FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 25 juni 2009[1]

1. Studenter har under en betydande del av Europas historia önskat genomgå (en del av) sin utbildning utanför hemlandet.[2] Förevarande begäran om förhandsavgörande aktualiserar på nytt frågan om huruvida värdstaten får begränsa antalet utländska studenter som får tillträde till dess utbildningssystem.

2. Genom denna begäran om förhandsavgörande från Cour constitutionnelle (författningsdomstolen), Belgien, har domstolen ombetts att tolka artiklarna 12 första stycket EG och 18.1 EG, jämförda med artiklarna 149.1 EG, 149.2 andra strecksatsen EG och 150.2 tredje strecksatsen EG.

3. Målet vid den nationella domstolen avser en talan om ogiltigförklaring som väckts av ett antal studenter, varav de flesta är franska medborgare, och av undervisande och administrativ personal vid lärosäten i Communauté française de Belgique (Belgiens franskspråkiga gemenskap, nedan kallad den franskspråkiga gemenskapen) mot det dekret om reglering av antalet studenter på grundutbildningsnivå inom vissa ämnesområden inom den högre utbildningen (Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur) som antogs den 16 juni 2006 av Parlement de la Communauté française de Belgique (parlamentet för Belgiens franskspråkiga gemenskap).[3]

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Se, för en historisk översikt, generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i de förenade målen C-11/06 och C-12/06, Morgan och Bucher (REG 2007, s. I-9161), punkterna 37–47. De ministrar som ansvarar för högre utbildning i de 46 länder som deltar i Bolognaprocessen har nyligen slagit fast att rörlighet är ”utmärkande för det europeiska området för högre utbildning” och de har uppmanat ”varje land att öka rörligheten”: kommuniké från konferensen för europeiska ministrar med ansvar för högre utbildning, Leuven och Louvain-la-Neuve, den 28–29 april 2009, punkt 18 (tillgänglig på webbplatsen http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en).

3 — *Moniteur belge* av den 6 juli 2006, s. 34 055. Dekretet ändrades nyligen genom dekret om villkoren för att erhålla barnmorskeexamen och sjuksköterskeexamen, främjande av rörligheten för studerande och olika åtgärder avseende högre utbildning (Décret fixant des conditions d'obtention des diplômes de bachelier sage-femme et de bachelier en soins infirmiers, renforçant la mobilité étudiante et portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur) av den 18 juli 2008, *Moniteur belge* av den 10 september 2008, s. 47 115. I förevarande förslag till avgörande hänvisar jag till den ursprungliga lydelsen av dekretet som angavs i beslutet om hänskjutande. Dekret är de rättsliga instrument genom vilka Belgiens tre gemenskaper, samt regionerna Flandern och Vallonien, utövar sin lagstiftningsrätt. Dessa dekret har samma rättsverkningar som federala lagar. Se artiklarna 127.2, 128.2, 129.2, 130.2 och 134 andra stycket i den belgiska konstitutionen, artikel 19.2 i speciallag om institutionella reformer (Loi spéciale de réformes institutionnelles) av den 8 augusti 1980, *Moniteur belge* av den 15 augusti 1980, och mitt förslag till avgörande i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (REG 2008, s. I-1683), punkterna 4–7.

Tillämpliga bestämmelser

…

Folkrätten

4. I artikel 2.2 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter[4] föreskrivs följande:

”Konventionsstaterna åtar sig att garantera att rättigheterna i denna konvention utövas utan diskriminering av något slag på grund av … nationell eller social härkomst …”

5. I artikel 13.2 c i nämnda konvention föreskrivs följande:

”För att till fullo säkerställa [rätten för var och en till utbildning] erkänner konventionsstaterna följande:

c) Högre utbildning skall göras lika tillgänglig för alla som har fallenhet för sådan utbildning genom alla lämpliga åtgärder och särskilt genom att gradvis göras kostnadsfri.”

Gemenskapsrätten

6. I artikel 2 EG föreskrivs följande:

”Gemenskapen skall ha till uppgift att genom att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och genom att fullfölja den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4 främja … inom gemenskapen som helhet … ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.”

4 — Konventionen antogs och stod öppen för undertecknande, ratificering och anslutning genom Förenta nationernas generalförsamlings resolution 2200A (XXI) av den 16 december 1966. Konventionen trädde i kraft den 3 januari 1976, i enlighet med artikel 27 i konventionen.

7. I artikel 10 EG föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs.

De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.”

8. I artikel 12 första stycket EG föreskrivs följande:

”Inom detta fördrags tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget, skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.”

9. I artikel 18.1 EG föreskrivs följande:

”Varje unionsmedborgare skall ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i detta fördrag och i bestämmelserna om genomförande av fördraget.”

10. I artikel 149.1 EG och 149.2 andra strecksatsen EG föreskrivs följande:

”1. Gemenskapen skall bidra till utvecklingen av en utbildning av god kvalitet genom att främja samarbetet mellan medlemsstaterna och genom att vid behov stödja och komplettera deras insatser, samtidigt som gemenskapen fullt ut skall respektera medlemsstaternas ansvar för undervisningens innehåll och utbildningssystemens organisation samt medlemsstaternas kulturella och språkliga mångfald. 2.

2. Målen för gemenskapens insatser skall vara att

…

— främja rörligheten för studerande och lärare, bl.a. genom att verka för ett akademiskt erkännande av examensbevis och studietider,

…”

11. I artikel 150.2 tredje strecksatsen EG föreskrivs följande:

”Målen för gemenskapens insatser skall vara att

…

— underlätta tillträde till yrkesutbildning och främja rörligheten för yrkeslärare och för elever i sådan utbildning, särskilt de unga,

…”

Den nationella rätten

12. I artikel 1 i dekretet definieras vilka som ska anses vara studenter bosatta i Belgien i den mening som avses i dekretet:[5]

”I detta dekret avses med en student bosatt i Belgien en student som, vid tidpunkten för registreringen vid ett lärosäte, kan styrka att vederbörande har sitt huvudsakliga hemvist i Belgien och att vederbörande uppfyller följande villkor:

1° Studenten har rätt att permanent uppehålla sig i Belgien.

