig, at hvis der var en mangel på kvalificerede dyrlæger i det fransktalende Belgien, ville en sådan mangel tilskynde til en reaktion (fra markedet eller de offentlige myndigheder), der ville gøre lokale jobmuligheder mere attraktive og tilskynde nyuddannede ikke-belgiske dyrlæger til at

85 — Jf. f.eks. dom af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 112-124.

86 — Jf. tallene i punkt 115 og fodnote 82 ovenfor.

påbegynde deres professionelle karriere i den medlemsstat, hvor de tog deres uddannelse.

120. For det tredje har enten det franske fællesskab eller den føderale regering (eller begge i samspil)[87] de nødvendige regulerende værktøjer til at løse det potentielle problem. De mulige løsninger, der er nævnt i sagsakterne, omfatter justeringer af antallet af dyrlæger, der får tilladelse til at tage deres afsluttende eksamen hvert år, og som får adgang til den anden (kliniske) del af studierne i veterinærmedicin[88], samarbejde mellem gymnasier og fakulteter for at justere uddannelsesniveauet før universitetsstudium for at sikre, at et tilstrækkeligt antal belgiere lever op til kravene til en eksamen af passende standard, og ved at etablere et forberedende studieår til at forberede potentielle dyrlæger bedre til det faktiske universitetsstudium[89].

121. Gennemførelsen af sådanne foranstaltninger kan selvfølgelig give anledning til praktiske vanskeligheder. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at sådanne vanskeligheder ikke i sig selv kan begrunde en tilsidesættelse af en traktatsikret frihed[90].

122. Desuden bemærkede den lovgivende afdeling af det belgiske Conseil d'État, at erfaringerne fra veterinærmedicin ikke nødvendigvis strækker sig til andre uddannelser. På trods af den føderale kvote for fysioterapiuddannelser svarede antallet af dem, der fik et eksamensbevis, og som ville udøve deres erhverv i Belgien, åbenbart nøje til erhvervets behov ifølge den føderale regerings skøn[91].

87 — Under retsmødet anførte sagsøgerne, at det faktisk er den føderale regering og ikke det franske fællesskab, der har kompetence på folkesundhedsområdet, og at de procedurer, der krævedes i henhold til den belgiske forfatningslov for at gennemføre foranstaltninger, som har til formål at beskytte folkesundheden, ikke var blevet fulgt i den foreliggende sag. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre det spørgsmål.

88 — Det ses, at konkurrencen for dyrlæger, som skabte problemer, hovedsageligt var etableret på grund af et for højt antal studerende på uddannelsens anden del: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 5 og 6.

89 — Som det blev foreslået af Claude Ancion, parlamentsmedlem i det franske fællesskab, i et spørgsmål til ministeren for højere uddannelse, videnskabelig forskning og internationale relationer: *Compte rendu intégral*, Parlement de la Communauté française, 2004-2005, 13.10.2005, s. 53 (der henvises til spørgsmålet og ministerens svar i *travaux préparatoires* til dekretet: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 9, fodnote 8).

90 — Dom af 27.11.2008, sag C-418/07, Papillon, Sml. I, s. 8947, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis. Det samme gælder finansielle vanskeligheder, som medlemsstaterne skal løse ved at vedtage passende foranstaltninger, jf. dom af 5.7.1990, sag C-42/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2821, præmis 24.

91 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nº 263/1, s. 53 og 56. De seneste tilgængelige EUROSTAT data (2007) viser, at Belgien har et nationalt gennemsnit på 242,7 fysioterapeuter pr. 100 000 indbyggere. Den vallonske region i Belgien har 268 pr. 100 000 indbyggere (og så mange som 416,9 pr. 100 000 indbyggere i provinsen Vallonsk Brabant). Bruxelles-regionen har 218,1 pr 100 000 indbyggere. Det skal sammenlignes med et nationalt gennemsnit på 104 fysioterapeuter pr. 100 000 indbyggere i Frankrig og 103 fysioterapeuter pr. 100 000 indbyggere i Tyskland (EUROSTAT 2006 data). Sundhedsministeren i det franske fællesskab har angivet, at eksaminationen i slutningen af fysioterapi-uddannelsen (der gør det muligt for fysioterapeuter at få et sygesikringsnummer fra det belgiske statsinstitut for sundhed og invaliditet, der giver deres patienter ret til at blive dækket af deres sygesikring) skal nedlægges — og måske erstattes med en eksamen i begyndelsen af uddannelsen: Note de Politique Générale de la Vice-première Ministre et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, nº 1529/5, s. 16.

