CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL E. SHARPSTON van 25 juni 2009 [1]

1. Dat studenten hun opleiding (gedeeltelijk) wilden vervolgen buiten hun land van herkomst is een bekend verschijnsel in bijna de hele Europese geschiedenis. [2] In deze prejudiciële verwijzing wordt, niet voor het eerst, de vraag opgeworpen of het gastland het aantal buitenlandse studenten dat eventueel aan zijn onderwijsstelsel deelneemt, mag beperken.

2. In dit prejudiciële verzoek van het Grondwettelijk Hof (België) wordt het Hof gevraagd artikel 12, eerste alinea, EG en artikel 18, lid 1, EG juncto artikel 149, leden 1 en 2, tweede streepje, EG en artikel 150, lid 2, derde streepje, EG uit te leggen.

3. De zaak voor de nationale rechter betreft een beroep tot vernietiging, ingesteld door een aantal studenten, voor het merendeel Fransen, en door docenten en administratief personeel van instellingen voor hoger onderwijs van de Franse Gemeenschap van België (hierna: „Franse Gemeenschap"), van het decreet tot regeling van het aantal studenten in sommige cursussen van de eerste cyclus van het hoger onderwijs (hierna: „decreet"), goedgekeurd op 16 juni 2006 door het parlement van de Franse Gemeenschap van België. [3]

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Zie voor een historisch overzicht de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 20 maart 2007, Morgan en Bucher (C-11/06 en C-12/06, Jurispr. blz. I-9161, punten 37-47). De ministers bevoegd voor het hoger onderwijs in de 46 landen van het proces van Bologna hebben mobiliteit onlangs „het kenmerk van de Europese ruimte voor hoger onderwijs" genoemd en hebben „elk land verzocht de mobiliteit te verbeteren": communiqué van de conferentie van de Europese ministers bevoegd voor hoger onderwijs, Leuven en Louvain-la-Neuve, 28-29 april 2009, punt 18 (beschikbaar op http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en).

3 — *Belgisch Staatsblad* van 6 juli 2006, blz. 34055. Het decreet is zeer onlangs gewijzigd bij het decreet tot vaststelling van de voorwaarden voor het behalen van de diploma's van bachelor-vroedvrouw en bachelor verpleegzorg, ter versterking van de studentenmobiliteit en houdende diverse maatregelen inzake hoger onderwijs van 18 juli 2008, *Belgisch Staatsblad* van 10 september 2008, blz. 47115. In deze conclusie verwijs ik naar de in de prejudiciële beschikking vermelde oorspronkelijke versie van het decreet. Decreten zijn de rechtsinstrumenten waarmee de drie Gemeenschappen van België, en het Vlaamse en het Waalse Gewest hun wetgevende bevoegdheden uitoefenen. Zij hebben dezelfde rechtskracht als federale wetten. Zie de artikelen 127, § 2, 128, § 2, 129, § 2, 130, § 2 en 134, tweede alinea, van de Belgische Grondwet, artikel 19, lid 2, van de Bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980, *Belgisch Staatsblad* van 15 augustus 1980, en mijn conclusie van 1 april 2008, Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering (C-212/06, Jurispr. blz. I-1683, punten 4-7).

Rechtskader

Internationaal recht

4. Artikel 2, lid 2, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (ICESCR) [4] bepaalt:

„De Staten die partij zijn bij dit Verdrag verbinden zich te waarborgen dat de in dit Verdrag opgesomde rechten zullen worden uitgeoefend zonder discriminatie van welke aard ook, wat betreft […] nationale of maatschappelijk afkomst […].”

5. Artikel 13, lid 2, sub c, van het ICESCR bepaalt:

„De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen dat teneinde tot een volledige verwezenlijking van [het recht van een ieder op onderwijs] te komen:

[…]

(c) Het hoger onderwijs door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs voor eenieder op basis van bekwaamheid gelijkelijk toegankelijk dient te worden gemaakt;[…]”

Gemeenschapsrecht

6. Artikel 2 EG bepaalt:

„De Gemeenschap heeft tot taak, door het instellen van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie en door de uitvoering van het gemeenschappelijk beleid of de gemeenschappelijke activiteiten, bedoeld in de artikelen 3 en 4, het bevorderen […] binnen de gehele Gemeenschap van […] de economische en sociale samenhang en de solidariteit tussen de lidstaten.”

4 — Aangenomen en opengesteld voor ondertekening, bekrachtiging en toetreding bij resolutie 2200A (XXI) van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 16 december 1966. Het Verdrag is overeenkomstig artikel 27 ervan op 3 januari 1976 in werking getreden.

7. Artikel 10 EG bepaalt:

„De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak.

Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen."

8. Artikel 12, eerste alinea, EG bepaalt:

„Binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden."

9. Artikel 18, lid 1, EG bepaalt:

„Iedere burger van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij dit Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld."

10. Artikel 149, leden 1 en 2, tweede streepje, EG bepaalt:

„1. De Gemeenschap draagt bij tot de ontwikkeling van onderwijs van hoog gehalte door samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen en zo nodig door hun activiteiten te ondersteunen en aan te vullen, met volledige eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en van hun culturele en taalkundige verscheidenheid.

[…]

2. Het optreden van de Gemeenschap is erop gericht:

[…]

— de mobiliteit van studenten en docenten te bevorderen, mede door de academische erkenning van diploma's en studietijdvakken aan te moedigen;

[…]"

11. Artikel 150, lid 2, derde streepje, EG bepaalt:

„Het optreden van de Gemeenschap is erop gericht

[…]

— de toegang tot beroepsopleidingen te vergemakkelijken en de mobiliteit van opleiders en leerlingen, met name jongeren, te bevorderen;

[…]"

Nationaal recht

12. In artikel 1 definieert het decreet wie als verblijvende student wordt aangemerkt in de zin van het decreet [5]:

„Onder verblijvende student in de zin van dit decreet, dient verstaan te worden de student die, op het ogenblik van zijn inschrijving in een inrichting voor hoger onderwijs, het bewijs levert dat hij zijn hoofdverblijfplaats in België heeft en dat hij aan één van de volgende voorwaarden voldoet:

1° het recht hebben in België permanent te verblijven;

2° zijn hoofdverblijfplaats in België hebben sedert minstens 6 maanden op het ogenblik van de inschrijving in een inrichting voor hoger onderwijs, en er een al dan niet bezoldigde beroepsactiviteit uitoefenen of er een vervangingsbezoldiging genieten die door een Belgische openbare dienst toegekend wordt;

5 — [Voetnoot niet van belang voor de Nederlandse taalversie].

3° ertoe gemachtigd zijn voor een onbepaalde duur [in België] te verblijven op basis van [de relevante Belgische wetgeving];

4° ertoe gemachtigd zijn in België te verblijven als gevolg van de erkenning als vluchteling krachtens [de relevante Belgische wetgeving], of een adhoc aanvraag;

5° ertoe gemachtigd zijn in België te verblijven met de tijdelijke bescherming [op basis van de relevante Belgische wetgeving];

6° als vader, moeder, wettelijke voogd of echtgenoot(-ote) een persoon hebben die aan een van deze voorwaarden voldoet;

7° zijn hoofdverblijfplaats in België hebben sedert minstens drie jaar op het ogenblik van de inschrijving in een inrichting voor hoger onderwijs;

8° houder zijn van een attest van beursstudent uitgereikt in het raam van de ontwikkelingssamenwerking voor het academiejaar en voor de studies waarvoor de aanvraag om inschrijving ingediend wordt.

Onder „recht om permanent te verblijven" in de zin van het eerste lid, dient verstaan te worden voor de staatsburgers van een andere lidstaat van de Europese Unie, het recht erkend krachtens de artikelen 16 en 17 van richtlijn 2004/38/EG[6] [en] voor de staatsburgers van Staten die niet lid zijn van de Europese Unie, [...] het recht gevestigd te worden in België krachtens [de relevante Belgische wetgeving]."

13. Hoofdstuk II van het decreet bevat bepalingen over de toegang tot universiteiten. Artikel 2 beperkt het aantal studenten die zich voor de eerste keer inschrijven aan een universiteit van de Franse Gemeenschap voor een van de opleidingen bedoeld in artikel 3, op de wijze bepaald bij artikel 4.

14. Artikel 3 van het decreet bepaalt dat de bepalingen van hoofdstuk II van toepassing

6 — Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 0/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (gerectificeerde versie in PB L 229, blz. 35).

zijn op de cursussen die tot de academische graden bachelor kinesitherapie en revalidatie en bachelor diergeneeskunde leiden.

15. Artikel 4 van het decreet bepaalt:

„Voor iedere universitaire instelling en voor iedere cursus bedoeld bij artikel 3, wordt een aantal T bepaald gelijk aan het totaal aantal studenten die zich inschrijven voor de eerste keer voor de betrokken cursus en die in aanmerking genomen worden voor de financiering, alsook een aantal NR gelijk aan het aantal studenten die zich inschrijven voor de eerste keer in de betrokken cursus en die niet in aanmerking genomen worden als verblijvende studenten in de zin van artikel 1.

Wanneer de verhouding tussen het aantal NR, enerzijds, en het aantal T van het vorig academiejaar, anderzijds, een percentage P bereikt, weigert de academische overheid de bijkomende inschrijving van studenten die nooit ingeschreven waren voor de betrokken cursus en die niet in aanmerking worden genomen als verblijvende studenten in de zin van artikel 1.

De P bedoeld bij het vorig lid wordt op 30 % vastgesteld. Wanneer voor een academiejaar, het deel van de studenten die hun studies voortzetten elders dan in het land waar ze hun diploma van secundaire studies behaalden, gemiddeld 10 % in het geheel van de inrichtingen voor hoger onderwijs van de Europese Unie echter overschrijdt, is de P, voor het volgend academiejaar, gelijk aan dit percentage vermenigvuldigd met drie."

16. Artikel 5 van het decreet bepaalt:

„[1] […] de studenten die niet in aanmerking worden genomen als verblijvende studenten in de zin van artikel 1 [dienen] hun aanvraag om inschrijving voor een cursus bedoeld bij artikel 3 in ten vroegste de derde werkdag voor de 2 september voorafgaand aan het betrokken academiejaar. De universiteiten nemen prioritair de inschrijving aan van de studenten die het bewijs leveren dat ze aan alle toelatingsvoorwaarden voldoen voor deze cursussen, met inachtneming van de orde van de indiening van dit bewijs. […]

[…]

[3] Van elke aanvraag om inschrijving ingediend vanaf de 2de september die voorafgaat aan het academiejaar overeenkomstig het eerste lid wordt akte genomen in het register […].

[4] In afwijking van het eerste lid, voor de niet-verblijvende studenten die zich aanbieden om een aanvraag tot inschrijving in te dienen voor een van de cursussen bedoeld bij artikel 3 ten laatste de laatste werkdag die voorafgaat aan de 2de september voor het academiejaar, indien het aantal dergelijke studenten het bij artikel 4, tweede lid, bedoeld aantal NR overschrijdt, wordt de prioriteitsorde onder deze studenten door loting bepaald. […]

[5] Iedere niet-verblijvende student kan voor de 2de september voorafgaand aan het academiejaar enkel één aanvraag om inschrijving indienen voor alle cursussen bedoeld bij de artikelen 3 en 7. De student die deze bepaling schendt, zal uitgesloten zijn van de inrichting voor hoger onderwijs waar hij toegelaten zou zijn voor een van de cursussen bedoeld bij de artikelen 3 of 7.

[…]"

17. Hoofdstuk III bevat bepalingen met betrekking tot de hogescholen. Het eerste lid van artikel 6, en de artikelen 8 en 9 (die deel uitmaken van dat hoofdstuk) bevatten bepalingen die overeenkomen met die van het eerste lid van artikel 2, en de artikelen 4 en 5.

18. Volgens artikel 7 van het decreet zijn de bepalingen van hoofdstuk III van toepassing op de cursussen die leiden tot de academische graden bachelor vroedvrouw; bachelor ergotherapie, bachelor logopedie, bachelor podologie-podotherapie, bachelor kinesitherapie, bachelor audiologie en opvoeder gespecialiseerd in de psycho-opvoedende begeleiding.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

19. Volgens de verwijzingsbeschikking heeft de decreetgever van de Franse Gemeenschap reeds verscheidene jaren een aanzienlijke toename vastgesteld van het aantal studenten die voor de eerste maal zijn ingeschreven voor de betrokken opleidingen. Er bestaat grote zorg dat dit de kwaliteit van dat onderwijs — en, vanwege de aard van de betrokken opleidingen, de volksgezondheid — in gevaar brengt, rekening houdend met de budgettaire middelen en de menselijke en materiële middelen waarover de betrokken onderwijsinstellingen beschikken.

20. In het academiejaar 2003/2004 bedroeg het aantal studenten met een middelbareschooldiploma dat werd uitgereikt in een andere lidstaat en die zich hadden ingeschreven voor niet in het decreet bedoelde

opleidingen, minder dan 10 %. In het academiejaar 2004/2005 bedroeg dit aantal voor de in het decreet bedoelde opleidingen van de hogescholen tussen 41 en 75 %. In het academiejaar 2005/2006 was het tussen 78 en 86 % voor de in het decreet bedoelde universitaire opleidingen.

21. Het merendeel van de ingeschreven studenten met een middelbareschooldiploma dat werd uitgereikt buiten de Franse Gemeenschap van België, heeft de Franse nationaliteit. Dit wordt volgens de verwijzende rechter door verschillende factoren verklaard.

22. In de eerste plaats is in Frankrijk de toegang tot de veterinaire scholen afhankelijk van het slagen voor een nationaal vergelijkend examen, dat enkel toegankelijk is voor studenten die minimaal twee voorbereidende studiejaren hebben gevolgd na het behalen van hun middelbareschooldiploma. Na afloop van dat examen hadden in 2004 329 kandidaten toegang tot een van de vier nationale veterinaire scholen. Dat aantal werd beperkt tot 221 in 2005 en opgetrokken tot 436 in 2006. Doorgaans wordt slechts één vijfde van de deelnemers aan het vergelijkend examen geselecteerd.