2° Studenten har haft sitt huvudsakliga hemvist i Belgien under minst 6 månader före registreringen vid ett lärosäte och samtidigt utövat avlönad eller oavlönad yrkesverksamhet eller erhållit ersättning som utgår i stället för förvärvsinkomster från en belgisk myndighet.

5 — Samtliga översättningar av den belgiska lagstiftningen och av förarbetena till denna lagstiftning i förslaget till avgörande är mina egna.

3° Studenten har permanent uppehållstillstånd [i Belgien] enligt [relevant belgisk lagstiftning].

4° Studenten har uppehållstillstånd i Belgien på grund av att vederbörande har flyktingstatus [i enlighet med definitionen i belgisk lagstiftning] eller har ingett en ansökan om erkännande som flykting.

5° Studenten har rätt att vara bosatt i Belgien på grund av att vederbörande åtnjuter tillfälligt skydd enligt [relevant belgisk lagstiftning].

6° Studenten har en förälder, förmyndare eller make som uppfyller ett av ovanstående villkor.

7° Studenten har haft sitt huvudsakliga hemvist i Belgien under minst tre år vid tidpunkten för registreringen vid ett lärosäte.

8° Studenten har beviljats ett stipendium för sina studier inom ramen för ett utvecklingssamarbete för läsåret och för de studier som begäran om registrering avser.

’Rätten att permanent uppehålla sig’ i den mening som avses i punkt 1 innebär för medborgare i en annan medlemsstat inom Europeiska unionen den rätt som erkänns enligt artiklarna 16 och 17 i direktiv 2004/38/EG[6] [och], för medborgare i tredjeland, rätten att uppehålla sig i Belgien enligt [relevant belgisk lagstiftning].”

13. Kapitel II i dekretet innehåller bestämmelser om tillträde till universitet. I artikel 2 begränsas antalet studenter som för första gången antas vid ett universitet i den franskspråkiga gemenskapen till en sådan utbildning som anges i artikel 3, i enlighet med den metod som anges i artikel 4.

14. I artikel 3 i dekretet föreskrivs att bestämmelserna i kapitel II är tillämpliga

6 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (rättad version i EGT L 229, 2004, s. 35).

på de utbildningar som leder till examina i sjukgymnastik och rehabilitering samt i veterinärmedicin.

15. Artikel 4 i dekretet har följande lydelse:

”För varje universitet och för varje utbildning som anges i artikel 3 ska det fastställas ett antal ’T’ som motsvarar det totala antalet studenter som för första gången antas på den relevanta utbildningen och som ska beaktas med avseende på finansieringen, liksom ett antal ’NR’ som motsvarar det antal studenter som för första gången antas på den relevanta utbildningen och som inte anses vara bosatta i Belgien i den mening som avses i artikel 1.

När förhållandet mellan NR, å ena sidan, och T för föregående läsår, å andra sidan, uppgår till en viss procentsats ’P’, ska de akademiska myndigheterna neka ytterligare antagning av studenter som inte tidigare har antagits på den relevanta utbildningen och som inte anses vara bosatta i Belgien i den mening som avses i artikel 1.

P i föregående stycke fastställs till 30 procent. Om antalet studenter som studerar i ett annat land än det land där de har erhållit sina slutbetyg från gymnasieutbildning under ett visst läsår överstiger 10 procent i genomsnitt vid samtliga lärosäten i Europeiska unionen, motsvarar P, under kommande läsår, denna procentsats multiplicerad med tre.”

16. I artikel 5 i dekretet föreskrivs följande:

”[1] ... [S]tudenter som inte anses vara bosatta i Belgien i den mening som avses i artikel 1 får ansöka om antagning till en utbildning som anges i artikel 3 tidigast tre arbetsdagar före den 2 september som föregår det aktuella läsåret. Studenterna ... kommer att antas i turordning.

…

[3] Varje ansökan om antagning som i enlighet med första stycket har ingetts från och med den 2 september som föregår läsåret ska föras in i ett register ...

[4] Genom undantag från första stycket ska, när det gäller studenter som inte är bosatta i Belgien och som infinner sig för att inge en ansökan om antagning till en av de utbildningar som avses i artikel 3 senast den sista arbetsdagen före den 2 september som föregår läsåret, prioritetsordningen [vad gäller antagning] mellan dessa studenter bestämmas genom lottdragning, om antalet studenter som sålunda har infunnit sig överstiger NR som avses i artikel 4.2 ...

[5] Varje student som inte är bosatt i Belgien får endast inge en ansökan om antagning till de utbildningar som avses i artiklarna 3 och 7 före den 2 september som föregår läsåret. Studenter som åsidosätter denna bestämmelse kommer att utestängas från det lärosäte vid vilket de skulle ha antagits för att genomgå en av de utbildningar som avses i artikel 3 eller artikel 7.

…"

17. Kapitel III innehåller bestämmelser om högskolor. Artiklarna 6 första stycket, 8 och 9 (vilka ingår i detta kapitel) innehåller motsvarande bestämmelser som artiklarna 2 första stycket, 4 och 5.

18. Enligt artikel 7 i dekretet är bestämmelserna i kapitel III tillämpliga på utbildningar som leder till barnmorskeexamen, arbetsterapeutexamen, logopedexamen, examen i fotvård-fotvårdsterapi, sjukgymnastexamen, examen i audiologi och examen som pedagog specialiserad på psyko-pedagogiskt stöd.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

19. Enligt beslutet om hänskjutande har lagstiftaren i den franskspråkiga gemenskapen under flera år konstaterat en stor ökning av antalet studenter som för första gången antas till de aktuella utbildningarna. Det har uttryckts farhågor om att detta äventyrar utbildningens kvalitet – och, på grund av de aktuella utbildningarnas art, folkhälsan – med hänsyn till de berörda lärosätenas budgetresurser, personalresurser och materiella resurser.

20. Under läsåret 2003/2004 uppgick antalet studenter med slutbetyg från gymnasieutbildning utfärdade av en annan medlemsstat som var antagna till andra utbildningar än dem som dekretet omfattar till mindre än

10 procent. Under läsåret 2004/2005 uppgick antalet sådana studenter till mellan 41 procent och 75 procent för de högskoleutbildningar som dekretet omfattar. Under läsåret 2005/2006 uppgick antalet sådana studenter till mellan 78 procent och 86 procent för de universitetsutbildningar som dekretet omfattar.