123. For det fjerde »retter de kundskaber, som en studerende erhverver under universitetsstudierne, sig ikke generelt mod et givent geografisk arbejdsmarked«[92]. Ikke-hjemmehørende, der får et eksamensbevis i det franske fællesskab, kan således med de rigtige incitamenter blive tilskyndet til at starte deres professionelle karriere i den region, hvor de studerede.

124. Disse betragtninger gælder tilsvarende for de andre uddannelser, der er omfattet af det omtvistede dekret.

125. Med hensyn til formodede folkesundhedsmæssige begrundelser forekommer dekretet hovedsagligt at være forebyggende. Medmindre den nationale ret bliver forelagt væsentligt stærkere materiale end det, der allerede er blevet forelagt for Domstolen, kan proportionalitetstesten efter min mening ikke siges at være opfyldt[93]. Når forskelsbehandling udgør en sikkerhedsforanstaltning mod et formodet fremtidigt problem, skal proportionalitetstesten benyttes med særlig forsigtighed.

126. Jeg konkluderer på baggrund af sagsakterne, at det omtvistede dekret ikke kan begrundes med, at for få hjemmehørende studerende i det franske fællesskab opnår eksamensbeviser til, at der på lang sigt er et tilstrækkeligt højt antal kvalificeret sundhedspersonale til at sikre kvaliteten af det offentlige sundhedssystem i det franske fællesskab.

Konklusion vedrørende den første kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1

127. Det følger heraf, at det (indirekte diskriminerende) bopælskrav i dekretets artikel 1, stk. 1, ikke kan begrundes med nogen af de af Belgien påberåbte grunde.

92 — Bidar-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 58.

93 — Jf. analogt generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 51.

Den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1

128. Så vidt jeg ved, har Domstolen aldrig fastslået, at foranstaltninger, der diskriminerer direkte på grundlag af nationalitet og dermed strider mod artikel 12 EF, måske kan begrundes[94]. Jeg har tidligere anført min begrundelse for, at den anden kumulative betingelse i det omtvistede dekret må være direkte forskelsbehandling[95].

129. Domstolens holdning til dato forekommer mig logisk. Direkte forskelsbehandling på basis af grunde, der er forbudt i henhold til traktaten, er i strid med selve idéen om en Europæisk Union og skal derfor kun accepteres af en meget god grund. Ifølge fast retspraksis kan en sådan forskelsbehandling kun begrundes med udtrykkelige undtagelser i traktaten[96]. Der findes ingen undtagelse i traktaten fra det generelle forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i artikel 12, EF[97].

130. Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet har stor symbolsk betydning. Som generaladvokat Jacobs så klart har udtrykt det, viser det, at Fællesskabet »ikke blot er et kommercielt samarbejde mellem regeringerne i medlemsstaterne, men et fælles foretagende, hvor alle borgere i Europa kan deltage som enkeltpersoner. Intet andet aspekt af fællesskabsretten berører enkeltpersoner mere direkte eller gør mere for at nære følelsen af fælles identitet og fælles skæbne, uden hvilke den »stadig tættere forening af de europæiske folkeslag«, der er

94 — Som eksempel på sager, i hvilke Domstolen, efter at have påvist, at der havde været tale om direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, ikke gik videre til at undersøge, om der var potentielle begrundelser, kan der henvises til Gravier-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 15, 25 og 26, dom af 2.2.1989, sag 186/87, Cowan mod Trésor Public, Sml. s. 195, præmis 10, og af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Collins og Patricia Im- und Export mod Imtrat og EMI Electrola, Sml. I, s. 5145, præmis 32 og 33. Generaladvokat Kokott bemærkede med rette i sit forslag til afgørelse i sag C-164/07, Wood (dom af 5.6.2008, Sml. I, s. 4143), i punkt 42 og fodnote 11, at mens det er tvivlsomt, om en national regel, der diskriminerer direkte på grund af nationalitet, nogensinde kan begrundes, er der flere sager, som antyder, at der er en teoretisk mulighed for at begrunde direkte forskelsbehandling (f.eks. Ricordi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 73, præmis 33, dom af 2.10.1997, sag C-122/96, Saldanha og MTS, Sml. I, s. 5325, præmis 26 ff., og af 20.3.1997, sag C-323/95, Hayes, Sml. I, s. 1711, præmis 24).