23. In de tweede plaats heeft Frankrijk een numerus clausus vastgesteld voor de studie in de kinesitherapie.

24. Als gevolg hiervan komen veel Franse studenten in hun landstaal in de Franse Gemeenschap van België studeren. Na afronding van hun studie keren zij naar Frankrijk terug om daar hun beroep uit te oefenen. Ongeveer een derde van de dierenartsen die zich jaarlijks in Frankrijk vestigen, heeft een diploma dat is uitgereikt door de Franse Gemeenschap van België. Dit blijkt niet tot oververzadiging van het beroep in Frankrijk te leiden. In 2005 hebben meer dan 800 studenten in de Franse Gemeenschap van België een diploma kinesitherapie behaald.

25. Als reactie op deze situatie heeft het parlement van de Franse Gemeenschap op 16 juni 2006 het decreet vastgesteld. Het decreet contingenteert de inschrijving van niet-verblijvende studenten en definieert de „verblijvende studenten" die niet onder deze contingentering vallen, door een dubbele voorwaarde te stellen. „Verblijvende studenten" zijn in essentie studenten die hun hoofdverblijfplaats in België hebben en die bovendien het recht hebben in België permanent te verblijven

26. Elke universiteit of hogeschool mag slechts een beperkt aantal niet-verblijvende studenten toelaten. Voor het academiejaar 2006/2007 is dit aantal voor elke studie en in elke instelling vastgesteld op 30 % van het totale aantal studenten dat bij deze universiteit of hogeschool voor het eerst is ingeschreven om de betrokken opleidingen te volgen. Niet-verblijvende kandidaten kunnen slechts

een aanvraag tot inschrijving indienen gedurende de drie werkdagen die voorafgaan aan 2 september. Indien hun aantal de numerus clausus overschrijdt, worden de succesvolle kandidaten door loting bepaald.

27. Op 9 augustus 2006 hebben N. Bressol en 43 anderen bij het Grondwettelijk Hof beroep tot nietigverklaring van het decreet ingesteld. Op 13 december 2006 hebben C. Chaverot en 18 anderen eveneens beroep tot nietigverklaring van een aantal artikelen van het decreet ingesteld. Geen van de verzoekers is „verblijvend" in de zin van het decreet. Zij komen op tegen het verschil in behandeling dat bij dit decreet tussen verblijvende en niet-verblijvende studenten wordt ingevoerd bij de toelating tot de betrokken opleidingen.

28. Op 24 januari 2007 heeft de Commissie aan België een aanmaningsbrief gezonden, waarin zij haar bezorgdheid uitte over de verenigbaarheid van het decreet met het gemeenschapsrecht. Op 24 mei 2007 heeft België die brief beantwoord, en daarbij een aantal statistieken en andere informatie verstrekt. Op 28 november 2007 heeft de Commissie, van mening dat de Franse Gemeenschap van België zonder doeltreffende beschermingsmaatregelen het risico liep „de territoriale dekking en de kwaliteit van haar volksgezondheidsstelsel niet op voldoende peil [te] kunnen houden", besloten de inbreukprocedure gedurende vijf jaar op te schorten „zodat de Belgische autoriteiten aan de hand van volledigere en meer gedetailleerde gegevens hun standpunt kunnen ondersteunen dat de door hen opgelegde maatregelen noodzakelijk en evenredig zijn".[7]

29. Het Grondwettelijk Hof twijfelt aan de verenigbaarheid van de artikelen 4 en 8 van het decreet met diverse bepalingen van de Belgische Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 12, eerste alinea, 18, lid 1, 149, leden 1 en 2, en 150, lid 2, EG. Derhalve heeft het de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld:

„1) Moeten de artikelen 12, eerste alinea, en 18, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, in samenhang gelezen met artikel 149, lid 1 en lid 2, tweede streepje, en met artikel 150, lid 2, derde streepje, van hetzelfde Verdrag in die zin worden geïnterpreteerd dat deze bepalingen eraan in de weg staan dat een voor het hoger onderwijs bevoegde autonome gemeenschap van een lidstaat, die geconfronteerd

7 — Op dezelfde datum heeft de Commissie een aanmaningsbrief gezonden aan Oostenrijk wegens niet-uitvoering van het arrest van het Hof van 7 juli 2005, Commissie/Oostenrijk (C-147/03, Jurispr. blz. I-5969). De Commissie heeft ook die procedure opgeschort.

wordt met een toestroom van studenten uit een aangrenzende lidstaat in een aantal opleidingen van medische aard die in hoofdzaak met overheidsmiddelen worden gefinancierd, ten gevolge van een restrictief beleid in die aangrenzende lidstaat, maatregelen neemt zoals die welke vervat zijn in het decreet van de Franse Gemeenschap van 16 juni 2006 tot regeling van het aantal studenten in sommige cursussen van de eerste cyclus van het hoger onderwijs, wanneer die Gemeenschap op goede gronden aanvoert dat die situatie een buitenmatig beslag dreigt te leggen op de overheidsfinanciën, en de kwaliteit van het verstrekte onderwijs dreigt te hypothekeren?

2) Maakt het bij de beantwoording van de sub 1 vermelde vraag een verschil wanneer die Gemeenschap aantoont dat die situatie ertoe leidt dat er te weinig in die Gemeenschap verblijvende studenten afstuderen om op duurzame wijze te voorzien in voldoende geschoold medisch personeel om de kwaliteit van het stelsel van volksgezondheid binnen die Gemeenschap te verzekeren?

3) Maakt het bij de beantwoording van de sub 1 vermelde vraag een verschil wanneer die Gemeenschap, rekening houdende met het bepaalde in artikel 149, lid 1, in fine, van het Verdrag en met artikel 13, lid 2, sub c, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, dat een standstillverplichting inhoudt, opteert voor het in stand houden van een ruime en democratische toegang tot een kwaliteitsvol hoger onderwijs voor de bevolking van die Gemeenschap?"

30. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoekers in het hoofdgeding, de Oostenrijkse en de Belgische regering, en de Commissie.

31. Op 3 maart 2009 is een terechtzitting gehouden, waarop al die partijen mondelinge opmerkingen hebben gemaakt.

Inleidende opmerkingen

32. Hoewel artikel 149, lid 1, EG bepaalt dat de lidstaten verantwoordelijk blijven voor de „inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en […] hun culturele en taalkundige verscheidenheid", heeft het Hof gepreciseerd dat de voorwaarden voor de toegang tot een beroepsopleiding binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen. [8] Het heeft in dat verband verwezen naar artikel 149,

8 — Zie arresten van 13 februari 1985, Gravier (293/83, Jurispr. blz. 593, punt 25); 27 september 1988, Commissie/België (42/87, Jurispr. blz. 5445, punten 7 en 8), en 1 juli 2004, Commissie/België (C-65/03, Jurispr. blz. I-6427, punt 25); arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 32, en arrest van 11 januari 2007, Lyyski (C-40/05, Jurispr. blz. I-99, punt 28).

lid 2, tweede streepje, EG, dat expliciet bepaalt dat het optreden van de Gemeenschap erop is gericht de mobiliteit van studenten en docenten te bevorderen, mede door de academische erkenning van diploma's en studietijdvakken aan te moedigen, en naar artikel 150, lid 2, derde streepje, EG, dat bepaalt dat het optreden van de Gemeenschap erop is gericht de toegang tot beroepsopleidingen te vergemakkelijken en de mobiliteit van opleiders en leerlingen, met name jongeren, te bevorderen. [9] Het Hof heeft ook geoordeeld dat zowel het hoger als het universitair onderwijs een beroepsopleiding vormt. [10]

33. Vaststaat dat het decreet voorwaarden stelt voor de toegang tot hogeschool of universiteit in de Franse Gemeenschap van België. Het regelt derhalve een aangelegenheid die binnen de werkingssfeer van het Verdrag valt.

34. Ook is duidelijk dat het decreet onderscheid maakt tussen studenten, door hen als verblijvend of niet-verblijvend aan te merken, afhankelijk van de vraag of zij al dan niet aan bepaalde criteria voldoen. Verblijvende studenten hebben onbeperkte toegang tot alle opleidingen. Niet-verblijvende studenten zijn voor bepaalde opleidingen onderworpen aan een numerus clausus. Er is dus duidelijk een verschil in behandeling van de twee groepen studenten.

35. Artikel 12 EG verbiedt binnen de werkingssfeer van het Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld, elke discriminatie op grond van nationaliteit. Het decreet moet derhalve in het licht van die bepaling worden beoordeeld.

36. Met zijn eerste twee vragen wenst de verwijzende rechter duidelijkheid te verkrijgen over de toepasselijkheid van drie mogelijke rechtvaardigingsgronden voor een discriminerende behandeling. Het antwoord hangt voor een deel af van de vraag of er

9 — Zaak C-65/03, Commissie/België, aangehaald in voetnoot 8, punt 25.

10 — Arresten Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 33, en Lyyski, aangehaald in voetnoot 8, punt 29. De benadering van het Hof in het arrest van 2 februari 1988, Blaizot (24/86, Jurispr. blz. 379, punten 15-20) lijkt restrictiever. Daarin oordeelde het Hof dat de universitaire studie binnen de werkingssfeer van de term „beroepsopleiding" viel, voor zover zij opleidt voor een specifiek beroep, vak of betrekking of de bijzondere bekwaamheid verleent om een beroep, vak of betrekking uit te oefenen. Het Hof oordeelde dat dit „niet enkel het geval is indien het eindexamen de betrokkene rechtstreeks bevoegd maakt tot het uitoefenen van het beroep, vak of betrekking waarvoor dat diploma vereist is, doch ook voor zover die studie een bijzondere bekwaamheid verleent, dat wil zeggen indien de student een bepaalde kennis voor een beroep, vak of betrekking nodig heeft, zelfs wanneer zij daarvoor niet ingevolge wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen vereist is". Het Hof concludeerde dat de universitaire studie in haar algemeenheid aan deze voorwaarden voldoet. „Slechts voor enkele bijzondere studierichtingen, die wegens hun specifieke kenmerken vooral bestemd zijn voor personen die veeleer hun algemene kennis willen vergroten dan een beroep willen gaan uitoefenen, is dit niet het geval." De onderhavige studies zijn hoe dan ook duidelijk beroepsgericht.

sprake is van directe of indirecte discriminatie. [11] Ik moet derhalve eerst de aard van de onderhavige discriminerende behandeling verduidelijken.

Aard van de discriminerende behandeling

37. Het decreet beperkt het aantal niet-verblijvende studenten die zich voor de eerste keer inschrijven voor bepaalde opleidingen (opgesomd in de artikelen 3 en 7). Om als verblijvende student te worden beschouwd en aan die beperking te ontkomen, moeten studenten aan twee cumulatieve voorwaarden voldoen, die in artikel 1 van het decreet zijn neergelegd: (i) zij moeten aantonen dat zij hun hoofdverblijfplaats in België hebben; (ii) zij moeten aan een van de acht andere daarin genoemde voorwaarden voldoen. [12]

38. Volgens de verwijzingsbeschikking hebben alle Belgische staatsburgers (op grond van hun nationaliteit) het recht om permanent in België te verblijven in de zin van artikel 1, lid 1, van het decreet, en voldoen zij daarom automatisch aan de twee cumulatieve voorwaarden om als „verblijvende studenten" te worden beschouwd zolang zij hun hoofdverblijfplaats in België hebben ten tijde van hun aanvraag tot inschrijving. [13]

39. De tweede cumulatieve voorwaarde vormt echter voor alle toekomstige studenten die geen Belgische staatsburgers zijn, een echte belemmering. Om aan die voorwaarde te voldoen, kunnen burgers van de Europese Unie die de Belgische nationaliteit niet bezitten slechts binnen de in richtlijn 2004/38/EG neergelegde grenzen aanspraak maken op het recht van „duurzaam verblijf in België", dus in wezen na een ononderbroken periode van vijf jaar legaal verblijf in België. [14] Indien zij dit niet kunnen (en aan geen van de andere zeven criteria voldoen), zullen zij als niet-verblijvende studenten worden aangemerkt. Dat is in feite juist het doel van het decreet.

40. Is dit verschil in behandeling directe of indirecte discriminatie op grond van nationaliteit?

41. In haar aanmaningsbrief van 24 januari 2007 [15] stelde de Commissie zich op het

11 — Zie verder punt 78 hierna.

12 — Zie punt 12 hierboven.

13 — Zie ook de voorbereidende stukken van het decreet: Parl. St., Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 16-17; ibidem, nr. 263/3, blz. 18, en het advies van de afdeling wetgeving van de Belgische Raad van State, Parl. St., Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 50.

14 — Artikel 16 van richtlijn 2004/38/EG.

15 — Zie punt 28 hierboven.

standpunt dat het, nu Belgische staatsburgers enkel hoeven aan te tonen dat zij hun verblijfplaats in België hebben om te voldoen aan de voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet, terwijl alle andere personen aan een aanvullende voorwaarde moeten voldoen, om directe discriminatie ging. Deze argumentatie heeft de Commissie niet langer gehanteerd in de onderhavige procedure, waarin zij (net als alle andere partijen) de prejudiciële vragen enkel op basis van indirecte discriminatie onderzoekt. Mijns inziens kan of mag het Hof de kwestie evenwel niet uit de weg gaan.

42. Voor de duidelijkheid zal ik de twee voorwaarden van het decreet afzonderlijk onderzoeken. Eerst moet ik echter uitleggen wat naar mijn mening het essentiële verschil is tussen directe en indirecte discriminatie.

Het verschil tussen directe en indirecte discriminatie

43. Verrassend genoeg bevat de rechtspraak van het Hof geen ondubbelzinnige definitie van „directe discriminatie". Wat daarmee wordt bedoeld, moet derhalve worden afgeleid uit de verklaringen van het Hof over het algemene gelijkheidsbeginsel en over het begrip indirecte discriminatie.