21. Merparten av de antagna studenterna med slutbetyg från gymnasieutbildning som erhållits utanför Belgiens franskspråkiga gemenskap är franska medborgare. Enligt den nationella domstolen beror det på flera omständigheter.

22. För det första sker antagningen till veterinärutbildningen i Frankrike genom ett nationellt uttagningsprov. Endast studenter som har genomgått en förberedande utbildning under två år efter avslutad gymnasieutbildning får delta i uttagningsprovet. År 2004 antogs 329 sökanden till de fyra nationella veterinärmedicinska skolorna efter att ha klarat provet. År 2005 minskade antalet till 221, medan det ökade till 436 år 2006. Endast en femtedel av de som deltar i uttagningsprovet brukar klara det med godkänt resultat.

23. För det andra har Frankrike fastställt en antagningskvot för sjukgymnastutbildningen.

24. Till följd av detta kommer många franska studenter till Belgiens franskspråkiga gemenskap för att studera på franska. Efter avslutad utbildning återvänder de till Frankrike för att utöva sitt yrke. Nästan en tredjedel av de veterinärer som varje år etablerar sig i Frankrike har erhållit sitt utbildningsbevis i Belgiens franskspråkiga gemenskap. Detta tycks inte skapa några problem med överetablering inom yrket i Frankrike. År 2005 erhöll mer än 800 studenter utbildningsbevis på området för sjukgymnastik i Belgiens franskspråkiga gemenskap.

25. För att motverka denna situation antog den franskspråkiga gemenskapens parlament dekretet den 16 juni 2006. I dekretet föreskrivs att personer som inte är bosatta i Belgien omfattas av kvoterad antagning och för att anses som ”bosatt i Belgien”, och således inte omfattas av kvoteringsreglerna, uppställs i dekretet två krav. Såsom ”bosatta i Belgien” anses i huvudsak personer som både har sitt huvudsakliga hemvist i Belgien och som har en permanent rätt att uppehålla sig i Belgien.

26. Varje universitet eller högskola får endast anta ett begränsat antal studenter som inte är bosatta i Belgien. Antalet fastställs för varje utbildning vid varje institution, och för läsåret 2006/2007 fastställdes denna kvot till 30 procent av det totala antalet studenter som för första gången antas vid institutionen till respektive utbildning. Sökande som inte är bosatta i Belgien får endast ansöka om att

antas till utbildningen under de tre arbetsdagar som föregår den 2 september. Om antalet sökande överstiger kvoten sker lottdragning.

27. Den 9 augusti 2006 väckte Nicolas Bressol och 43 andra personer talan vid Cour constitutionnelle om ogiltigförklaring av dekretet. Den 13 december 2006 väckte likaså Céline Chaverot och 18 andra personer talan om ogiltigförklaring av flera artiklar i dekretet. Ingen av sökandena är ”bosatta i Belgien” i den mening som avses i dekretet. De har ifrågasatt den skillnad i behandling mellan personer som är bosatta i Belgien och personer som inte är bosatta där som har införts genom dekretet vad beträffar antagning till de aktuella utbildningarna.

28. Den 24 januari 2007 skickade kommissionen en formell underrättelse till Belgien och uttryckte farhågor beträffande dekretets förenlighet med gemenskapsrätten. Den 24 maj 2007 besvarade Belgien den formella underrättelsen och tillhandahöll vissa statistikuppgifter och förklaringar. Eftersom kommissionen ansåg att Belgiens franskspråkiga gemenskap, om inte lämpliga skyddsåtgärder vidtogs, riskerade att inte ”kunna upprätthålla en tillräcklig territoriell täckning och kvalitet inom sitt offentliga hälso- och sjukvårdssystem”, beslutade kommissionen den 28 november 2007 att vilandeförklara förfarandet under fem år ”för att ge de belgiska myndigheterna tillfälle att inkomma med ytterligare uppgifter till stöd för att de föreskrivna restriktiva åtgärderna är såväl nödvändiga som proportionerliga”.[7]

29. Cour constitutionnelle är osäker på huruvida artiklarna 4 och 8 i dekretet är förenliga med olika bestämmelser i den belgiska konstitutionen, jämförda med artiklarna 12 första stycket EG, 18.1 EG, 149.1 EG, 149.2 EG och 150.2 EG. Den har därför hänskjutit följande frågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

”1. Ska bestämmelserna i artiklarna 12 första stycket och 18.1 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, jämförda med artiklarna 149.1, 149.2 andra strecksatsen och 150.2 tredje strecksatsen i samma fördrag, tolkas så, att de utgör hinder för en autonom gemenskap i en medlemsstat som är behörig att anordna högre utbildning och som ställs inför en massiv tillströmning av studenter från en grannmedlemsstat (sedan en restriktiv policy intagits i denna grannstat)

7 — Samma dag skickade kommissionen en formell underrättelse till Österrike avseende underlåtenheten att följa domstolens dom av den 7 juli 2005 i mål C-147/03, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-5969). Den har även vilandeförklarat det förfarandet.

till flera medicinska utbildningar som huvudsakligen finansieras med offentliga medel att vidta sådana åtgärder som de som föreskrivs i det dekret som antogs av den franskspråkiga gemenskapen den 16 juni 2006 om reglering av antalet studenter på grundutbildningsnivå inom vissa ämnesområden inom den högre utbildningen, om den berörda gemenskapen åberopar giltiga skäl för att situationen annars riskerar att bli alltför betungande för de offentliga finanserna och inverka menligt på utbildningens kvalitet?

2. Ändras svaret på fråga 1 om den ovannämnda gemenskapen visar att situationen leder till att för få studenter som är bosatta inom denna gemenskap erhåller utbildningsbevis för att det i längden ska finnas tillräckligt med medicinskt utbildad personal för att kunna garantera vårdkvaliteten inom det offentliga hälso- och sjukvårdssystemet i denna gemenskap?