95 — Jf. punkt 64-76 ovenfor.

96 — Jf. f.eks. undtagelsen fra fri bevægelighed for arbejdstagere i artikel 39, stk. 4, EF (ansættelse i den offentlige administration) og undtagelsen fra etableringsfriheden i artikel 45, EF (udøvelse af offentlig myndighed) — undtagelser, der som bekendt fortolkes meget strengt. Jf. endvidere dom af 18.7.2007, sag C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6095, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis.

97 — Jf. dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Martínez Sala, Sml. I, s. 2691, præmis 64, hvori Domstolen fastslog: »Sådanne ulige vilkår, der således henhører under traktatens anvendelsesområde, kan ikke anses for begrundede. Der er tale om en direkte forskelsbehandling, som udøves på grundlag af appellantens nationalitet«. Domstolen tilføjede ganske vist: »[O]g der er ikke i øvrigt for Domstolen blevet peget på forhold, som kan begrunde sådanne ulige vilkår.« Jeg læser det imidlertid som en eftertanke, der ikke undergraver de klare implikationer af det første udsagn.

proklameret i indledningen til traktaten, blot ville være et tomt slogan«[98].

131. Skulle Domstolen imidlertid mene, at direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som falder ind under artikel 12 EF, i princippet kan være begrundet, henviser jeg til de ovenfor beskrevne grunde til, at jeg ikke mener, at den indirekte diskriminerende første kumulative betingelse, der er pålagt i det omtvistede dekret, kan begrundes. Disse betragtninger gælder i endnu højere grad dekretets direkte diskriminerende anden kumulative betingelse.

Konklusion vedrørende den anden kumulative betingelse i dekretets artikel 1, stk. 1

132. Det følger heraf, at bestemmelserne i dekretets artikel 1, stk. 1 (hvorved en belgisk statsborger *automatisk* opfylder den anden kumulative betingelse, fordi han har en ret, som er uadskillelig fra hans nationalitet, til at opholde sig permanent i Belgien, mens alle ikke-belgiske statsborgere — herunder alle andre EU-borgere — enten skal opfylde et af de andre syv fastsatte kriterier eller skal opfylde kravene i direktiv 2004/38/EF), ikke kan begrundes.

Besvarelse af det første og andet spørgsmål

133. At acceptere de begrænsninger, der er indført af det franske fællesskab, vil svare til at tillade medlemsstaterne at afskærme deres højere uddannelsessystem[99]. Domstolen bør derfor være overordentlig forsigtig med at acceptere, at adgangen til højere uddannelse kan begrænses, selv gennem indirekte diskriminerende foranstaltninger, der opfylder proportionalitetstesten (hvilket, som det fremgår af sagsakterne, de belgiske foranstaltninger ikke gør). Domstolen bør ikke være indstillet på at tillade foranstaltninger, der diskriminerer direkte på dette grundlag til et sådant formål.

134. Derfor konkluderer jeg, at artikel 12, stk. 1, EF og artikel 18, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 149, stk. 1, EF, artikel 149,

98 — Forslag til afgørelse i sagen Collins og Patricia Im- und Export mod Imtrat og EMI Electrola, nævnt ovenfor i fodnote 94, punkt 11.

99 — Jf. analogt generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 53.

stk. 2, andet led, EF, og artikel 150, stk. 2, tredje led, EF, skal fortolkes således, at de udelukker sådanne foranstaltninger, som findes i det af det franske fællesskab i Belgien vedtagne Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur.

Det tredje spørgsmål

135. Med den forelæggende rets tredje spørgsmål ønskes oplyst, om besvarelsen af det første spørgsmål ville være anderledes, hvis det franske fællesskab, henset til den sidste del af artikel 149, stk. 1, EF og til artikel 13, stk. 2, litra c), ICESCR[100], som indeholder en standstill-forpligtelse, vælger at opretholde vid og demokratisk adgang til god højere uddannelse for befolkningen i dette fællesskab.

136. Domstolen har fastslået, at den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder (ICCPR)[101] er et af de internationale instrumenter til beskyttelse af menneskerettigheder, som den inddrager i sin anvendelse af de generelle fællesskabsretlige principper[102]. Jeg mener, at det samme bør gælde for ICESCR, der ligesom ICCPR er bindende for hver enkelt medlemsstat[103].