44. De door het Hof gebruikte klassieke zin om het algemene gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht te definiëren, is dat dat beginsel vereist „dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is".[16] Dit lijkt van toepassing te zijn op beide vormen van discriminatie.[17]

45. De definities van directe discriminatie in de richtlijn inzake discriminatie op grond van geslacht[18], de rassendiscriminatierichtlijn[19] en de kaderrichtlijn gelijke behandeling[20] bieden eveneens weinig steun. In wezen is er volgens de definities in deze richtlijnen sprake van directe discriminatie wanneer iemand op een van de verboden gronden ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou

16 — Zie arrest van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, Jurispr. blz. I-9895, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het arrest van 23 april 2009, Rüffler (C-544/07, Jurispr. blz. I-3389, punt 59), herhaalt de klassieke definitie in de specifieke context van discriminatie op grond van artikel 12 EG.

17 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven van 15 juli 1993, Birds Eye Walls/ Roberts (C-132/92, Jurispr. blz. I-5579, punten 12-14).

18 — Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (PB L 204, blz. 23).

19 — Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22).

20 — Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB L 303, blz. 16).

worden behandeld. [21] Deze definities kunnen tegenover de definities, in elk van deze richtlijnen, van indirecte discriminatie worden gesteld. Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een kenmerk dat niet mag worden gebruikt om onderscheid te maken, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel. [22]

46. Ook zo geformuleerd, is het verschil tussen directe en indirecte discriminatie niet erg precies.

47. Mijns inziens ligt het probleem in de *precieze* vaststelling van wat „een ogenschijnlijk neutrale bepaling" is. Die sleutelpassage lijkt onlosmakelijk te zijn verbonden met het begrip „verkapte discriminatie", dat elders in de rechtspraak van het Hof voorkomt.

48. Het Hof heeft geoordeeld dat „het beginsel van gelijke behandeling, waarvan het in artikel 12, eerste alinea, EG neergelegde verbod van elke discriminatie op grond van nationaliteit een bijzondere uitdrukking is, niet alleen *zichtbare* discriminaties op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden". [23] Die formulering gaat vaak vergezeld van een zin waarin mogelijke rechtvaardigingsgronden voor indirecte discriminatie zijn opgenomen. Wat migrerende werknemers betreft, heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat tenzij „zij objectief gerechtvaardigd is en evenredig aan het nagestreefde doel, […] een bepaling van nationaal recht als indirect discriminerend [moet] worden beschouwd, wanneer zij naar haar aard migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve meer in het bijzonder eerstbedoelde werknemers dreigt te benadelen". [24]

49. Het Hof lijkt derhalve het verschil tussen „openlijke" en „verkapte" discriminatie te beschouwen als de essentie van wat directe discriminatie onderscheidt van indirecte discriminatie. Dit is nog duidelijker te zien in het arrest in de tweede zaak Defrenne (het begin

21 — Zie artikel 2, lid 1, sub a, van de richtlijn discriminatie op grond van geslacht, artikel 2, lid 2, sub a, van de rassendiscriminatierichtlijn, en artikel 2, lid 2, sub a, van de kaderrichtlijn gelijke behandeling.

22 — Zie artikel 2, lid 1, sub b, van de richtlijn inzake discriminatie op grond van geslacht, artikel 2, lid 2, sub b, van de rassendiscriminatierichtlijn, en artikel 2, lid 2, sub b, van de kaderrichtlijn gelijke behandeling.

23 — Zie het arrest in zaak C-65/03, Commissie/België, aangehaald in voetnoot 8, punt 28 (cursivering van mij) en de aldaar aangehaalde rechtspraak, en, wat artikel 39, lid 2, EG betreft, arrest van 11 september 2008, Petersen (C-228/07, Jurispr. blz. I-6989, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 — Arrest Petersen, aangehaald in voetnoot 23, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

van de rechtspraak van het Hof inzake geslachtsdiscriminatie), waarin het Hof onderscheid maakte tussen enerzijds „rechtstreekse en openlijke discriminatie" en anderzijds „zijdelingse en verkapte discriminatie". [25]

50. Ik moet zeggen dat ik het niet zinvol vind het onderscheid op die manier te maken. [26] Het is duidelijk dat het onderscheid tussen openlijke en verkapte discriminatie niet noodzakelijk altijd samenvalt met dat tussen directe en indirecte discriminatie.

51. Een duidelijk voorbeeld van verkapte *directe* discriminatie is te vinden in het arrest Dekker. Aan mevrouw Dekker werd meegedeeld dat de reden waarom zij de baan waarvoor zij onbetwist de meest geschikte kandidaat was, niet kreeg, niet haar zwangerschap op zich was, maar de financiële consequenties voor haar toekomstige werkgever. Aan het Hof werd gevraagd of de weigering om haar in dienst te nemen, als directe discriminatie op grond van geslacht moest worden beschouwd. Het Hof oordeelde terecht dat het antwoord afhing „van de vraag of de voornaamste reden voor de aanstellingsweigering een reden is die zonder onderscheid voor werknemers van beide geslachten geldt, dan wel een die juist uitsluitend voor een van beide geslachten geldt". Het Hof concludeerde dat „daar enkel vrouwen een aanstelling kan worden geweigerd wegens zwangerschap, […] een dergelijke weigering een directe discriminatie [is] op grond van geslacht". [27] Het Hof heeft deze benadering later in een aantal andere arresten bevestigd. [28]

52. In zijn conclusie in de zaak Schnorbus heeft advocaat-generaal Jacobs het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie enigszins anders — en mijns inziens duidelijker — geformuleerd: „er is sprake van discriminatie op grond van geslacht, wanneer de leden van het ene geslacht gunstiger worden behandeld dan de leden van het andere. Er is sprake van directe discriminatie wanneer het verschil in behandeling is gebaseerd op een criterium dat óf uitdrukkelijk dat van

25 — Arrest van 8 april 1976, Defrenne/Sabena (43/75, Jurispr. blz. 455, punt 18). Zie ook de opmerkingen over dit onderscheid — dat het Hof ook lijkt te laten samenvallen met het onderscheid tussen al dan niet rechtstreekse werking — van advocaat-generaal Warner in zijn conclusie van 11 december 1980, Worringham en Humphreys/Lloyds Bank (69/80, Jurispr. 1981, blz. 767, blz. 802 en 803).

26 — Zie ook Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law* (2005), blz. 89 en 90. Zie verder advocaat- generaal VerLoren van Themaat, die in zijn conclusie van 8 december 1981, Burton/British Railways Board (19/81, Jurispr. 1982, blz. 554, punt 2.6) heeft overwogen dat 's Hofs arrest van 31 maart 1981, Jenkins/Kingsgate (96/80, Jurispr. blz. 911), duidelijk maakte dat „het voor de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 119 belangrijke onderscheid tussen rechtstreekse en zijdelingse discriminaties uit [het] tweede Defrenne-arrest niet samenvalt met een inhoudelijk onderscheid tussen directe of formele discriminaties enerzijds, en indirecte of materiële discriminaties anderzijds".

27 — Arrest van 8 november 1990, Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (C-177/88, Jurispr. blz. I-3941, punten 11 en 12).

28 — Zie arresten van 8 november 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund/Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz) (C-179/88, Jurispr. blz. I-3979, punt 13); 5 mei 1994, Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband (C-421/92, Jurispr. blz. I-1657, punt 15); 14 juli 1994, Webb/EMO Air Cargo (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567, punt 19), en 3 februari 2000, Mahlburg/Land Mecklenburg-Vorpommern (C-207/98, Jurispr. blz. I-549, punt 20).

het geslacht is, óf *noodzakelijkerwijs verband houdt met een kenmerk dat onlosmakelijk aan* dat geslacht *is verbonden*. Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ander criterium wordt toegepast, dat echter in feite een aanzienlijk groter gedeelte van het ene geslacht raakt dan van het andere." [29]

53. Die analyse van wat directe discriminatie is, kan worden toegesneden op directe discriminatie op elke verboden grond. Wat discriminatie op grond van nationaliteit betreft, kan dus sprake zijn van directe discriminatie wanneer het verschil in behandeling is gebaseerd op een criterium dat ofwel uitdrukkelijk dat van nationaliteit is, ofwel noodzakelijkerwijs verband houdt met een kenmerk dat onlosmakelijk met die nationaliteit is verbonden.

54. In de zaak Dekker zou het Hof ook tot de conclusie zijn gekomen dat er sprake was van directe discriminatie, indien het een „but for"-toets had toegepast, op grond waarvan de betrokken persoon, „but for" (zonder) een specifiek kenmerk (geslacht, ras, leeftijd, nationaliteit, etc.), de gunstiger behandeling van de relevante referentiepersoon zou hebben gekregen. [30] Aldus geherformuleerd, was de door de nationale rechter te beantwoorden vraag: „zou Dekker ‚but for' (zonder) haar zwangerschap (een kenmerk dat onlosmakelijk aan geslacht is verbonden) bij voor het overige gelijke omstandigheden zijn aangesteld?" Bij een bevestigend antwoord zou de aanstellingsweigering directe discriminatie op grond van geslacht vormen. [31]

55. Volgens deze analyse is het cruciaal, dat het voor directe discriminatie volstaat dat op enig moment in de keten van oorzaak en gevolg de nadelige behandeling van het slachtoffer is gebaseerd op of veroorzaakt door het gebruik van een kenmerk dat niet mag dienen om onderscheid te maken tussen die persoon en anderen. Voor het gemak zal ik dat proces een „verboden classificatie" noemen.

56. Voor zover ik kan zien, kan op deze basis een algemene definitie worden geformuleerd die alle situaties dekt die door het Hof zijn erkend als directe discriminatie op een door het gemeenschapsrecht verboden grond. Wanneer de categorie personen die een bepaald voordeel ontvangen en de categorie personen die een daarmee samenhangend nadeel ondervinden, precies samenvallen met de

29 — Conclusie van 6 juli 2000 (C-79/99, Jurispr. blz. I-10997, punt 33), cursivering van mij.

30 — Zie ook Barnard, C., *EC Employment Law* (3e editie, 2006), blz. 321, die verwijst naar het besluit van het House of Lords in *James* v *Eastleigh Borough Council* [1990] 3 WLR 55, waarin het de „but for"-toets aanvaardde.

31 — Arrest Dekker, aangehaald in voetnoot 26, punten 10, 12 en 14.

respectieve categorieën personen die uitsluitend door toepassing van een verboden classificatie zijn onderscheiden, beschouw ik dat als directe discriminatie.

57. In het geval van Dekker viel de categorie personen die een bepaald voordeel ontvingen (degenen die geschikt voor de baan werden geacht) precies samen met de categorie personen die uitsluitend door toepassing van een verboden classificatie werden onderscheiden (geslacht — in het bijzonder mensen die onder geen enkele omstandigheid zwanger kunnen worden, dus mannen). De categorie personen die het daarmee samenhangende nadeel ondervonden (degenen die *niet* geschikt voor de baan werden geacht) viel precies samen met de corresponderende categorie personen die uitsluitend door toepassing van een verboden classificatie werden onderscheiden (geslacht, in casu mensen die zwanger kunnen worden, dus vrouwen). De nadelige behandeling (aanstellingsweigering) vormde derhalve directe discriminatie op basis van de verboden classificatie (geslacht).

58. Wat is het gevolg van de toepassing van dit criterium voor directe discriminatie op de twee voorwaarden van artikel 1 van het decreet?

Eerste cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet

59. Volgens de eerste cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet moeten toekomstige studenten hun hoofdverblijfplaats in België hebben ten tijde van hun inschrijving in een inrichting voor hoger onderwijs („hoofdverblijfplaatsvereiste").

60. Die voorwaarde levert duidelijk geen directe discriminatie op grond van nationaliteit op. Zowel Belgen als niet-Belgen kunnen hun hoofdverblijfplaats in België vestigen. De categorie personen die aan de eerste cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet voldoen, valt dus niet samen met de categorie van de Belgische staatsburgers.

61. Levert het hoofdverblijfplaatsvereiste indirecte discriminatie op?

62. Het Hof heeft geoordeeld dat het verbod van discriminatie op grond van ogenschijnlijk neutrale onderscheidingscriteria die in feite

een discriminerend effect hebben, met name geldt voor een maatregel die de woonplaats als onderscheidend criterium hanteert. Dat criterium kan hoofdzakelijk ten nadele van onderdanen van andere lidstaten werken, aangezien niet-ingezetenen meestal niet-onderdanen zijn. [32]

63. Dat het hoofdverblijfplaatsvereiste een indirect discriminerende maatregel oplevert, wordt niet serieus betwist.

Tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet

64. Daarentegen levert de tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet mijns inziens directe discriminatie op grond van nationaliteit op.

65. Alle Belgische staatsburgers hebben *automatisch* het recht om in België permanent te verblijven (het eerste van de acht mogelijke criteria in de tweede cumulatieve voorwaarde van artikel 1 van het decreet). Niet-Belgen hebben dit recht niet automatisch. Zij moeten ofwel aan extra voorwaarden voldoen om dit recht te verkrijgen (namelijk die welke in richtlijn 2004/38/EG zijn neergelegd), ofwel aan een van de andere in die bepaling genoemde criteria voldoen. [33]

66. De categorie personen die een bepaald voordeel ontvangen (die welke *automatisch* het recht hebben permanent in België te verblijven en dus automatisch voldoen aan de tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet) valt dus precies samen met de categorie personen die uitsluitend zijn onderscheiden op grond van een verboden classificatie (nationaliteit, in casu degenen die de Belgische nationaliteit bezitten). De categorie personen die een overeenkomstig nadeel ondervinden (degenen die dit recht *niet automatisch* hebben) valt precies samen met de categorie personen die uitsluitend op grond van een verboden classificatie zijn onderscheiden.

32 — Zie arresten van 16 januari 2003, Commissie/Italië (C-388/01, Jurispr. blz. I-721, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 15 maart 2005, Bidar (C-209/03, Jurispr. blz. I-2119, punt 53). Zie bijvoorbeeld ook in die zin arrest van 18 juli 2007, Hartmann (C-212/05, Jurispr. blz. I-6303, punten 30 en 31), en arrest Petersen, aangehaald in voetnoot 23, punten 54 en 55.

33 — Zie punten 38 en 39 hierboven.