3. Ändras svaret på fråga 1 om den ovannämnda gemenskapen – mot bakgrund av artikel 149.1 *in fine* i fördraget och artikel 13.2 c i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, som innehåller en 'stand-still'-klausul – väljer att bibehålla ett brett och demokratiskt tillträde till högre utbildning av god kvalitet för befolkningen i denna gemenskap?"

30. Skriftliga yttranden har ingetts av sökandena i målet vid den nationella domstolen, den österrikiska och den belgiska regeringen samt kommissionen.

31. Alla dessa parter yttrade sig muntligen vid den förhandling som hölls den 3 mars 2009.

Inledande anmärkningar

32. Även om det i artikel 149.1 EG föreskrivs att medlemsstaterna förblir ansvariga för "undervisningens innehåll och utbildningssystemens organisation samt medlemsstaternas kulturella och språkliga mångfald", har domstolen klargjort att villkoren för tillträde till yrkesutbildning omfattas av fördragets tillämpningsområde.[8] Domstolen har i det

8 — Se dom av den 13 februari 1985 i mål 293/83, Gravier (REG 1985, s. 593; svensk specialutgåva, volym 8, s. 71), punkt 25, av den 27 september 1988 i mål 42/87, kommissionen mot Belgien (REG 1988, s. 5445), punkterna 7 och 8, av den 1 juli 2004 i mål C-65/03, kommissionen mot Belgien (REG 2004, s. I-6427), punkt 25, domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 32, och dom av den 11 januari 2007 i mål C-40/05, Lyyski (REG 2007, s. I-99), punkt 28.

avseendet hänvisat till artikel 149.2 andra strecksatsen EG, där det uttryckligen föreskrivs att målet för gemenskapens insatser ska vara att främja rörligheten för studerande och lärare, bland annat genom att verka för ett akademiskt erkännande av examensbevis och studietider. Vidare har domstolen hänvisat till artikel 150.2 tredje strecksatsen EG, där det föreskrivs att målet för gemenskapens insatser ska vara att underlätta tillträde till yrkesutbildning och främja rörligheten för yrkeslärare och för elever i sådan utbildning, särskilt de unga.[9] Domstolen har även slagit fast att såväl högre utbildning som universitetsutbildning är detsamma som yrkesutbildning.[10]

33. Det framgår att det i dekretet uppställs villkor för tillträde till högre utbildning eller universitetsutbildning i Belgiens franskspråkiga gemenskap. I dekretet regleras följaktligen ett område som omfattas av fördragets tillämpningsområde.

34. Det står även klart att det i dekretet görs åtskillnad mellan studenter, genom att de betecknas som bosatta eller inte bosatta i Belgien beroende på huruvida de uppfyller vissa kriterier eller ej. Studenter som är bosatta i Belgien ges obegränsat tillträde till alla utbildningar. Studenter som inte är bosatta i Belgien omfattas av kvoterad antagning till vissa utbildningar. Det föreligger därför uppenbart en skillnad i behandling av de två studentkategorierna.

35. Enligt artikel 12 EG är, inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget, all diskriminering på grund av nationalitet förbjuden. Dekretet ska därför bedömas mot bakgrund av denna bestämmelse.

36. Den nationella domstolen har genom sina två första frågor begärt vägledning om huruvida tre möjliga skäl för diskriminerande behandling är tillämpliga. Svaret på dessa frågor beror delvis på huruvida det är fråga

9 — Domen i mål C-65/03, kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 8), punkt 25.

10 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 33, och i målet Lyyski (ovan fotnot 8), punkt 29. Domstolens synsätt i dom av den 2 februari 1988 i mål 24/86, Blaizot (REG 1988, s. 379; svensk specialutgåva, volym 9, s. 335), punkterna 15–20, föreföll mer restriktivt. I den domen slog domstolen fast att universitetsutbildning omfattas av begreppet yrkesutbildning i den mån som den leder till behörighet för ett visst yrke eller en viss sysselsättning, eller ger en särskild kompetens för att utöva ett visst yrke eller för en viss sysselsättning. Domstolen slog fast att så var fallet ”inte enbart för det fall slutexamen ger omedelbar behörighet för att utöva ett bestämt yrke eller för en bestämd sysselsättning där en sådan examen är en förutsättning, utan även i den mån som studierna i fråga ger en särskild kompetens, dvs. för det fall den studerande har behov av de förvärvade kunskaperna för att kunna utöva ett yrke eller för en viss sysselsättning, även om det inte i lag eller annan författning ställs krav på sådana särskilda kunskaper för utövandet av yrket i fråga”. Domstolen fann att universitetsstudier i allmänhet uppfyller dessa villkor. ”De enda undantagen utgör vissa särskilda studiegångar som på grund av deras särskilda karaktär riktar sig till personer som önskar fördjupa sina allmänna kunskaper snarare än att få tillträde till arbetslivet.” Under alla omständigheter står det klart att de utbildningar som här är aktuella utgör yrkesutbildning.

om direkt eller indirekt diskriminering.[11] Det är därför nödvändigt att först klargöra den aktuella diskriminerande behandlingens beskaffenhet.

Den diskriminerande behandlingens beskaffenhet

37. I dekretet begränsas det antal studenter, som inte är bosatta i Belgien, som för första gången antas till vissa utbildningar (vilka förtecknas i artiklarna 3 och 7). För att anses bosatt i Belgien och undgå denna begränsning, måste en student uppfylla följande två kumulativa villkor som anges i artikel 1 i dekretet: i) Studenten måste visa att vederbörande har sitt huvudsakliga hemvist i Belgien. ii) Studenten måste uppfylla ett av de ytterligare åtta villkor som anges i artikeln.[12]

38. Av beslutet om hänskjutande framgår det klart att eftersom alla belgiska medborgare (på grund av sin nationalitet) har rätt att permanent uppehålla sig i Belgien, i den mening som avses i artikel 1 första stycket i dekretet, kommer de automatiskt att uppfylla de två kumulativa villkoren för att anses vara ”bosatta i Belgien”, så länge de har sitt huvudsakliga hemvist i Belgien vid tidpunkten för ansökan om antagning.[13]

39. För potentiella studenter som inte är belgiska medborgare utgör däremot det andra kumulativa villkoret ett verkligt hinder. För att uppfylla detta villkor kan unionsmedborgare som inte är belgiska medborgare göra gällande rätten att ”permanent uppehålla sig i Belgien” enbart inom de gränser som fastställts i direktiv 2004/38, det vill säga i huvudsak efter att under en fortlöpande period av fem år ha uppehållit sig lagligt i Belgien.[14] Om de inte kan göra detta (och inte heller kan uppfylla något av de andra sju kriterierna), kommer de att betecknas som inte bosatta i Belgien. Detta är faktiskt själva syftet med dekretet.