137. Den forelæggende ret konstaterer med rette, at artikel 13, stk. 2, litra c), i ICESCR, for så vidt som den kræver »gradvis indførelse af gratis undervisning«, indeholder en standstill-klausul.

138. De generelle bemærkninger til denne bestemmelse fremhæver, at forbuddet mod forskelsbehandling, der er nedfældet i ICESCR's artikel 2, stk. 2, »hverken er underlagt progressiv virkeliggørelse eller tilgængeligheden af ressourcer; det gælder fuldstændigt og øjeblikkeligt for alle aspekter af uddannelse og omfatter alle internationalt forbudte grunde til forskelsbehandling«[104]. Som tydeliggørelse bestemmer de generelle bemærkninger, at »krænkelser af artikel 13 inkluderer:

100 — Jf. fodnote 4.

101 — Vedtaget og åbnet for undertegnelse, ratificering og tiltrædelse ved FN's Generalforsamlings resolution 2200A (XXI) af 16.12.1966. Konventionen trådte i kraft, i overensstemmelse med sin artikel 27, den 3.1.1976.

102 — Jf. dom af 14.2.2008, sag C-244/06, Dynamic Medien, Sml. I, s. 505, præmis 39, og af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

103 — Jf. analogt dommen i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 102, præmis 37.

104 — Generelle bemærkninger til retten til uddannelse (art. 13), E/C.12/1999/10 (»E/C.12/1999/10«), stk. 31 (se også stk. 43).

indførelse eller forsømmelse af ophævning af lovgivning, som af forbudte grunde diskriminerer mod individer eller grupper på uddannelsesområdet«[105]. Artikel 2, stk. 2, i ICESCR anfører »national eller social herkomst« blandt de forbudte grunde.

139. Artikel 13 i ICESCR er — i det væsentlige — en foranstaltning, der forbyder forskelsbehandling i adgangen til uddannelse af en forbudt grund. Forsøget på at påberåbe artikel 13, stk. 2, litra c), i ICESCR til at begrunde en foranstaltning, som åbenlyst diskriminerer af en af de grunde, der udtrykkeligt er forbudt af både artikel 12, EF og artikel 2, stk. 2 i ICESCR, er derfor uforklarlig[106]. (Faktisk har sagsøgerne i hovedsagen delvis påberåbt sig artikel 13 ICESCR for at anfægte det omtvistede dekret.)

140. For fuldstændighedens skyld tilføjer jeg, at de generelle bemærkninger til artikel 13, stk. 2, litra c), i ICESCR også bestemmer, at mens undervisning på mellemtrin »skal gøres alment tilgængelig for alle«, skal højere undervisning »gøres ligelig tilgængelig for alle på grundlag af evner«. I henhold til denne artikel skal højere uddannelse ikke være »alment tilgængelig«, men kun tilgængelig »på grundlag af evner«. Personers »evner« skal vurderes i forhold til deres relevante ekspertise og erfaring[107].

141. Med hensyn til artikel 149, stk. 1, EF gentager jeg, at mens den artikel bestemmer, at medlemsstater forbliver ansvarlige for »undervisningsindholdet og opbygningen af uddannelsessystemerne samt deres kulturelle og sproglige mangfoldighed«, har Domstolen gjort det klart, at betingelserne for adgang til erhvervsuddannelse falder under traktatens anvendelsesområde[108]. Desuden fremgår det af fast retspraksis, at selv i sager, der ikke falder ind under traktatens anvendelsesområde (som det er tilfældet med visse aspekter af uddannelsespolitik), skal medlemsstaterne udøve deres kompetencer på en måde, der er forenelig med fællesskabsretten og især i overensstemmelse med traktatens bestemmelser om retten til at færdes og opholde

105 — E/C.12/1999/10, stk. 59.

106 — Den belgiske regering fremsatte følgende fortolkende erklæring til ICESCR: »Med hensyn til artikel 2, stk. 2, fortolker den belgiske regering forbud mod forskelsbehandling i forbindelse med national herkomst således, at det ikke nødvendigvis indebærer en pligt for medlemsstaterne til automatisk at garantere udlændinge de samme rettigheder som deres egne statsborgere. Begrebet skal forstås således, at det henviser til afskaffelse af enhver vilkårlig handlemåde, men ikke af forskelle i behandling på grund af objektive og rimelige betragtninger i overensstemmelse med de gældende principper i demokratiske samfund.« Uanset om denne erklæring skal betragtes som et skjult forbehold over for ICESCR, kan det ikke påvirke fortolkningen af princippet om forbud mod forskelsbehandling i EF-traktaten. Jf. endvidere om skjulte forbehold: A. Aust, *Modern Treaty Law og Practice* (2007), s. 129 og 130.