67. Het verschil in behandeling is duidelijk gebaseerd op een criterium (het recht om permanent in België te verblijven) dat noodzakelijkerwijs verband houdt met een kenmerk dat onlosmakelijk met de nationaliteit is verbonden. [34] De in geding zijnde discriminatie op grond van nationaliteit is derhalve direct.

68. Het feit dat niet-Belgische burgers van de Europese Unie, indien zij aan de voorwaarden van richtlijn 2004/38/EG voldoen, het recht kunnen verkrijgen om permanent in België te verblijven, doet niet af aan die conclusie. De directe discriminatie is juist gelegen in het feit dat het recht om permanent in België te verblijven voor *alle* niet-Belgen, inclusief alle overige burgers van de Europese Unie, *afhankelijk* is van de vervulling van hetzij een van de overige criteria in de tweede cumulatieve voorwaarde, hetzij de voorwaarden van richtlijn 2004/38/EG. Voor Belgen houdt dit recht noodzakelijk en automatisch verband met de hoedanigheid van Belg en dus met een verboden classificatie: nationaliteit.

69. Toepassing van de „but for"-toets brengt mij tot dezelfde conclusie. Als voorbeeld neem ik twee toekomstige studenten diergeneeskunde die allebei hun middelbareschooldiploma hebben behaald in Luxemburg, waar hun ouders wonen en werken. Ze willen beiden in België studeren. Student A is Belg. Student B is Bulgaar. Beiden verhuizen naar een studentenkamer in hetzelfde gebouw in Louvain-la-Neuve en gaan daar aan het begin van het academiejaar 2008/2009 wonen in afwachting van hun inschrijving. Zij kunnen dus allebei bewijzen dat zij aan het hoofdverblijfplaatsvereiste voldoen.

70. Student A zal *automatisch* voldoen aan de tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet. Als Belg heeft hij het recht om permanent in België te verblijven. Hij zal derhalve als een „verblijvende student" worden aangemerkt en onbeperkte toegang hebben tot de studie diergeneeskunde.

34 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Schnorbus, aangehaald in voetnoot 29, punt 33. In die zaak kon, indien voor een bepaalde aanstellingsdatum het aantal verzoeken om toelating tot een juridische stage in Duitsland groter was dan de beschikbare stageplaatsen, de toelating maximaal twaalf maanden worden uitgesteld; die regel gold echter niet indien het uitstel een bijzondere onbillijkheid zou betekenen, waarvan sprake was wanneer de verzoeker een nationale dienstplicht had vervuld. De advocaat-generaal was terecht van mening dat dit indirecte discriminatie op grond van geslacht opleverde. Volgens het destijds geldende Duitse recht konden vrouwen nooit voorrang verkrijgen volgens de aan de orde zijnde regel, terwijl de *overgrote meerderheid* van de mannen dat wel kon. Dit vloeide rechtstreeks voort uit het feit dat het gebruikte criterium — vervulling van een nationale dienstplicht — verband hield met een op alle mannen en alleen op mannen rustende wettelijke verplichting. Omdat sommige mannen geen nationale dienstplicht vervulden en daarom (net als alle vrouwen) geen voorrang verkregen bij de toelating, viel de categorie personen die een bepaald voordeel ontvingen (degenen die voorrang verkregen op grond dat zij een nationale dienstplicht hadden vervuld) niet precies samen met de categorie personen die uitsluitend op grond van een verboden classificatie was onderscheiden (geslacht, in dit geval mannen).

Student B zal niet *automatisch* aan die voorwaarde voldoen en vermoedelijk evenmin aan de eisen van richtlijn 2004/38/EG. Tenzij hij toevallig hieraan voldoet dan wel aan een van de overige criteria in de tweede cumulatieve voorwaarde (hetgeen gezien deze feiten onwaarschijnlijk is), geldt voor student B de numerus clausus.

71. Het is duidelijk dat student A, „but for" het bezit van de Belgische nationaliteit, niet *automatisch* aan de tweede cumulatieve voorwaarde zou hebben voldaan. [35]

72. Ik merk op dat de Belgische Raad van State in zijn advies over het ontwerpdecreet reeds leek te twijfelen of hetgeen werd voorgesteld geen directe discriminatie was — hoe dan ook wees hij erop dat de betrokken nationale wetgeving in de zaak Commissie/Oostenrijk Oostenrijkse studenten die hun middelbareschooldiploma buiten Oostenrijk hadden behaald op dezelfde (ongunstige) manier behandelde als studenten uit andere lidstaten. [36]

73. Ten slotte biedt het arrest van het Hof in de zaak Bidar, anders dan de Belgische regering ter terechtzitting heeft gesteld, geen steun voor het betoog dat de discriminatie op grond van de tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet indirect, en niet direct is. Volgens de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk die tot het arrest Bidar heeft geleid, was een recht op een studielening afhankelijk van (i) het „gevestigd" zijn in het Verenigd Koninkrijk in de zin van het nationale recht en (ii) het voldoen aan bepaalde verblijfsvoorwaarden. [37] Volgens het toepasselijke immigratierecht van het Verenigd Koninkrijk was een persoon in het

35 — De „but for"-toets wordt doorgaans toegepast op de gediscrimineerde persoon, en niet op de persoon die het voordeel geniet; hier is het omgekeerde, mutatis mutandis, ook juist, maar wat lastiger te formuleren: „but for" het feit dat student B *geen* Belgisch onderdaan is, zou ook hij het van zijn nationaliteit afgeleide recht hebben om in België permanent te verblijven en zou ook hij automatisch aan de tweede cumulatieve voorwaarde voldoen.

36 — Advies van de afdeling wetgeving van de Belgische Raad van State, Parl. St., Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 50. De Raad van State heeft ook de aandacht gevestigd op de artikelen 3, lid 2, en 7, lid 2, in het ontwerpdecreet, die bepaalden dat de betrokken beperkingen zouden worden opgeheven indien en wanneer Frankrijk zijn beperkingen voor soortgelijke studies zou opheffen. De Raad van State merkte in dat verband op: „Aldus is opnieuw een voorwaarde geformuleerd die zeer dicht bij het nationaliteitscriterium ligt, aangezien *studenten met de Franse nationaliteit het rechtstreekse doelwit zijn*" (cursivering van mij). Deze bepalingen zijn geschrapt uit de definitieve tekst van het decreet.

37 — Namelijk dat de betrokken persoon zijn verblijfplaats in Engeland of Wales moet hebben op de eerste dag van het eerste academische jaar, en in de drie jaar voorafgaand aan die dag verblijf moet hebben gehouden in het Verenigd Koninkrijk of op de eilanden, zonder de als student in het Verenigd Koninkrijk doorgebrachte jaren mee te rekenen.

Verenigd Koninkrijk „gevestigd" indien hij er zijn gewone verblijfplaats had zonder dat enige beperking aan de duur van zijn verblijf op het grondgebied was gesteld. [38] Een onderdaan van een andere lidstaat kon niet als student de status van in het Verenigd Koninkrijk gevestigd persoon verwerven, omdat hij niet zou voldoen aan beide onderdelen van die voorwaarde.

74. Het is juist dat voor een onderdaan van het Verenigd Koninkrijk (net als voor een Belgisch onderdaan in België) geen beperkingen worden gesteld aan de duur van zijn verblijf op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk. Uit het antwoord van het Verenigd Koninkrijk op de vragen van het Hof in de zaak Bidar bleek evenwel dat onderdanen van het Verenigd Koninkrijk in bepaalde omstandigheden *ook* niet aan het „gewone verblijfplaats"-onderdeel van de voorwaarde konden voldoen en daardoor niet de status van in het Verenigd Koninkrijk „gevestigd" persoon hadden. [39] De categorie personen die een bepaald voordeel ontvingen (degenen met de status van in het Verenigd Koninkrijk gevestigd persoon) viel dus *niet* precies samen met de categorie personen die uitsluitend op grond van een verboden classificatie was onderscheiden (nationaliteit, in casu de nationaliteit van het Verenigd Koninkrijk).

75. Het Hof heeft derhalve terecht geoordeeld dat de discriminatie in de zaak Bidar indirect, en niet direct was. Niettemin heeft het Hof, daar de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk het een onderdaan van een andere lidstaat volledig onmogelijk maakte als student de status van gevestigd persoon te verwerven en het hem dus onmogelijk maakte in aanmerking te komen voor een lening, ongeacht de mate waarin hij daadwerkelijk in de samenleving van de ontvangende lidstaat was geïntegreerd, korte metten gemaakt met het „vestigingsvereiste". [40]

76. Het staat uiteraard aan de nationale rechter om te bepalen wat de situatie volgens Belgisch recht is. Mocht hij evenwel concluderen dat alle Belgische onderdanen automatisch en zonder uitzondering het recht hebben permanent in België te verblijven en dus *automatisch* aan de tweede cumulatieve voorwaarde voldoen, terwijl alle anderen, inclusief alle overige burgers van de Europese Unie, dat recht *niet automatisch* hebben, zou de tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet direct discrimineren op grond van nationaliteit, in strijd met artikel 12 EG.

38 — Arrest Bidar, aangehaald in voetnoot 32, punten 14-18.

39 — Het Britse kind van Britse ouders die de afgelopen tien jaar in Oostenrijk hebben gewerkt, dat zijn middelbare schoolopleiding in Oostenrijk zou hebben genoten, zou bijvoorbeeld geen recht hebben gehad op een studielening ter ondersteuning van zijn levensonderhoud wanneer hij in Cambridge zou gaan studeren.

40 — Arrest Bidar, punten 61 en 62.

De eerste en de tweede vraag

Is de eerste cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet gerechtvaardigd?

77. Met de eerste en de tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen verduidelijkt te zien of het decreet op drie mogelijke gronden kan worden gerechtvaardigd: (i) de toestroom van buitenlandse studenten legt een buitenmatig beslag op de overheidsfinanciën; (ii) de kwaliteit van het onderwijs dreigt in gevaar te komen; (iii) de kwaliteit van het stelsel van volksgezondheid van de Franse Gemeenschap dreigt in gevaar te komen wegens een tekort aan geschoold medisch personeel.

78. Het antwoord hangt deels af van de vraag of de discriminerende behandeling direct of indirect is. [41] Vaststaat dat indirecte discriminatie in beginsel kan worden gerechtvaardigd. [42] De situatie met betrekking tot directe discriminatie is veel restrictiever. [43] Aangezien ik de eerste cumulatieve voorwaarde als indirect discriminerend beschouw en de tweede als direct discriminerend, zal ik achtereenvolgens elke voorwaarde analyseren.

79. De Belgische regering baseert zich in hoge mate op 's Hofs arrest in de zaak Bidar, dat naar haar mening de legitimiteit bevestigt van het woonplaatsvereiste ten aanzien van toegang tot onderwijs, daar het de ontvangende staat toestaat van de toekomstige student, via dat woonplaatsvereiste, te vragen dat hij blijk geeft van een zekere mate van integratie in de samenleving van de ontvangende staat. [44]

80. Er is echter een fundamenteel verschil tussen de *toegang tot financiële bijstand* ter dekking van de kosten van onderwijs in een andere lidstaat, die in de zaak Bidar aan de orde was, en de *toegang tot het onderwijs zelf* in andere lidstaten, die in casu aan de orde is.

81. In het arrest Bidar heeft het Hof terecht rekening gehouden met de legitieme belangen van de lidstaten die werden geconfronteerd met aanvragen om financiële bijstand van studenten uit andere lidstaten. Het oordeelde dat de lidstaten bij de opzet en de toepassing

41 — Zie punt 36 hierboven.

42 — Zie punten 45-48 hierboven.

43 — Zie punten 128 en 131 hierna.

44 — Arrest Bidar, aangehaald in voetnoot 31, punten 57-59. Zie in het algemeen ten aanzien van de verblijfplaats als potentieel gerechtvaardigd alternatief voor nationaliteit: Davies, G., „‚Any Place I Hang My Hat?' or: Residence is the New Nationality", *European Law Journal* 2005, blz. 43-56.

van hun socialebijstandsregeling een zekere financiële solidariteit met onderdanen van andere lidstaten moeten betonen.[45] Elke lidstaat mag er echter „[voor] zorgen dat de toekenning van steun ter dekking van de kosten van levensonderhoud van studenten uit andere lidstaten geen onredelijke last wordt, die het totale bedrag van de door deze staat toekenbare steun zou kunnen beïnvloeden".[46]

82. Daarentegen vormt de mogelijkheid voor een student van de Europese Unie om toegang te hebben tot het hoger of universitair onderwijs in een andere lidstaat onder dezelfde voorwaarden als onderdanen van die lidstaat, de essentie van het door het Verdrag gewaarborgde beginsel van het vrije verkeer van studenten.[47] Het oordeel van het Hof met betrekking tot het verblijfplaatsvereiste voor financiële steun in het arrest Bidar kan derhalve niet op de onderhavige zaak worden getransponeerd.[48]

83. Volgens vaste rechtspraak kan een indirect discriminerende behandeling op grond van nationaliteit enkel gerechtvaardigd zijn indien zij gebaseerd is op objectieve overwegingen, die losstaan van de nationaliteit van de betrokken personen en evenredig zijn aan de rechtmatig nagestreefde doelstelling.[49]

84. Ook heeft het Hof geoordeeld dat de nationale autoriteiten die zich beroepen op een uitzondering op het fundamentele beginsel van vrij verkeer van personen, in elk afzonderlijk geval dienen aan te tonen dat hun regelingen, gelet op het beoogde doel, noodzakelijk en evenredig zijn. De rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren, „moeten gepaard gaan met een onderzoek van de geschiktheid en de evenredigheid van de door die lidstaat genomen beperkende maatregel, alsmede met specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog".[50]

85. In de verwijzingsbeschikking worden de voorbereidende stukken[51] van het decreet aangehaald, die als voornaamste doelstelling van de bestreden bepalingen noemen „een ruime en democratische toegang te waarborgen tot een kwaliteitsvol hoger onderwijs voor de populatie van de Franse Gemeenschap". De bestreden bepalingen zijn ook ingegeven door overwegingen van volksgezondheid. In

45 — Arrest Bidar, aangehaald in voetnoot 31, punt 56, dat het arrest van 20 september 2001, Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193, punt 44), citeert.