40. Utgör då denna skillnad i behandling direkt eller indirekt diskriminering på grund av nationalitet?

41. I den formella underrättelsen av den 24 januari 2007[15] intog kommissionen ståndpunkten att det utgjorde direkt diskrimine-

11 — Se även punkt 78 nedan.

12 — Se punkt 12 ovan.

13 — Se även förarbetena till dekretet: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 16 och 17, *ibidem*, nr 263/3, s. 18, och yttrande av belgiska Conseil d'État lagstiftningsavdelning, *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 50.

14 — Artikel 16 i direktiv 2004/38.

15 — Se punkt 28 ovan.

ring, eftersom belgiska medborgare enbart behöver bosätta sig i Belgien för att uppfylla kravet i artikel 1 första stycket i dekretet, medan alla andra måste uppfylla ett ytterligare villkor. Kommissionen har inte vidhållit denna ståndpunkt i förevarande mål, utan har (liksom alla andra parter har gjort) nöjt sig med att undersöka tolkningsfrågorna med utgångspunkt i indirekt diskriminering. Jag anser dock att domstolen varken kan eller bör undvika frågan.

42. För tydlighetens skull kommer jag att analysera de två villkor som uppställs i dekretet separat. Det är dock nödvändigt att först förklara vad jag anser vara den huvudsakliga skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering.

Skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering

43. Förvånansvärt nog innehåller inte domstolens rättspraxis någon klar definition av ”direkt diskriminering”. Vad som avses med begreppet måste därför utläsas av domstolens uttalanden angående den allmänna likhetsprincipen och begreppet indirekt diskriminering.

44. Den klassiska fras som domstolen har använt för att definiera den allmänna likabehandlingsprincipen, såsom en allmän gemenskapsrättslig princip, är att denna princip innebär ”att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling”.[16] Detta förefaller gälla båda formerna av diskriminering.[17]

45. Även definitionerna av direkt diskriminering i könsdiskrimineringsdirektivet,[18] rasdiskrimineringsdirektivet[19] och ramdirektivet om likabehandling[20] är till föga hjälp. Enligt dessa definitioner anses direkt diskriminering i huvudsak förekomma när en person på någon av de förbjudna grunderna behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha

16 — Se dom av den 16 december 2008 i mål C-127/07, Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl. (REG 2008, s. I-9895), punkt 23 och där angiven rättspraxis. I dom av den 23 april 2009 i mål C-544/07, Rüffler (REG 2009, s. I-3389), punkt 59, upprepas den klassiska definitionen i det speciella sammanhang som avser diskriminering på grundval av artikel 12 EG.

17 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i mål C-132/92, Birds Eye Walls (REG 1993, s. I-5579), punkterna 12–14.

18 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning) (EUT L 204, s. 23).

19 — Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (EGT L 180, s. 22).

20 — Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (EGT L 303, s. 16, och rättelse i EGT L 2, 2001, s. 42).

behandlats i en jämförbar situation.[21] Dessa definitioner kan jämföras med definitionerna, i respektive direktiv, av indirekt diskriminering. Indirekt diskriminering förekommer när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss egenskap, vilken inte får ligga till grund för att göra åtskillnader, jämfört med andra personer, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.[22]

46. Trots det är skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering otydlig.

47. Enligt min mening består problemet i att *exakt* fastställa vad som utgör ”en skenbart neutral bestämmelse”. Denna nyckelfras förefaller vara oupplösligt förbunden med begreppet dold diskriminering, vilket förekommer på andra håll i domstolens rättspraxis.

48. Domstolen har slagit fast att ”principen om likabehandling, som förbudet mot all diskriminering på grund av nationalitet i artikel 12 [första stycket] EG ger särskilt uttryck för, inte bara förbjuder *öppen* diskriminering på grund av nationalitet utan även all *dold* diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljningskriterier, i praktiken leder till samma resultat”.[23] Den formuleringen används ofta tillsammans med en fras som anger möjliga skäl för indirekt diskriminering. Exempelvis har domstolen, i fråga om migrerande arbetstagare, slagit fast att ”[o]m det inte finns sakliga skäl för en bestämmelse i nationell rätt eller om den inte står i proportion till det eftersträvade syftet, ska den betraktas som indirekt diskriminerande, när den till sin natur innebär en risk för att migrerande arbetstagare påverkas i högre grad än landets egna arbetstagare och följaktligen riskerar att missgynna de förstnämnda”.[24]

49. Domstolen tycks således anse att skillnaden mellan ”öppen” och ”dold” diskriminering är avgörande för vad som skiljer direkt diskriminering från indirekt diskriminering. Detta framgår ännu tydligare av domen i

21 — Se artikel 2.1 a i könsdiskrimineringsdirektivet, artikel 2.2 a i rasdiskrimineringsdirektivet och artikel 2.2 a i ramdirektivet om likabehandling.

22 — Se artikel 2.1 b i könsdiskrimineringsdirektivet, artikel 2.2 b i rasdiskrimineringsdirektivet och artikel 2.2 b i ramdirektivet om likabehandling.

23 — Se domen i mål C-65/03, kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 8), punkt 28 (min kursivering) och där angiven rättspraxis, samt – vad beträffar artikel 39.2 EG – dom av den 11 september 2008 i mål C-228/07, Petersen (REG 2008, s. I-6989), punkt 53 och där angiven rättspraxis.