107 — E/C.12/1999/10, stk. 19.

108 — Jf. punkt 32 ovenfor og den ovenfor i fodnote 8 nævnte retspraksis.

sig frit på medlemsstaternes område, jf. artikel 18, stk. 1, EF[109].

142. Forbuddet mod forskelsbehandling bør faktisk ses som hjørnestenen i traktaten, netop fordi det lader medlemsstaternes regulerende autonomi forblive intakt — forudsat, at deres love gælder ligeligt for statsborgere og ikke-statsborgere. Det underliggende hovedprincip er, at alle borgere i Unionen skal behandles som personer, uden hensyn til deres nationalitet[110]. »Fri og lige adgang til uddannelse for alle« betyder derfor præcist, hvad der står. Det kan ikke betyde »fri og lige adgang til uddannelse for alle mine statsborgere«.

143. Jeg accepterer, at de problemer, som det franske fællesskab står over for, ikke er ubetydelige. De skal dog løses på en måde, der ikke er en variant af »ligebehandling for dem inde i den magiske cirkel«[111] (i dette tilfælde belgiske statsborgere), men som respekterer EU-borgerskabets »grundlæggende status« ved at sikre lige adgang til uddannelse for alle EU-borgere uanset nationalitet.

144. Besvarelsen af det første og andet spørgsmål afkræftes derfor ikke af den sidste del af artikel 149, stk. 1, EF. Den forstærkes derimod af en korrekt fortolkning af artikel 13, stk. 2, litra c), i ICESCR.

Anmodning om tidsbegrænset dom

145. Den belgiske regering har anmodet Domstolen om at begrænse dommens tidsmæssige virkning, hvis den skulle fortolke artikel 12 EF således, at den udelukker national lovgivning såsom det omtvistede dekret.

146. Til støtte for denne anmodning har den belgiske regering påberåbt sig følgende grunde: indvirkningen på det franske fællesskabs offentlige finanser, den omstændighed,

109 — Jf. Morgan og Bucher-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis.

110 — Jf. også generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Collins og Patricia Im- und Export mod Imtrat og EMI Electrola, nævnt ovenfor i fodnote 94, punkt 11: »De bør ikke blot blive tolereret som fremmede, men modtages af værtsstatens myndigheder som fællesskabsborgere, der »inden for traktatens anvendelsesområde« er berettiget til alle de privilegier og fordele, som værtsstatens statsborgere nyder.«

111 — Jf. mit forslag til afgørelse i sag C-427/06, Bartsch (dom af 23.9.2008, Sml. I, s. 7245), punkt 45.

at dekretet blev udtænkt specifikt til at efterkomme Domstolens retspraksis og fællesskabsretten, den omstændighed, at Kommissionen havde givet udtryk for, at systemet eventuelt kunne begrundes, og manglen på relevant retspraksis.

147. Det følger af Domstolens faste praksis, at Domstolen kun undtagelsesvis under anvendelse af et almindeligt retssikkerhedsprincip, der er knæsat i Fællesskabets retsorden, vil kunne finde anledning til at begrænse enhver interesseret parts mulighed for at påberåbe sig en fortolket bestemmelse. For at der kan træffes bestemmelse om en sådan begrænsning, skal to hovedbetingelser være opfyldt, nemlig at de berørte kredse, på hvis vegne en tidsmæssig begrænsning søges, skal have handlet i god tro, og der skal være fare for alvorlige vanskeligheder[112].

148. Nærmere bestemt har Domstolen kun pålagt en tidsmæssig begrænsning under ganske bestemte omstændigheder, hvor der ellers var risiko for alvorlige økonomiske følger, navnlig fordi der var stiftet mange retsforhold, der var indgået i god tro i henhold til de gældende retsforskrifter, som blev anset for at være lovligt i kraft, og fordi det fremgik, at borgerne og de nationale myndigheder var blevet tilskyndet til at følge en adfærd, som ikke var i overensstemmelse med Fællesskabets retsforskrifter, på grund af en objektiv og betydelig usikkerhed vedrørende fællesskabsforskrifternes rækkevidde, en usikkerhed, som de øvrige medlemsstater eller Kommissionen endog selv havde bidraget til med den af dem fulgte adfærd. De økonomiske følger, som en præjudiciel dom kan få for en medlemsstat, kan ikke i sig selv begrunde en begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger[113].