46 — Arrest Bidar, punten 56 en 57.

47 — Zie in die zin arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 70.

48 — Zie Parl. St., Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 54, waarin de afdeling wetgeving van de Belgische Raad van State de regering van de Franse Gemeenschap op juist deze kwestie attent heeft gemaakt.

49 — Zie arrest van 16 december 2008, Huber (C-524/06, Jurispr. blz. I-9705, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 — Arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

51 — Parl. St., Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 12 en 13.

de eerste plaats kan een vermindering van de kwaliteit van het onderwijs op termijn de kwaliteit van de verstrekte zorg aantasten. In de tweede plaats is de overgrote meerderheid van niet-verblijvende studenten niet van plan hun beroep in België uit te oefenen, hetgeen tot een tekort aan beroepsmensen dreigt te leiden. Er zal „zeer zeker" een tekort ontstaan wanneer bij aanvang een selectie wordt georganiseerd.

86. Op grond van de afbakening van de taken tussen het Hof en de verwijzende rechter staat het aan het Hof om te bepalen of, indien bewezen, de aangevoerde gronden een objectieve rechtvaardiging voor indirecte discriminatie opleveren. Zo ja, staat het vervolgens aan de nationale rechter om uit te maken of de gronden daadwerkelijk worden aangetoond.

Buitenmatig beslag op de overheidsfinanciën

87. De voorbereidende stukken van het decreet bevatten de volgende verklaring over een buitenmatig beslag op de overheidsfinanciën als rechtvaardigingsgrond [52]:

„Het aantal studenten die een diploma in het hogeronderwijsstelsel van de Franse Gemeenschap willen behalen in de [betrokken studierichtingen] is duidelijk groter dan de behoeften van de betrokken sectoren in Franstalig België. De Franse Gemeenschap kan de buitenmatige last niet dragen die toe te schrijven is aan niet-verblijvende studenten in België, die uitsluitend in de Franse Gemeenschap komen studeren omdat zij in hun land van herkomst geen toegang hebben tot die studies, en die absoluut niet de bedoeling hebben hun beroep in de Franse Gemeenschap uit te oefenen."

88. De eerste zin, volgens welke het aantal studenten dat een diploma behaalt „duidelijk groter is" dan de behoeften van de Franse Gemeenschap, valt niet direct te rijmen met de andere rechtvaardigingsgrond, die gebaseerd is op het feit dat het stelsel van volksgezondheid in gevaar dreigt te komen als gevolg van een potentieel tekort aan geschoold personeel in de gezondheidszorg. [53]

89. Het argument in de tweede zin is in wezen zuiver economisch. Het is problematisch om de volgende redenen.

90. Ten eerste breng ik in herinnering dat volgens vaste rechtspraak redenen van zuiver

52 — Parl. St., Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 9.

53 — Zie verder punten 114-126 hierna.

economische aard geen dwingende redenen van algemeen belang vormen die een belemmering van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen. [54]

91. Het is juist dat het Hof heeft aanvaard dat een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, waardoor een belemmering van het vrij verrichten van diensten gerechtvaardigd kan zijn. [55] In bepaalde omstandigheden kunnen economische of budgettaire redenen dus als rechtvaardiging worden aangevoerd. Daarin komt deels het onontkoombare feit tot uiting, dat elke overheidsdienst die door onze welvaartsstaten wordt geleverd, afhankelijk is van voldoende begrotingsmiddelen voor de financiering ervan.

92. Ik deel evenwel de twijfels van advocaat-generaal Jacobs, of de opmerkingen van het Hof in de context van beslag op de socialezekerheidsstelsels ook van toepassing zijn op het gebied van het hoger onderwijs. Die opmerkingen houden een dubbele afwijking in: ten eerste van het fundamentele beginsel van vrij verkeer van personen en ten tweede van de erkende redenen die dergelijke afwijkingen kunnen rechtvaardigen (die, in verdragstermen, uitsluitend *niet*-economisch zijn). Rechtvaardigingen die aan een economische basis refereren, dienen derhalve uiterst zorgvuldig onder de loep te worden genomen. [56]

93. Advocaat-generaal Jacobs heeft ook geopperd dat, mocht het Hof het huidige recht van studenten op financiële steun die verder gaat dan de vergoeding van het lesgeld en de inschrijvingskosten uitbreiden, ook de rechtvaardigingsgronden die de lidstaten kunnen aanvoeren, zouden moeten worden uitgebreid, in navolging van de rechtspraak betreffende de ontvangers van gezondheidsdiensten. [57] In het arrest Bidar heeft het Hof het recht van studenten op financiële steun immers uitgebreid tot leningen voor kosten van levensonderhoud, en (tegelijk) erkend dat een

54 — Arrest van 17 maart 2005, Kranemann (C-109/04, Jurispr. blz. I-2421, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voetnoot verder niet van belang voor de Nederlandse taalversie.

55 — Zie arresten van 28 april 1998, Kohll (C-158/96, Jurispr. blz. I-1931, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 12 juli 2001, Vanbraekel (C-368/98, Jurispr. blz. I-5363, punt 47).

56 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 20 januari 2005 in de zaak Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 31; zie ook punten 33-35 over de vraag waarom hoger onderwijs fundamenteel verschilt van nationale socialezekerheidsstelsels (vooral omdat het geen dienst is in de zin van artikel 49 EG: zie dienaangaande arresten van 27 september 1988, Humbel (263/86, Jurispr. blz. 5365, punten 17, 18 en 19), en 7 december 1993, Wirth (C-109/92, Jurispr. blz. I-6447, punten 15-19).

57 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 20 januari 2005 in de zaak Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 46.

student blijk moet geven van een zekere mate van integratie in de ontvangende lidstaat alvorens hij toegang heeft tot een dergelijke lening. Budgettaire redenen kunnen derhalve binnen bepaalde grenzen een beperking van de toegang tot financiële steun voor onderwijs rechtvaardigen.

94. Zoals gezegd, heeft de onderhavige zaak evenwel betrekking op de toegang tot onderwijs, en niet op de toegang tot financiele ondersteuning voor onderwijs, zodat het oordeel van het Hof in het arrest Bidar niet van toepassing is. Mijns inziens kunnen budgettaire redenen niet worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking van de toegang tot onderwijs voor niet-verblijvende studenten. De opmerking van het Hof in het arrest Grzelczyk, dat richtlijn 93/96 [58] „aanvaardt […] dat er een zekere financiële solidariteit bestaat tussen de onderdanen van deze lidstaat en die van de andere lidstaten" [59], gemaakt in de context van financiële ondersteuning voor onderwijs, is mijns inziens a fortiori van toepassing op de toegang tot onderwijs.

95. Ten tweede lijkt de wetgever van de Franse Gemeenschap zich te baseren op het bekende argument van de „free rider": studenten die in het buitenland studeren, plukken de vruchten van het met openbare middelen gefinancierde onderwijs in het gastland, maar dragen niet bij aan de financiering ervan door (via hun ouders) nationale belastingen te betalen; evenmin „betalen" zij noodzakelijkerwijs hun studie „terug" door achteraf in het gastland te werken en er belastingbetalers te worden. [60] Het impliciete argument is dat de niet-Belgische studenten een bepaalde vorm van misbruik plegen. Dat is duidelijk niet het geval. Studenten die naar een andere lidstaat verhuizen om daar verder te studeren, maken gebruik van hun recht van vrij verkeer — een recht dat zij als burgers van de Unie zonder discriminatie op grond van nationaliteit kunnen genieten. [61] Hun veronderstelde bedoelingen, zoals aangehaald door de wetgever van de Franse Gemeenschap, zijn eigenlijk niet relevant. [62]

96. Met de advocaten-generaal Jacobs en Geelhoed (in de zaken Commissie/Oostenrijk respectievelijk Bidar) ben ik van mening

58 — Richtlijn 93/96/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 inzake het verblijfsrecht voor studenten (PB L 317, blz. 59).

59 — Aangehaald in voetnoot 45, punt 44.

60 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 36.

61 — Arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

62 — Zie arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 70, en (in dezelfde geest) de conclusie van advocaat-generaal Jacobs, punt 41. Het Hof heeft ondubbelzinnig geoordeeld dat de mogelijke bedoelingen waarmee een werknemer van een lidstaat in een andere lidstaat werk zoekt, irrelevant zijn voor zijn recht van toegang tot en verblijf op het grondgebied van laatstgenoemde staat, zolang hij er reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst verricht of wenst te verrichten: zie arresten van 23 maart 1982, Levin (53/81, Jurispr. blz. 1035, punt 23), en 23 september 2003, Akricht (C-109/01, Jurispr. blz. I-9607, punt 55).

dat de studenten, zelfs al dragen zij niet rechtstreeks bij aan het fiscale stelsel van de lidstaat waar zij hun universitaire studies volgen, toch een bron van inkomsten vormen voor de economie van de plaats waar de universiteit gevestigd is alsook, zij het in beperkte mate, voor de nationale begroting via de door hen betaalde indirecte belastingen. [63] Het argument dat slechts personen die belasting hebben betaald, in aanmerking komen voor door de overheid gefinancierde uitkeringen, zou logischerwijs als consequentie hebben dat de eigen onderdanen van een lidstaat die geen of weinig belasting hebben betaald, geen aanspraak kunnen maken op dergelijke uitkeringen. [64]

97. Ten derde blijkt uit de uitleg van de Franse Gemeenschap, zoals die naar voren komt uit de verwijzingsbeslissing en de opmerkingen van België voor het Hof, niet in welk opzicht de door deze categorie studenten veroorzaakte financiële belasting voor de Franse Gemeenschap „buitenmatig" is of hoe het decreet het aangevoerde probleem oplost. [65] Het hoger onderwijs lijkt veeleer te worden gefinancierd door een „gesloten envelop"-systeem. Als ik het goed begrijp, betekent dit dat een daling van het aantal studenten (ongeacht hun nationaliteit) geen corresponderende besparing oplevert voor de Franse Gemeenschap. Een stijging of daling van het aantal studenten is budgetneutraal.

98. Ten slotte merk ik op dat verzoekers voor het Grondwettelijk Hof hebben voorgesteld om alle niet-verblijvende studenten toegang te verlenen tot de studie van hun keuze, maar niet noodzakelijkerwijs tot de financiële ondersteuning. In haar schriftelijke opmerkingen voor het Hof heeft de Belgische regering geantwoord dat met een dergelijk voorstel „de doelstellingen [van het decreet], die toch niet van financiële aard zijn, niet zouden kunnen worden gehaald".

99. Mijn mening over de eerste rechtvaardigingsgrond van de Belgische regering kan als volgt worden samengevat. Ik geloof niet dat het risico van een buitenmatig beslag op de overheidsfinanciën in beginsel als

63 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 20 januari 2003 in de zaak Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, voetnoot 29. Zie in die zin de opmerkingen van de heer Rémy, directeur paramedische en pedagogische studies aan de Haute École provinciale du Hainaut occidental, die het gunstige neveneffect van de aanwezigheid van buitenlandse studenten beklemtoont: „De grootschalige aanwezigheid van Franse studenten heeft ons in staat gesteld onze perspectieven te verbreden. Dankzij het succes van onze studierichtingen fysiotherapie en ergotherapie is een hele reeks projecten opgezet die ons verzekeren van een goed financieringsniveau, bijvoorbeeld op het punt van onderzoek en permanente educatie. Dat zal helaas allemaal verdwijnen." („C'est une vraie catastrophe pour notre école", *La Libre*, 3 februari 2006).

64 — Conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Bidar, aangehaald in voetnoot 32, punt 65. Zie in die geest reeds de conclusie van advocaat-generaal Slynn van 16 januari 1985 in de zaak Gravier, aangehaald in voetnoot 8, blz. 604.

65 — Zoals ook opgemerkt in het *Avis du Corps interfédéral de l'inspection des finances* van 31 januari 2006, opgenomen in het aan het Hof overgelegde dossier, blz. 5.

rechtvaardiging kan dienen voor indirecte discriminatie bij de toegang tot onderwijs. Evenmin denk ik (indien, anders dan ik meen, een lidstaat zich wel op die rechtvaardigingsgrond kan baseren), dat in casu het bewijs daarvoor is geleverd.

In gevaar brengen van de kwaliteit van het onderwijs

100. In de voorbereidende stukken van het decreet wordt vervolgens nog een rechtvaardigingsgrond aangevoerd [66]:

„Naast de financiële belasting […] is er ook nog de kwestie van de kwaliteit van het onderwijs. Wanneer er te veel studenten zijn, kan niet worden gegarandeerd dat hun een adequaat educatief kader wordt geboden, zowel op kwantitatief als op kwalitatief gebied. Ook zijn er geen onbeperkte mogelijkheden voor stages in een beroepsomgeving."

101. Voor de verwijzende rechter heeft de Franse Gemeenschap betoogd dat het decreet gericht is tegen de „ongewenste effecten van absolute mobiliteit", namelijk dat het almaar groeiende aantal niet-verblijvende studenten de kwaliteit van het onderwijs bedreigt ten koste van alle studenten. Onderwijsinstellingen hebben een beperkte capaciteit voor de opvang van studenten. Het aantal docenten, de begroting en de mogelijkheden voor stages zijn allemaal begrensd.

102. Het probleem van overvolle klassen is zowel bij leerlingen als bij studenten bekend. Het is een legitieme zorg. Het Hof heeft aanvaard dat „de instandhouding of de verbetering van het onderwijsstelsel" [67] en „de waarborging van universitaire opleidingen van hoog niveau" [68] legitieme doelstellingen zijn op grond van het Verdrag. Beperkingen die hierop zijn gebaseerd, moeten evenwel voldoen aan het evenredigheidscriterium: zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mogen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. [69]

103. Uit de stukken die aan het Hof zijn overgelegd, blijkt dat de vaststelling van het decreet primair gebaseerd was op statistieken die de toename aantoonden van het aantal

66 — *Parl. St.*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 9. Zie punt 87 hierboven.