24 — Domen i målet Petersen (ovan fotnot 23), punkt 54 och där angiven rättspraxis.

det andra Defrenne-målet (vilken utgjorde början på domstolens rättspraxis rörande könsdiskriminering), där domstolen hänvisade till ”direkt och öppen diskriminering” och jämförde den med ”indirekt och förtäckt diskriminering”.[25]

50. Jag måste erkänna att jag inte anser det vara till någon större hjälp att göra åtskillnaden på detta sätt.[26] Det framgår helt klart att skillnaden mellan öppen och dold diskriminering inte nödvändigtvis alltid sammanfaller med skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering.

51. Ett klart exempel på dold *direkt* diskriminering finns i målet Dekker. Elisabeth Johanna Pacifica Dekker fick veta att anledningen till att hon inte fick den anställning som hon obestridligen var den mest lämpade sökanden till inte var hennes graviditet i sig, utan de ekonomiska konsekvenserna för den blivande arbetsgivaren. Domstolen skulle ta ställning till huruvida det förhållandet att hon nekats anställning skulle anses utgöra direkt diskriminering på grund av kön. Domstolen gjorde en riktig bedömning när den slog fast att svaret på denna fråga berodde ”på om det huvudsakliga skälet till att sökanden i fråga nekats anställning tillämpas utan åtskillnad [på] arbetstagare av båda könen, eller om det tvärtom endast tillämpas [på] det ena könet”. Domstolen drog slutsatsen att ”det endast är kvinnor som kan nekas anställning på grund av graviditet, varför det om så sker föreligger direkt diskriminering på grund av kön”.[27] Domstolen har senare bekräftat detta synsätt i ett antal andra mål.[28]

52. Generaladvokaten Jacobs uttryckte skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering lite annorlunda – och, enligt min mening, mer tydligt – i sitt förslag till avgörande i målet Schnorbus: ”... [D]iskriminering på grund av kön föreligger när personer av ett kön behandlas mer förmånligt än personer av det andra. Diskrimineringen är direkt när särbehandlingen grundar sig på ett kriterium som antingen uttryckligen avser själva könet eller ... som *med nödvändighet är förbundet*

25 — Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkt 18. Se även generaladvokaten Warners kommentarer beträffande denna åtskillnad, vilken domstolen även tycktes antyda sammanföll med skillnaden mellan direkt effekt och avsaknaden av direkt effekt, i förslaget till avgörande i mål 69/80, Worringham och Humphreys (REG 1981, s. 767; svensk specialutgåva, volym 6, s. 41), s. 802 och 803.

26 — Se, för ett liknande resonemang, Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law* (2005), s. 89 och 90. Se även generaladvokaten VerLoren van Themaat, som i sitt förslag till avgörande i mål 19/81, Burton (REG 1982, s. 554), punkt 2.6, ansåg att domstolens dom av den 31 mars 1981 i mål 96/80, Jenkins (REG 1981, s. 911; svensk specialutgåva, volym 6, s. 53), hade visat att ”den åtskillnad som gjordes i domen i det andra Defrenne-målet mellan öppen och förtäckt diskriminering, vilken är betydelsefull vid fastställandet av huruvida artikel 119 är direkt tillämplig, inte sammanfaller med en faktisk skillnad mellan, å ena sidan, direkt diskriminering eller formell diskriminering och, å andra sidan, indirekt diskriminering eller materiell diskriminering,”.

27 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941), punkterna 11 och 12.

28 — Se dom av den 8 november 1990 i mål C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (REG 1990, s. I-3979; svensk specialutgåva, volym 10, s. 567), punkt 13, av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657), punkt 15, av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-35), punkt 19, och av den 3 februari 2000 i mål C-207/98, Mahlburg (REG 2000, s. I-549), punkt 20.

med en egenskap som inte går att särskilja från könet. Diskrimineringen är indirekt när något annat kriterium tillämpas men då en väsentligt större andel personer av ena könet än av det andra påverkas av det i praktiken."[29]

53. Denna analys av vad som utgör direkt diskriminering kan anpassas för att passa direkt diskriminering på någon av de förbjudna grunderna. Vad beträffar diskriminering på grund av nationalitet kan följaktligen diskrimineringen anses vara direkt när särbehandlingen grundar sig på ett kriterium som antingen uttryckligen avser själva nationaliteten eller som med nödvändighet är förbundet med en egenskap som inte går att särskilja från nationaliteten.

54. I målet Dekker skulle domstolen ha kommit fram till samma slutsats, nämligen att diskrimineringen var direkt, om den hade tillämpat ett "om inte"-test, enligt vilket den berörda personen, "om inte" vederbörande hade haft en viss egenskap (kön, ras, ålder, nationalitet etcetera), skulle ha fått samma mer förmånliga behandling som den relevanta jämförelsegruppen.[30] Sålunda omformulerad var den fråga som den nationella domstolen skulle ta ställning till följande: "Allt annat lika, skulle Elisabeth Johanna Pacifica Dekker ha fått anställningen om hon inte hade varit gravid (en egenskap som inte går att särskilja från könet)?" Om svaret var jakande utgjorde det direkt diskriminering på grund av kön att neka henne anställningen.[31]

55. Denna analys innebär ytterst att det, för att det ska föreligga direkt diskriminering, räcker att den ogynnsamma behandling som personen utsätts för i någon del av orsakskedjan grundar sig på, eller orsakas av, att en egenskap som inte får ligga till grund för att göra åtskillnader används för att särskilja denna person från andra personer. För enkelhetens skull kommer jag att beteckna denna process som "en förbjuden klassificering".

56. På grundval av detta kan en allmän definition formuleras som, såvitt jag kan se, på ett korrekt sätt återspeglar alla de situationer som domstolen har ansett utgöra direkt diskriminering på någon av de grunder som är förbjudna enligt gemenskapsrätten. Jag uppfattar att det föreligger direkt diskriminering när den kategori av personer som får en viss fördel och den kategori av personer som drabbas av motsvarande nackdel exakt

29 — Förslag till avgörande av den 6 juli 2000 i mål C-79/99, Schnorbus (REG 2000, s. I-10997), punkt 33 (min kursivering).

30 — Se även Barnard, C., *EC Employment Law*, 3:e upplagan, 2006, s. 321, vari det hänvisas till House of Lords avgörande i målet James mot Eastleigh Borough Council (1990), 3 WLR 55, där nämnda domstol erkände "om inte"-testet.