149. I den foreliggende sag har Belgien, uanset værdien af medlemsstatens andre argumenter, ikke forelagt materiale for Domstolen, der påviser, at der er en risiko for alvorlige økonomiske forstyrrelser.

150. Herefter bør Domstolen ikke, hvis den skulle fortolke artikel 12 EF således, at den udelukker national lovgivning såsom det omtvistede dekret, begrænse afgørelsens virkning i tid.

112 — Jf. i denne retning dom af 12.2.2009, sag C-138/07, Cobelfret, Sml. I, s. 731, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis.

113 — Jf. dom af 18.1.2007, sag C-313/05 Brzeziński, Sml. I, s. 513, præmis 57 og 58 og den deri nævnte retspraksis.

Afsluttende bemærkning

151. Jeg har fremhævet vigtigheden for udviklingen af Unionen af fri bevægelighed for studerende baseret på lighed. EU må imidlertid ikke ignorere de potentielt meget reelle problemer for medlemsstater, der modtager mange studerende fra andre medlemsstater[114].

152. Protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet[115] bestemmer, at handling på fællesskabsplan er berettiget, når »målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne inden for rammerne af deres nationale forfatningsmæssige system og derfor bedre kan gennemføres på fællesskabsplan«. Den bestemmer også, at følgende retningslinjer skal bruges til at undersøge, om den betingelse er opfyldt: i) Det pågældende spørgsmål har tværnationale aspekter, som ikke på tilfredsstillende måde kan reguleres ved handling fra medlemsstaternes side, ii) en handling fra medlemsstaterne alene eller manglende handling fra Fællesskabets side vil være i konflikt med traktatens krav eller vil på anden måde alvorligt skade medlemsstaternes interesser, iii) en handling på fællesskabsplan vil have klare fordele på grund af omfanget eller virkningerne heraf i sammenligning med en handling fra medlemsstaternes side.

153. Jeg opfordrer fællesskabslovgiveren og medlemsstaterne til at overveje anvendelsen af disse kriterier for de studerendes bevægelighed mellem medlemsstaterne[116].

154. Endelig vil jeg minde om, at et af målene med fællesskabet, anført i artikel 2 EF, er at fremme solidaritet mellem medlemsstaterne, og at medlemsstaterne har en gensidig pligt til loyalt samarbejde på grundlag af artikel 10 EF[117]. Jeg finder disse bestemmelser meget relevante her. Hvor sproglige forhold og forskellige nationale politikker vedrørende adgang til højere uddannelse tilskynder til en særlig høj grad af studentermobilitet, der skaber reelle vanskeligheder for værtsstaten, påhviler det både værtsmedlemsstaten *og* hjemstaten aktivt at søge en forhandlingsløsning i overensstemmelse med traktaten.

114 — Jf. i den retning M. Dougan: »Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU?«, *Common Market Law Review* 2005, s. 955 og 956.

115 — Protokol nr. 30 knyttet som bilag til EF-traktaten.

116 — Jf. endvidere om nærhedsprincippet mit forslag til afgørelse i Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 118, fodnote 68, hvor der henvises til N. MacCormick, *Questioning Sovereignty* (1999), s. 135.

117 — Jf. som eksempel, der er relateret til uddannelse, dom af 27.9.1988, sag 235/87, Matteucci mod Communauté française de Belgique, Sml. s. 5589, præmis 19.

Forslag til afgørelse

155. Jeg er derfor af den opfattelse, at spørgsmålene fra Cour constitutionnelle (Belgien) skal besvares som følger:

»Det første og andet spørgsmål

Artikel 12, stk. 1, EF og artikel 18, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 149, stk. 1, EF, artikel 149, stk. 2, andet led, EF og artikel 150, stk. 2, tredje led, EF, skal fortolkes således, at de udelukker sådanne foranstaltninger, som findes i det af det franske fællesskab i Belgien vedtagne Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur.

Det tredje spørgsmål

Hensyntagen til den sidste del af artikel 149, stk. 1, EF og artikel 13, stk. 2, litra c), i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder påvirker ikke besvarelsen af de to første spørgsmål.«