67 — Arrest Lyyski, aangehaald in voetnoot 8, punt 39.

68 — Arrest van 13 november 2003, Neri (C-153/02, Jurispr. blz. I-13555, punt 46).

69 — Arrest Neri, punt 46.

ingeschreven studenten die hun middelbareschooldiploma niet in België hadden behaald. Tussen de verschillende studierichtingen die onder het decreet vallen, bestaan aanzienlijke verschillen op dit punt. [70] Cijfers betreffende het aantal niet-verblijvende studenten die zijn ingeschreven in de in casu aan de orde zijnde studierichtingen, waren niet beschikbaar vóór de vaststelling van het decreet. In het algemeen heeft men duidelijk de indruk dat de wetgeving die voorziet in een numerus clausus voor niet-Belgische studenten voor een aantal studierichtingen met nogal uiteenlopende profielen, is ingevoerd op basis van tamelijk fragmentarische informatie over een aantal aspecten van de inschrijving van studenten voor sommige van die studierichtingen. Dat is ontoelaatbaar. Om misverstand te voorkomen: ik zeg niet dat de Franse Gemeenschap passief had moeten wachten totdat specifieke sectoren van haar hogeronderwijsstelsel ernstig waren beschadigd, alvorens actie te ondernemen. Waar het mij om gaat, is dat de specifieke gegevens die een verstandig wetgever ertoe zouden hebben gebracht op goede gronden te concluderen dat een bepaald opkomend probleem in de kiem moest worden gesmoord (en dat dus specifieke doelgerichte maatregelen noodzakelijk en evenredig waren) eenvoudigweg — voor zover ik dit kan beoordelen aan de hand van de stukken die aan het Hof zijn overgelegd — niet voorhanden en/of niet onderzocht waren toen het decreet werd vastgesteld.

104. Bovendien ben ik van mening dat, wanneer de aantallen studenten een probleem zijn, dit losstaat van de herkomst van de extra studenten. Het probleem is een buitensporig aantal studenten *op zich,* niet een buitensporig aantal *niet-verblijvende* studenten. Het lijkt er eerder op dat het decreet beoogde de onbeperkte toegang tot hoger onderwijs voor te behouden aan Belgen, en de toegang te bemoeilijken voor buitenlandse — hoofdzakelijk uit Frankrijk afkomstige — studenten, voor wie het stelsel van hoger onderwijs in de Franse Gemeenschap een natuurlijk alternatief vormt. Een dergelijk doel is in essentie duidelijk discriminerend en niet verenigbaar met de doelstellingen van het Verdrag. [71]

105. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat aan een buitensporige vraag naar toegang tot bepaalde opleidingen legitiem het hoofd kan worden geboden door de invoering van specifieke niet-discriminerende maatregelen, zoals een toelatingsexamen of een minimumcijfer voor inschrijving. Dergelijke maatregelen voldoen aan artikel 12 EG. [72]

106. Mogelijk willen individuele lidstaten onbeperkte vrije toegang tot hoger onderwijs in stand houden. Dat staat hun uiteraard volledig vrij. Zij moeten dan wel bereid zijn

70 — In het commentaar bij de statistische gegevens die in de aan het Hof overgelegde documenten zijn opgenomen, staat uitdrukkelijk dat de toename van het aantal studenten met een buitenlands middelbareschooldiploma uitsluitend toe te schrijven is aan twee opleidingen: „kinesitherapie en revalidatie" en „diergeneeskunde".

71 — Zie, mutatis mutandis, de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 20 januari 2005 in de zaak Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 30.

72 — Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 61. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Jacobs, punt 52.

onbeperkte vrije toegang te verlenen aan *alle* EU-studenten, ongeacht hun nationaliteit. Artikel 12 EG verplicht elke lidstaat een volledige gelijkheid van behandeling te verzekeren tussen eigen onderdanen en onderdanen van andere lidstaten die zich in een onder het gemeenschapsrecht vallende situatie bevinden. [73] De hoedanigheid van burger van de Unie dient de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten te zijn en verleent degenen onder hen die zich in dezelfde situatie bevinden, ongeacht hun nationaliteit, aanspraak op gelijke behandeling rechtens. [74] Vrije toegang tot onderwijs kan niet betekenen „vrije toegang — maar enkel voor onze eigen onderdanen".

107. Een restrictief beleid ten aanzien van bepaalde opleidingen (zoals in Frankrijk plaatsvindt) is in beginsel even aanvaardbaar. Die keuze staat een lidstaat even vrij als de keuze voor onbeperkte toegang. België stelt ook nergens dat Frankrijk daarmee in strijd met het EG-Verdrag handelt. Volgens vaste rechtspraak kan een lidstaat, zelfs wanneer een andere lidstaat het gemeenschapsrecht schendt, geen corrigerende of beschermende maatregelen nemen die anders onwettig zouden zijn. [75] Dit geldt a fortiori wanneer een lidstaat discriminerende maatregelen vaststelt als reactie op de neveneffecten van de legitieme beleidskeuze van een andere lidstaat.

108. Het lijkt me heel goed mogelijk dat de invoering van minder discriminerende maatregelen kan betekenen dat het huidige stelsel van onbeperkte openbare toegang tot hoger onderwijs voor alle Belgen wordt prijsgegeven. Ik begrijp volkomen dat dit onwenselijk zal worden geacht en dat de grensoverschrijdende toevloed van studenten (voor zover nodig) waarschijnlijk beter op communautair niveau kan worden gereguleerd. [76] Aangezien een dergelijk stelsel ontbreekt, voldoet het feit dat dergelijke wijzigingen waarschijnlijk nodig zijn evenwel aan de noodzaak om de verplichtingen na te komen die voortvloeien uit het in het Verdrag verankerde beginsel van gelijke behandeling. [77]

109. België en een aantal andere lidstaten die aan soortgelijke situaties het hoofd moeten bieden, hebben zich erop beroepen

73 — Arrest van 6 juni 2002, Ricordi (360/00, Jurispr. blz. I-5089, punt 31).

74 — Arresten Grzelczyk, aangehaald in voetnoot 45, punt 31, en Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

75 — Arrest van 20 oktober 2005, Commissie/Zweden (C-111/03, Jurispr. blz. I-8789, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 — Zie punten 151-153 hierna.

77 — Zie in dezelfde zin de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 53.

dat zij zich in een unieke kwetsbare positie bevinden. [78]

110. De problemen waarmee de Franse Gemeenschap in België en de Oostenrijkse regering worden geconfronteerd en die voortvloeien uit de toestroom van een aantal buitenlandse studenten die hun studie in respectievelijk het Frans en het Duits kunnen of willen volgen, zijn in feite niet exclusief voor België en Oostenrijk. Er zijn ook andere lidstaten die het hoofd moeten kunnen bieden aan een toevloed van studenten uit andere lidstaten die het gevolg is van een gemeenschappelijke taal of een andere specifieke afweging. [79]

111. Uit de voorbereidende stukken van het decreet [80] blijkt dat een toelatingsexamen (de aangewezen neutrale oplossing voor een waargenomen bedreiging voor de kwaliteit van het onderwijs door te grote aantallen studenten) [81] in het voordeel zou zijn van studenten die als gevolg van hun bevoorrechte sociale achtergrond of om andere redenen het best zijn voorbereid op hun voorgenomen opleiding of studie. Die stelling is niet onderbouwd met aan het Hof ter beschikking gesteld empirisch bewijsmateriaal. Indien dat inderdaad het geval is, moeten de passende maatregelen mijns inziens elders liggen. Het probleem op zich kan gebruikmaking van met het gemeenschapsrecht strijdige discriminerende maatregelen niet rechtvaardigen.

112. Het is denkbaar dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin inderdaad sprake is van een echte, serieuze en op handen zijnde bedreiging voor de kwaliteit van het universitair onderwijs in een specifieke sector. In een dergelijk geval zal het Hof wellicht opnieuw willen onderzoeken of indirect discriminerende maatregelen om het hoofd te bieden aan een dergelijke bedreiging, in beginsel objectief kunnen worden gerechtvaardigd. Zelfs al zou een dergelijke rechtvaardiging theoretisch mogelijk zijn (een kwestie die ik uitdrukkelijk openlaat), zijn de gegevens waarover het Hof in casu beschikt, geenszins toereikend om een discriminerende behandeling te rechtvaardigen.

113. Ik concludeer derhalve dat de in het aan de orde zijnde decreet getroffen maatregelen

78 — Met name Oostenrijk in het arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7.

79 — Volgens de OESO-statistieken voor 2006 (online beschikbaar op www.oecd.org) had België 40 607 studenten die geen Belgisch staatsburger waren op een totale bevolking van 10 511 382 (een verhouding van 1:258,8). Ter vergelijking: Denemarken had 19 123 studenten die geen Deens staatsburger waren op een totale bevolking van 5 427 459 (een verhouding van 1:283,8); Zweden had 41 410 studenten die geen Zweeds staatsburger waren op een totale bevolking van 9 047 752 (een verhouding van 1:218,4), en het Verenigd Koninkrijk had 418 353 studenten die geen Brits staatsburger waren op een totale bevolking van 60 412 870 (een verhouding van 1:144,4). Gezien de prevalentie van Engelstalige studies is het laatste cijfer niet verrassend. Het is echter niet te zeggen hoe groot het aandeel is van de studenten die geen burger zijn van de EU — en voor wie de toegang tot hoger onderwijs wettelijk mag worden beperkt — binnen het totale aantal studenten die geen staatsburger zijn van het land waar zij studeren.

80 — *Parl. St.*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 9.

81 — Zie punt 105 hierboven en arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 61.

niet kunnen worden gerechtvaardigd op basis van de gesignaleerde bedreiging voor de kwaliteit van het universitaire onderwijs in de Franse Gemeenschap.

De kwaliteit van het stelsel van volksgezondheid

114. De laatste aangevoerde rechtvaardigingsgrond is, dat te weinig studenten die in de Franse Gemeenschap verblijven (ten opzichte van niet-verblijvende studenten) diploma's in bepaalde specialisaties behalen. Op de langere termijn is er wellicht niet voldoende geschoold medisch personeel om de kwaliteit van het stelsel van volksgezondheid van die Gemeenschap te verzekeren.

115. In de voorbereidende stukken van het decreet wordt op dit punt het accent gelegd op diergeneeskunde, waarvoor de Franse Gemeenschap in 2003, 2004 en 2005 een toelatingsexamen blijkt te hebben georganiseerd. Bij het examen van 2005 hadden slechts 192 van de in totaal 795 kandidaten hun middelbareschooldiploma in de Franse Gemeenschap behaald. 216 van de 250 geslaagde kandidaten (een door de wetgever vastgesteld aantal) hadden hun middelbareschooldiploma in het buitenland behaald. Dat betekent dat slechts 34 interne kandidaten aan hun studie diergeneeskunde konden beginnen. [82] De wetgever trekt de volgende conclusies [83]:

„Dat aantal is duidelijk ontoereikend. Indien er geen maatregelen worden genomen, kan de Franse Gemeenschap te kampen krijgen met een tekort aan dierenartsen. De kans is groot dat het ontoereikend aantal dierenartsen niet zal worden gecompenseerd door dierenartsen uit andere staten, vanwege de in andere landen bestaande beperkingen. Uiteraard zal dit tekort aan dierenartsen ernstige gevaren voor de volksgezondheid opleveren."

116. In de context van niet-nakomingsprocedures eist het Hof een grondige evaluatie van het risico dat wordt gesteld door de lidstaat die zich op de afwijking voor de gezondheid in artikel 30 EG beroept. [84] Een soortgelijk

82 — Ik merk op, dat zelfs indien alle 192 kandidaten die hun middelbareschooldiploma in de Franse Gemeenschap hebben behaald, waren geslaagd, er toch nog te weinig kandidaten zouden zijn geweest om de 250 beschikbare plaatsen op te vullen.

83 — *Parl. St.*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 5.

84 — Zie bijvoorbeeld arresten van 12 maart 1987, Commissie/Duitsland (178/84, Jurispr. blz. 1227); 5 februari 2004, Commissie/Frankrijk (C-24/00, Jurispr. blz. I-1277, punt 54), en 23 september 2003, Commissie/Denemarken (C-192/01, Jurispr. blz. I-9693, punt 47).

grondig onderzoek is vereist bij verzoeken om een prejudiciële beslissing [85], hoewel de eindbeslissing over de feiten natuurlijk een zaak van de nationale rechter is.

117. Mijns inziens blijkt uit de door België aan het Hof verstrekte stukken dat de evaluatie van het risico waarop de aangevoerde rechtvaardigingsgrond inzake volksgezondheid berust, geenszins aan de vereiste grondigheid voldoet.

118. Ten eerste lijkt, zoals de schriftelijke opmerkingen van de Belgische regering duidelijk maken, het potentiële gebrek aan dierenartsen te zijn gecreëerd door het door de Franse Gemeenschap zelf ingevoerde stelsel — namelijk vermindering van het aantal studenten diergeneeskunde om de kwaliteit van het onderwijs te verzekeren. Het is (op zijn minst) vanuit conceptueel oogpunt merkwaardig dat maatregelen die worden genomen voor het behoud van de kwaliteit van het onderwijs (een voor de discriminerende maatregelen aangevoerde rechtvaardigingsgrond) de Belgische regering er tegelijkertijd toe brengen zich te beroepen op het potentiële tekort aan behoorlijk gekwalificeerde medische beroepsbeoefenaars.