31 — Domen i målet Dekker (ovan fotnot 27, punkterna 10, 12 och 14.

sammanfaller med de respektive personkategorier som särskiljs enbart genom tillämpningen av en förbjuden klassificering.

Det första kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet

59. Enligt det första kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet krävs att blivande studenter har sitt huvudsakliga hemvist i Belgien vid tidpunkten för registreringen vid ett lärosäte (nedan kallat kravet på huvudsakligt hemvist).

57. I Elisabeth Johanna Pacifica Dekkers fall sammanföll således den kategori av personer som fick en viss fördel (de som ansågs lämpade för anställning) exakt med den kategori av personer som särskildes enbart genom tillämpningen av en förbjuden klassificering (kön, närmare bestämt personer som inte under några omständigheter kan bli gravida, det vill säga män). Den kategori av personer som drabbades av motsvarande nackdel (de som inte ansågs lämpade för anställning) sammanföll exakt med den motsvarande kategorin av personer som särskildes enbart genom tillämpningen av en förbjuden klassificering (kön, i det här fallet personer som kan bli gravida, det vill säga kvinnor). Den missgynnande behandlingen (nekad anställning) utgjorde därför direkt diskriminering på grund av den förbjudna klassificeringen (kön).

60. Det framgår klart att ett sådant villkor inte utgör direkt diskriminering på grund av nationalitet. Både belgiska medborgare och personer som inte är belgiska medborgare kan förlägga sitt huvudsakliga hemvist till Belgien. Den kategori av personer som uppfyller det första kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet sammanfaller således inte med kategorin belgiska medborgare.

61. Utgör kravet på huvudsakligt hemvist indirekt diskriminering?

58. Vad blir resultatet om man tillämpar detta test för direkt diskriminering på de två villkor som anges i artikel 1 i dekretet?

62. Domstolen har slagit fast att förbudet mot diskriminering på grundval av till synes neutrala särskiljningskriterier som i praktiken

leder till ett diskriminerande resultat särskilt är tillämpligt på en bestämmelse i vilken det görs åtskillnad på grundval av bosättningskriteriet. Det kriteriet riskerar att till största delen vara till förfång för medborgare från andra medlemsstater till följd av att de som inte är bosatta i en viss medlemsstat vanligtvis inte är medborgare i denna medlemsstat.[32]

63. Det har inte på allvar bestridits att kravet på huvudsakligt hemvist utgör en indirekt diskriminerande åtgärd.

Det andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet

64. Enligt min mening tycks däremot det andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet utgöra direkt diskriminering på grund av nationalitet.

65. Alla belgiska medborgare har *automatiskt* rätt att permanent uppehålla sig i Belgien (det första av de åtta möjliga kriterierna inom ramen för det andra kumulativa villkoret i artikel 1 i dekretet). De personer som inte är belgiska medborgare har inte automatiskt någon sådan rätt. Därför måste de antingen uppfylla vissa ytterligare villkor för att få en sådan rätt (nämligen de villkor som föreskrivs i direktiv 2004/38) eller uppfylla ett av de andra kriterier som anges i den bestämmelsen.[33]

66. Den kategori av personer som får en viss fördel (de som *automatiskt* har rätt att permanent uppehålla sig i Belgien och som således *automatiskt* uppfyller det andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet) sammanfaller följaktligen exakt med den kategori av personer som särskiljs enbart på grundval av en förbjuden klassificering (nationalitet, i det här fallet de personer som är belgiska medborgare). Den kategori av personer som drabbas av en motsvarande nackdel (de som *inte automatiskt* har en sådan rätt) sammanfaller exakt med den kategori av personer som särskiljs enbart på grundval av en förbjuden klassificering (nationalitet, i det här fallet de personer som inte är belgiska medborgare).

32 — Se dom av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-721), punkt 14 och där angiven rättspraxis, och av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, Bidar (REG 2005, s. I-2119), punkt 53. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2007 i mål C-212/05, Hartmann (REG 2007, s. I-6303), punkterna 30 och 31, samt domen i målet Petersen (ovan fotnot 23), punkterna 54 och 55.

33 — Se punkterna 38 och 39 ovan.

67. Särbehandlingen grundar sig klart på ett kriterium (rätten att permanent uppehålla sig i Belgien) som med nödvändighet är förbundet med en egenskap som inte går att särskilja från nationaliteten.[34] Den aktuella diskriminering på grund av nationalitet är därför direkt.

68. Det faktum att unionsmedborgare som inte är belgiska medborgare kan få rätt att permanent uppehålla sig i Belgien, om de uppfyller villkoren i direktiv 2004/38, påverkar inte den slutsatsen. Den direkta diskriminering består just i att rätten att permanent uppehålla sig i Belgien för *alla* personer som inte är belgiska medborgare, däribland alla andra unionsmedborgare, är *villkorad* av att de uppfyller antingen ett av de återstående kriterierna i det andra kumulativa villkoret eller villkoren i direktiv 2004/38. För belgiska medborgare är rätten med nödvändighet och automatiskt förbunden med att vara belgisk medborgare och följaktligen med en förbjuden klassificering: nationalitet.

69. Jag kommer fram till samma slutsats genom att tillämpa ”om inte”-testet. Låt oss ta exemplet med två potentiella studenter i veterinärmedicin, som både har avslutat sin gymnasieutbildning i Luxemburg, där deras föräldrar bor och arbetar. Båda vill studera i Belgien. Student A är belgisk medborgare. Student B är bulgarisk medborgare. Både flyttar in i ett studentrum i samma byggnad i Louvain-la-Neuve och bosätter sig där i början av läsåret 2008/2009 i avvaktan på antagningen. Båda kan därför styrka att de uppfyller kravet på huvudsakligt hemvist.