119. Ten tweede wijzen de aan het Hof overgelegde stukken erop, dat het gesignaleerde potentiële probleem voor de toekomst is toe te schrijven aan een combinatie van (ten minste) het volgende: (i) een tekort aan kandidaten met een in de Franse Gemeenschap behaald middelbareschooldiploma die diergeneeskunde willen studeren *en* die goed genoeg zijn om in de concurrentieslag met andere EU-kandidaten in aanmerking te komen voor een van de 250 plaatsen voor de studie diergeneeskunde; (ii) een vermoeden dat de meeste tot de studie diergeneeskunde toegelaten studenten die hun middelbareschooldiploma *niet* in de Franse Gemeenschap hebben behaald, na afronding van hun studie automatisch naar hun lidstaat van herkomst zullen terugkeren. Voor (i) lijkt een basis te vinden in de statistieken [86], maar bij (ii) gaat het louter om vermoedens. Daarbij wordt er duidelijk van uitgegaan dat niet-Belgische dierenartsen in het algemeen na het behalen van hun diploma naar hun eigen lidstaat zullen terugkeren, *ongeacht* het vooruitzicht op een baan ter plekke. Met zou (juist) eerder kunnen denken dat een tekort aan geschoolde dierenartsen in Franstalig België tot een reactie (van de markt of de overheid) zou kunnen leiden, die de vooruitzichten op een lokale baan aantrekkelijker zou maken en een aantal

85 — Zie bijvoorbeeld arrest van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Jurispr. blz. I-14887, punten 112-124).

86 — Zie de cijfers in punt 115 en voetnoot 82 hierboven.

pas afgestudeerde niet-Belgische dierenartsen zou aanmoedigen hun beroepsloopbaan te starten in de lidstaat waar zij zijn opgeleid.

120. Ten derde beschikt hetzij de Franse Gemeenschap, hetzij de federale regering (of beide, gezamenlijk optredend) [87] over de nodige wetgevingsinstrumenten om het potentiële probleem aan te pakken. In de aan het Hof overgelegde stukken worden als mogelijke oplossingen genoemd de aanpassing van het aantal studenten diergeneeskunde die elk jaar mogen afstuderen of die worden toegelaten tot het tweede (klinische) deel van de studie diergeneeskunde [88], samenwerking tussen middelbare scholen en faculteiten om het niveau van het pre-universitaire onderwijs aan te passen, zodat voldoende Belgen aan de eisen voor een examen met een passend niveau zullen voldoen, en invoering van een voorbereidend studiejaar om de toekomstige studenten beter voor te bereiden op de feitelijke universitaire opleiding. [89]

121. Ik begrijp dat de uitvoering van dergelijke maatregelen praktische moeilijkheden kan meebrengen. Volgens vaste rechtspraak kunnen die moeilijkheden op zich evenwel niet volstaan om schending van een door het Verdrag gewaarborgde vrijheid te rechtvaardigen. [90]

122. Bovendien heeft de afdeling wetgeving van de Belgische Raad van State opgemerkt dat de ervaring met diergeneeskunde niet noodzakelijk ook geldt voor andere opleidingen. Ondanks de federale quota voor studies in de kinesitherapie, dekt bijvoorbeeld het aantal afgestudeerden die hun beroep in België willen uitoefenen, blijkbaar praktisch geheel de noden van het beroep, volgens de schatting van de federale regering. [91]

87 — Ter terechtzitting stelden verzoekers dat volksgezondheid in feite niet tot de bevoegdheid van de Franse Gemeenschap behoort, maar tot die van de federale regering, en dat de krachtens het Belgische constitutionele recht vereiste procedures voor vaststelling van maatregelen met het oog op het verzekeren van de volksgezondheid in casu niet zijn gevolgd. Die kwestie dient door de verwijzende rechter te worden behandeld.

88 — Het vergelijkend examen voor studenten diergeneeskunde dat problemen heeft veroorzaakt, blijkt hoofdzakelijk te zijn georganiseerd vanwege een overmaat aan studenten in het tweede deel van de opleiding: *Parl. St.*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 5 en 6.

89 — Zoals voorgesteld door Claude Ancion, parlementslid van de Franse Gemeenschap, in een vraag aan de minister van Hoger Onderwijs, Wetenschappelijk Onderzoek en Internationale Betrekkingen: *Integraal verslag*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 2004-2005, 13 oktober 2005, blz. 53 (de vraag en het antwoord van de minister zijn opgenomen in de voorbereidende stukken van het decreet: Parl. St., Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 9, voetnoot 8).

90 — Arrest van 27 november 2008, Papillon (C-418/07, Jurispr. blz. I-8947, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hetzelfde geldt voor financiële moeilijkheden, die de lidstaten met passende maatregelen dienen te overwinnen: zie arrest van 5 juli 1990, Commissie/België (C-42/89, Jurispr. blz. I-2821, punt 24).

91 — *Parl. St.*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005/2006, nr. 263/1, blz. 53 en 56. Volgens de meest recente gegevens van EUROSTAT (2007) heeft België een landelijk gemiddelde van 242,7 fysiotherapeuten per 100 000 inwoners. Het Waalse Gewest van België heeft er 268 per 100 000 inwoners (en 416,9 per 100 000 inwoners wat de provincie Waals-Brabant betreft). Het Brusselse Gewest heeft er 218,1 per 100 000 inwoners. Ter vergelijking: Frankrijk heeft een landelijk gemiddelde van 104 fysiotherapeuten per 100 000 inwoners en Duitsland 103 fysiotherapeuten per 100 000 inwoners (EUROSTAT-gegevens 2006). De minister van Volksgezondheid heeft aangegeven dat het examen aan het eind van de studies in de kinesitherapie (dat de kinesitherapeut in staat stelt een nummer van het Belgisch Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering te verkrijgen, dat hun patiënten het recht geeft op vergoeding door hun zorgverzekering) zal moeten worden afgeschaft — wellicht om te worden vervangen door een examen aan het begin van de studies: algemene beleidsnota van de viceminister-president en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, nr. 1529/5, blz. 16.

123. Ten vierde „[bereidt] de kennis die een student tijdens zijn hoger onderwijs verwerft, hem over het algemeen niet op een bepaalde geografische arbeidsmarkt [voor]”.[92] Niet-verblijvende studenten die afstuderen in de Franse Gemeenschap zouden derhalve door passende stimulansen kunnen worden aangemoedigd, hun beroepsloopbaan te starten in de regio waar zij hebben gestudeerd.

124. Deze opmerkingen zijn mutatis mutandis van toepassing op de andere in het bestreden decreet bedoelde opleidingen.

125. Ten aanzien van een vermeende rechtvaardiging uit het oogpunt van volksgezondheid, lijkt het decreet in essentie preventief te zijn geweest. Tenzij de nationale rechter de beschikking krijgt over substantieel betere stukken dan aan het Hof zijn verstrekt, kan mijns inziens het evenredigheidscriterium niet worden geacht te zijn vervuld.[93] Wanneer het gaat om een discriminerende behandeling als voorzorgsmaatregel tegen een gesignaleerd toekomstig probleem, moet het evenredigheidscriterium bijzonder zorgvuldig worden toegepast.

126. Op basis van de gegevens waarover het Hof beschikt, concludeer ik dat het bestreden decreet niet kan worden gerechtvaardigd op grond dat er te weinig in de Franse Gemeenschap verblijvende studenten afstuderen om daar op duurzame wijze te voorzien in voldoende geschoold medisch personeel om de kwaliteit van het stelsel van volksgezondheid in die Gemeenschap te verzekeren.

Conclusie met betrekking tot de eerste cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet

127. Hieruit volgt dat het (indirect discriminerende) woonplaatsvereiste in artikel 1, lid 1, van het decreet op geen van de door België aangevoerde gronden kan worden gerechtvaardigd.

92 — Arrest Bidar, aangehaald in voetnoot 32, punt 58.

93 — Zie, mutatis mutandis, de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 7, punt 51.

Tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet

128. Voor zover ik weet, heeft het Hof nooit geoordeeld dat een maatregel die direct discrimineert op grond van nationaliteit, in strijd met artikel 12 EG, kan worden gerechtvaardigd. [94] Ik heb eerder aangegeven waarom de tweede cumulatieve voorwaarde in het bestreden decreet mijns inziens directe discriminatie vormt. [95]

129. De benadering van het Hof tot dusver lijkt logisch. Directe discriminatie op door het Verdrag verboden gronden is zo strijdig met het hele idee van een Europese Unie, dat zij uitsluitend om zeer goede redenen toelaatbaar is. Volgens vaste rechtspraak kan die discriminatie slechts worden gerechtvaardigd op grond van uitdrukkelijke afwijkende bepalingen van het Verdrag. [96] Een dergelijke bepaling die afwijkt van het *algemene* verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in artikel 12 EG bestaat niet. [97]

130. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit heeft een enorme symbolische betekenis. Zoals advocaat-generaal Jacobs zo elegant heeft opgemerkt, maakt het duidelijk dat de Gemeenschap „niet enkel een handelsovereenkomst tussen de regeringen van de lidstaten is, maar een gemeenschappelijke onderneming waaraan alle burgers van Europa individueel deel kunnen hebben. Dit is het aspect van het gemeenschapsrecht dat het individu het meest direct aangaat en dat het meest leidt tot het besef van een gemeenschappelijke identiteit en een gedeelde toekomst, zonder welke het door de considerans geproclameerde „steeds hechter verbond

94 — Zie voor zaken waarin het Hof, na vaststelling dat er sprake was van directe discriminatie op grond van nationaliteit, vervolgens geen potentiële rechtvaardigingsgronden heeft onderzocht, bijvoorbeeld het arrest Gravier, aangehaald in voetnoot 8, punten 15, 25 en 26; arresten van 2 februari 1989, Cowan/Trésor Public (186/87, Jurispr. blz. 195, punt 10), en 20 oktober 1993, Collins en Patricia Im- und Export/ Imtrat en EMI Electrola (C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145, punten 32 en 33). Advocaat-generaal Kokott merkt in haar conclusie van 28 februari 2008, Wood (C-164/07, Jurispr. blz. I-4143, punt 42 en voetnoot 11), terecht op dat, hoewel het omstreden is of een nationale regeling die rechtstreeks discrimineert op grond van nationaliteit, gerechtvaardigd kan zijn, in een aantal zaken wordt gewezen op de theoretische mogelijkheid om rechtstreekse discriminatie te rechtvaardigen (bijvoorbeeld arrest Ricordi, aangehaald in voetnoot 73, punt 33; arresten van 2 oktober 1997, Saldanha en MTS (C-122/96, Jurispr. blz. I-5325, punten 26 e.v., en 20 maart 1997, Hayes (C-323/95, Jurispr. blz. I-1711, punt 24).

95 — Zie punten 64-76 hierboven.

96 — Zie bijvoorbeeld de afwijking van het vrije verkeer van werknemers in artikel 39, lid 4, EG (betrekkingen in overheidsdienst) en de afwijking van het vrije verkeer van vestiging in artikel 45 EG (uitoefening van het openbaar gezag) — welke afwijkingen, zoals bekend, zeer strikt worden uitgelegd. Zie verder arrest van 18 juli 2007, Commissie/ Duitsland (C-490/04, Jurispr. blz. I-6095, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

97 — Zie arrest van 12 mei 1998, Martinez Sala (C-85/96, Jurispr. blz. I-2691, punt 64), waarin het Hof heeft geoordeeld: „Aangezien deze ongelijke behandeling binnen de werkingssfeer van het Verdrag valt, kan zij niet worden geacht gerechtvaardigd te zijn. Verzoekster wordt immers rechtstreeks wegens haar nationaliteit gediscrimineerd". Het Hof heeft daaraan inderdaad toegevoegd: „en er is voor het Hof niets aangevoerd wat zulk een ongelijke behandeling zou kunnen rechtvaardigen". Ik lees dat evenwel als een nabeschouwing, die de duidelijke implicaties van de eerste stelling niet ondermijnt.

tussen de Europese volkeren" een holle frase zou zijn." [98]

131. Mocht het Hof niettemin bereid zijn de gedachte in overweging te nemen dat directe discriminatie op grond van nationaliteit die onder artikel 12 EG valt, in beginsel kan worden gerechtvaardigd, verwijs ik naar de (hierboven uiteengezette) redenen waarom ik van mening ben dat de indirect discriminerende eerste cumulatieve voorwaarde van het bestreden decreet niet kan worden gerechtvaardigd. Die overwegingen zijn a fortiori van toepassing op de direct discriminerende tweede cumulatieve voorwaarde van het decreet.

Conclusie met betrekking tot de tweede cumulatieve voorwaarde in artikel 1, lid 1, van het decreet

132. Hieruit volgt dat artikel 1, lid 1, van het decreet (waardoor een Belgisch staatsburger *automatisch* voldoet aan de tweede cumulatieve voorwaarde op grond dat hij het onlosmakelijk met zijn nationaliteit verbonden recht heeft om permanent in België te verblijven, terwijl alle niet-Belgische staatsburgers — onder wie alle andere burgers van de EU — hetzij moeten voldoen aan een van de zeven overige criteria die daarin zijn neergelegd, hetzij aan de eisen van richtlijn 2004/38/EG) niet kan worden gerechtvaardigd.

Antwoord op de eerste en de tweede vraag

133. Aanvaarding van de door de Franse Gemeenschap ingevoerde beperkingen zou erop neerkomen dat het de lidstaten wordt toegestaan hun hogeronderwijsstelsels te segmenteren. [99] Het Hof moet derhalve grote voorzichtigheid betrachten bij het aanvaarden dat de toegang tot hoger onderwijs zelfs kan worden beperkt door indirect discriminerende maatregelen die aan het evenredigheidscriterium voldoen (wat, voor zover uit de aan het Hof verstrekte stukken blijkt, niet het geval is met de Belgische maatregelen). Het zou niet bereid moeten zijn om maatregelen te gedogen die op die grond direct discrimineren voor een dergelijk doel.

134. Ik concludeer derhalve dat de artikelen 12, eerste alinea, en 18, lid 1, EG, gelezen in samenhang met artikel 149, leden 1 en 2,

98 — Conclusie van 30 juni 1993 in de zaak Collins en Patricia Im- und Export/Imtrat en EMI Electrola, aangehaald in voetnoot 94, punt 11.

99 — Zie, mutatis mutandis, de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Commissie/Oostenrijk, punt 53.

tweede streepje, en artikel 150, lid 2, derde streepje, EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan maatregelen als die welke zijn vervat in het door de Franse Gemeenschap van België vastgestelde decreet tot regeling van het aantal studenten in sommige cursussen van de eerste cyclus van het hoger onderwijs.

Derde vraag

135. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het bij de beantwoording van de eerste vraag een verschil zou maken wanneer de Franse Gemeenschap, rekening houdend met het bepaalde in artikel 149, lid 1, in fine, EG en met artikel 13, lid 2, sub c, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (ICESCR) [100], dat een standstillverplichting inhoudt, opteert voor het in stand houden van een ruime en democratische toegang tot een kwaliteitsvol hoger onderwijs voor de bevolking van die Gemeenschap.

136. Het Hof heeft erop gewezen dat het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (ICCPR) [101] behoort tot de internationale instrumenten ter bescherming van de rechten van de mens, waarmee het rekening houdt bij de toepassing van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. [102] Mijns inziens zou dat ook moeten gelden voor het ICESCR, dat net als het ICCPR elk der lidstaten bindt. [103]

137. De verwijzende rechter merkt terecht op dat artikel 13, lid 2, sub c, ICESCR, voor zover het „de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs" vereist, een standstillclausule bevat.

138. Volgens de General Comments (algemene opmerkingen) met betrekking tot deze bepaling is het in artikel 2, lid 2, ICESCR verankerde discriminatieverbod „niet geleidelijk te realiseren of afhankelijk van de beschikbaarheid van middelen; het is volledig en onmiddellijk van toepassing op alle aspecten van onderwijs en strekt zich uit tot alle internationaal verboden discriminatiegronden". [104] Ter

100 — Zie voetnoot 4.

101 — Aangenomen en opengesteld voor ondertekening, bekrachtiging en toetreding bij resolutie 2200A (XXI) van 16 december 1966 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Het Verdrag is overeenkomstig artikel 49 ervan op 23 maart 1976 in werking getreden.

102 — Zie arresten van 14 februari 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Jurispr. blz. I-505, punt 39), en 27 juni 2006, Parlement/Raad (C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

103 — Zie, mutatis mutandis, arrest Parlement/Raad, aangehaald in voetnoot 102, punt 37.

104 — General Comments on the right to education (algemene opmerkingen met betrekking tot het recht op onderwijs) (art. 13), E/C.12/1999/10 (hierna: „E/C.12/1999/10"), punt 31 (zie ook punt 43).

illustratie bepalen de General Comments dat „schendingen van artikel 13 omvatten: de invoering of niet-intrekking van wetgeving die particulieren of groepen discrimineert op een van de verboden gronden, op het gebied van onderwijs". [105] Artikel, lid 2, ICESCR noemt „nationale of maatschappelijk afkomst" als een van de verboden gronden.

139. Artikel 13 ICESCR is — in wezen — een bepaling die discriminatie op een verboden grond verbiedt bij de toegang tot onderwijs. De poging om op basis van artikel 13, lid 2, sub c, ICESCR een maatregel te rechtvaardigen die duidelijk discrimineert op een van de zowel bij artikel 12 EG als bij artikel 2, lid 2, ICESCR uitdrukkelijk verboden gronden, is derhalve onverklaarbaar. [106] (Verzoekers in het hoofdgeding zijn inderdaad gedeeltelijk op basis van artikel 13 ICESCR opgekomen tegen het bestreden decreet.)

140. Volledigheidshalve voeg ik hieraan toe dat de General Comments met betrekking tot artikel 13, lid 2, sub c, ICESCR ook stellen dat, „terwijl het secundair onderwijs ‚algemeen beschikbaar en voor allen toegankelijk dient te worden gemaakt', het hoger onderwijs ‚voor eenieder op basis van bekwaamheid gelijkelijk toegankelijk dient te worden gemaakt'. Volgens dat artikel hoeft hoger onderwijs niet ‚algemeen beschikbaar' te zijn, maar slechts beschikbaar ‚op basis van bekwaamheid'. De ‚bekwaamheid' van personen moet worden beoordeeld op grond van hun relevante deskundigheid en ervaring." [107]

141. Wat artikel 149, lid 1, EG betreft, herhaal ik, dat hoewel dat artikel bepaalt dat de lidstaten verantwoordelijk blijven voor „de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en […] hun culturele en taalkundige verscheidenheid", het Hof heeft gepreciseerd dat de voorwaarden voor de toegang tot een beroepsopleiding binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen. [108] Daarenboven dienen volgens vaste rechtspraak, zelfs in zaken die niet binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen (wat het geval is met bepaalde aspecten van het onderwijsbeleid), de aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheden te worden uitgeoefend met eerbiediging van het gemeenschapsrecht, in het bijzonder de verdragsbepalingen betreffende het in artikel 18, lid 1, EG neergelegde recht om vrij op het

105 — E/C.12/1999/10, punt 59.

106 — De Belgische regering heeft de volgende interpretatieve verklaring met betrekking tot het ICESCR afgelegd: „Wat artikel 2, lid 2, betreft legt de Belgische regering het verbod van discriminatie op grond van nationale afkomst aldus uit, dat de Staten daarmee niet noodzakelijkerwijs de verplichting wordt opgelegd om aan buitenlanders automatisch dezelfde rechten te waarborgen als aan hun onderdanen. De term moet worden opgevat als betrekking hebbend op de uitsluiting van willekeur, maar niet van verschil in behandeling op basis van objectieve en redelijke overwegingen, in overeenstemming met de beginselen die in democratische samenlevingen gelden." Ongeacht het feit of deze verklaring als een verkapt voorbehoud op het ICESCR moet worden beschouwd, kan het niets afdoen aan de uitlegging van het non-discriminatiebeginsel in het EG-Verdrag. Zie met betrekking tot verkapte voorbehouden verder: Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice* (2007), blz. 129 en 130.

107 — E/C.12/1999/10, punt 19.

108 — Zie punt 32 hierboven en de in voetnoot 8 aangehaalde rechtspraak.

grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven. [109]

142. Het discriminatieverbod moet inderdaad als de hoeksteen van het Verdrag worden beschouwd, juist omdat het de regelingsautonomie van de lidstaten intact laat — mits hun wetten gelijkelijk van toepassing zijn op onderdanen en niet-onderdanen. Het belangrijkste onderliggende beginsel is dat alle burgers van de Unie als individuen moeten worden behandeld, ongeacht hun nationaliteit. [110] „Kosteloze en vrije toegang tot onderwijs voor allen" betekent derhalve precies wat het zegt. Het kan niet betekenen „kosteloze en vrije toegang tot onderwijs voor al mijn staatsburgers".

143. Ik erken dat de problemen waarmee de Franse Gemeenschap wordt geconfronteerd, niet onbeduidend zijn. Zij moeten evenwel worden opgelost op een wijze die geen variant is van „gelijkheid voor degenen binnen de magische kring" [111] (in casu Belgische staatsburgers), maar die de „primaire status" van het burgerschap van de EU eerbiedigen door gelijke toegang tot het onderwijs te verzekeren voor alle burgers van de EU, ongeacht hun nationaliteit.

144. Het antwoord op de eerste en de tweede vraag wordt derhalve niet ontkracht door artikel 149, lid 1, in fine, EG. Integendeel, het wordt versterkt door een juiste lezing van artikel 13, lid 2, sub c, ICESCR.

Het verzoek om beperking van de werking in de tijd van het arrest

145. De Belgische regering heeft het Hof gevraagd, mocht het artikel 12 EG aldus uitleggen dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling als het aan de orde zijnde decreet, de werking in de tijd van zijn arrest te beperken.

146. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft de Belgische regering de volgende gronden aangevoerd: de gevolgen voor de

109 — Zie het arrest Morgan en Bucher, aangehaald in voetnoot 2, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

110 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 30 juni 1993 in de zaak Collins en Patricia Im- und Export/Imtrat en EMI Electrola, aangehaald in voetnoot 94, punt 11: „Zij dienen niet slechts als buitenlanders te worden gedoogd, maar door de autoriteiten van het gastland te worden ontvangen als onderdanen van de Gemeenschap die ‚binnen de werkingssfeer van het Verdrag' recht hebben op dezelfde privileges en voordelen als de onderdanen van het gastland."

111 — Zie mijn conclusie van 22 mei 2008, Bartsch (C-427/06, Jurispr. blz. I-7245, punt 45).

overheidsfinanciën van de Franse Gemeenschap; het feit dat het decreet specifiek is ontworpen om te voldoen aan de rechtspraak van het Hof en de communautaire wetgeving; het feit dat de Commissie heeft aangegeven dat het stelsel mogelijk te rechtvaardigen is, en het ontbreken van relevante rechtspraak.

147. Volgens vaste rechtspraak kan het Hof slechts in zeer uitzonderlijke gevallen besluiten om beperkingen te stellen aan de mogelijkheid voor iedere belanghebbende om een beroep te doen op een door het Hof uitgelegde bepaling. Wanneer het Hof de gevolgen van een arrest aldus beperkt, doet het dit uit hoofde van het aan de communautaire rechtsorde inherente rechtszekerheidsbeginsel. Tot een dergelijke beperking kan slechts worden besloten indien is voldaan aan twee essentiële criteria, te weten de goede trouw van degenen ten behoeve van wie een beperking in de tijd wordt gevraagd, en het gevaar voor ernstige verstoringen. [112]

148. Meer bepaald, heeft het Hof slechts in zeer specifieke omstandigheden een beperking in de tijd opgelegd, met name wanneer er gevaar bestond voor ernstige economische repercussies, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer bleek dat particulieren en de nationale autoriteiten tot een met de communautaire regeling strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van de communautaire bepalingen, aan welke onzekerheid het gedrag van andere lidstaten of van de Commissie eventueel had bijgedragen. De mogelijke financiële gevolgen die een prejudicieel arrest voor een lidstaat zou kunnen hebben, vormen op zich geen rechtvaardiging voor een beperking van de werking in de tijd van dat arrest. [113]

149. In casu heeft België, ongeacht of zijn overige argumenten gegrond zijn, het Hof geen gegevens verstrekt waaruit blijkt dat er een gevaar voor ernstige economische repercussies bestaat.

150. Derhalve is het niet aangewezen dat het Hof, mocht het oordelen dat artikel 12 EG zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als het bestreden decreet, de gevolgen van deze beslissing beperkt in de tijd.

112 — Zie in die zin arrest van 12 februari 2009, Cobelfret (C-138/07, Jurispr. blz. I-731, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

113 — Zie arrest van 18 januari 2007, Brzeziński (C-313/05, Jurispr. blz. I-513, punten 57 en 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Slotopmerking

151. Ik heb de nadruk gelegd op het belang, voor de ontwikkeling van de Unie, van de vrijheid van verkeer van studenten op basis van gelijkheid. De EU mag echter ook niet voorbijgaan aan de reële problemen die kunnen ontstaan voor lidstaten die veel studenten uit andere lidstaten ontvangen. [114]

152. Het Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel [115] bepaalt dat optreden op communautair niveau gerechtvaardigd is wanneer „de doelstellingen van het overwogen optreden […] niet voldoende door de lidstaten [kunnen] worden verwezenlijkt in het kader van hun nationaal grondwettelijk stelsel, en […] derhalve beter door een optreden van de Gemeenschap [kunnen] worden verwezenlijkt". Het bepaalt ook dat de volgende richtsnoeren moeten worden gehanteerd om na te gaan of aan die voorwaarde is voldaan: (i) de betrokken kwestie heeft transnationale aspecten die door een optreden van de lidstaten niet bevredigend kunnen worden geregeld; (ii) het optreden van de lidstaten alleen of het niet optreden van de Gemeenschap zou in strijd zijn met de voorschriften van het Verdrag of zou op een andere manier de belangen van de lidstaten aanzienlijk schaden; (iii) een optreden op communautair niveau zou vanwege de schaal of de gevolgen ervan duidelijke voordelen opleveren ten opzichte van een nationaal optreden.

153. Ik nodig de gemeenschapswetgever en de lidstaten uit om na te denken over de toepassing van deze criteria op het verkeer van studenten tussen de lidstaten. [116]

154. Ten slotte breng ik in herinnering dat een van de in artikel 2 EG genoemde doelstellingen van de Gemeenschap het bevorderen van de solidariteit tussen de lidstaten is, en dat de lidstaten op grond van artikel 10 EG een wederzijdse verplichting tot loyale samenwerking hebben. [117] Die bepalingen zijn mijns inziens in casu uiterst relevant. Wanneer een gemeenschappelijke taal en een verschillend nationaal beleid inzake de toegang tot hoger onderwijs een zeer grote studentenmobiliteit aanmoedigen, die voor de ontvangende lidstaat tot echte problemen leidt, is het beslist de verantwoordelijkheid van zowel de ontvangende lidstaat *als* de lidstaat van herkomst om actief naar een onderhandelde oplossing te zoeken die voldoet aan het Verdrag.

114 — Zie in die zin Dougan, M., „Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU?", *Common Market Law Review* 2005, blz. 955 en 956.

115 — Protocol nr. 30 gehecht aan het EG-Verdrag.

116 — Zie over subsidiariteit ook mijn conclusie in de zaak Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering, aangehaald in voetnoot 3, punt 118, voetnoot 68, waar wordt verwezen naar MacCormick, N., Questioning Sovereignty (1999), blz. 135.

117 — Zie voor een voorbeeld over onderwijs: arrest van 27 september 1988, Matteucci/Franse Gemeenschap van België (235/87, Jurispr. blz. 5589, punt 19).

Conclusie

155. Ik geef het Hof derhalve in overweging de vragen van het Grondwettelijk Hof (België) als volgt te beantwoorden:

„Eerste en tweede vraag

De artikelen 12, eerste alinea, en 18, lid 1, EG, gelezen in samenhang met artikel 149, leden 1 en 2, tweede streepje, en artikel 150, lid 2, derde streepje, EG moeten aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan maatregelen als die welke zijn vervat in het door de Franse Gemeenschap van België vastgestelde decreet tot regeling van het aantal studenten in sommige cursussen van de eerste cyclus van het hoger onderwijs.

Derde vraag

Inachtneming van artikel 149, lid 1, in fine, EG en artikel 13, lid 2, sub c, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten maakt geen verschil voor het antwoord op de eerste twee vragen."