70. Student A kommer *automatiskt* att uppfylla det andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet. I egenskap av belgisk medborgare har han rätt att permanent uppehålla sig i Belgien. Han kommer därför att anses vara en ”student som är bosatt i Belgien” och ges obegränsat tillträde till utbildningen i veterinärmedicin. Student B kommer inte

34 — Jämför generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Schnorbus (ovan fotnot 29), punkt 33. I det målet gällde att om antalet ansökningar om antagning till notarietjänstgöring i Tyskland för en anställningsperiod översteg antalet tillgängliga utbildningsplatser, kunde antagningen senareläggas med upp till tolv månader. Denna bestämmelse gällde dock inte om senareläggningen skulle medföra särskilda svårigheter, vilket ansågs vara fallet när en sökande hade fullgjort tjänstgöringsplikt. Generaladvokaten slog med rätta fast att detta medförde indirekt diskriminering på grund av kön. Enligt gällande tysk rätt kunde kvinnor aldrig ges förtur enligt bestämmelsen i fråga medan en *övervägande majoritet* män kunde det. Detta följde direkt av att det tillämpade kriteriet – fullgörande av tjänstgöringsplikt – hänvisade till en skyldighet som enligt lag åligger samtliga män och endast män. Eftersom vissa män inte fullgjorde tjänstgöringsplikt och därför (liksom alla kvinnor) inte gavs förtur vid antagningen, sammanföll inte den kategori av personer som gavs en viss fördel (de som gavs förtur på grund av att de hade fullgjort tjänstgöringsplikt) exakt med den kategori av personer som särskildes enbart på grundval av en förbjuden klassificering (kön, i det här fallet män).

automatiskt att uppfylla detta villkor. Antagligen kommer han inte heller att uppfylla kraven i direktiv 2004/38. Såvida han inte av en händelse uppfyller antingen detta eller ett av de återstående kriterierna i det andra kumulativa villkoret (vilket, med hänsyn till omständigheterna, är osannolikt), kommer student B att omfattas av kvoteringsreglerna.

71. Det står klart att ”om inte” student A var belgisk medborgare så skulle han inte *automatiskt* ha uppfyllt det andra kumulativa villkoret.[35]

72. Det ska noteras att belgiska Conseil d'État, i sitt yttrande över utkastet till dekret, redan tycktes hysa vissa tvivel beträffande huruvida de föreslagna åtgärderna utgjorde direkt diskriminering – i varje fall påpekade den att i den nationella lagstiftning som var i fråga i målet kommissionen mot Österrike behandlades österrikiska studenter med slutbetyg från gymnasieutbildning som erhållits utanför Österrike på samma (ofördelaktiga) sätt som studenter från andra medlemsstater.[36]

73. I motsats till vad den belgiska regeringen gjorde gällande vid förhandlingen, stöder slutligen domstolens avgörande i målet Bidar inte påståendet att all diskriminering som beror på tillämpningen av det andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet är indirekt och inte direkt. I den brittiska lagstiftning som gav upphov till målet Bidar uppställdes det som villkor för rätten till studielån att i) personerna hade sitt ”hemvist” i Förenade kungariket i den mening som avses i nationell rätt och ii) uppfyllde vissa bosättningsvillkor.[37] Enligt gällande immigrationslagstiftning i Förenade kungariket hade personer sitt ”hemvist” i Förenade kunga-

35 — ”Om inte”-testet tillämpas vanligen på den person som diskrimineringen avser snarare än på den person som åtnjuter fördelen. I förevarande fall gäller även motsatsen, med vederbörliga ändringar, men är något mer klumpigt att uttrycka: om inte student B *inte* var belgisk medborgare, skulle också han ha haft rätt att permanent uppehålla sig i Belgien till följd av sin nationalitet, och också han skulle automatiskt uppfylla det andra kumulativa villkoret.

36 — Yttrande av belgiska Conseil d'États lagstiftningsavdelning, *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 50. Conseil d'État uppmärksammade även artiklarna 3 andra stycket och 7 andra stycket i utkastet till dekret, vari det föreskrevs att de aktuella begränsningarna skulle avskaffas om och när Frankrike avskaffade sina begränsningar för liknande utbildningar. Conseil d'État noterade i det avseendet följande: ”Sålunda har det återigen formulerats ett villkor som ligger mycket nära nationalitetskriteriet, med hänsyn till att det är *direkt riktat mot studenter som är franska medborgare*” (min kursivering). Dessa bestämmelser togs bort i den slutliga lydelsen av dekretet som antogs.

37 — Nämligen att de berörda personerna skulle vara bosatta i England eller Wales den första dagen på det första akademiska året och ha varit bosatta i Förenade kungariket eller på Kanalöarna under den treårsperiod som föregick den dagen, varvid de år som tillbringats i Förenade kungariket som studerande inte skulle medräknas.

riket om de var varaktigt bosatta där och inte omfattades av några som helst restriktioner i fråga om hur länge de kunde uppehålla sig i staten.[38] En medborgare i en annan medlemsstat kunde inte, i egenskap av studerande, anses ha hemvist i Förenade kungariket, eftersom han inte skulle uppfylla något av dessa båda krav.

74. Det är riktigt att ingen medborgare i Förenade kungariket (i likhet med en belgisk medborgare i Belgien) omfattas av någon restriktion i fråga om hur länge han kan uppehålla sig i Förenade kungariket. Det framgick dock klart av Förenade kungarikets svar på domstolens frågor i målet Bidar att brittiska medborgare, under vissa omständigheter, *också* kunde ha problem med det krav som avsåg ”varaktig bosättning” och därför inte anses ha ”hemvist” i Förenade kungariket.[39] Den kategori av personer som erhöll en viss fördel (de som ansågs ha hemvist i Förenade kungariket) sammanföll därför *inte* exakt med den kategori av personer som särskildes enbart på grundval av en förbjuden klassificering (nationalitet, i det fallet brittiskt medborgarskap).

75. Domstolen gjorde därför en riktig bedömning när den slog fast att diskriminering i målet Bidar var indirekt snarare än direkt. Eftersom Förenade kungarikets lagstiftning innebar att en medborgare i en annan medlemsstat inte kunde anses ha sitt hemvist i staten, i egenskap av studerande, och det således var omöjligt för denna person att få ett lån oavsett dennes faktiska grad av samhällsintegration i värdmedlemsstaten, gjorde dock domstolen processen kort med ”hemvistvillkoret”.[40]

76. Det ankommer givetvis på den nationella domstolen att avgöra vad som gäller enligt belgisk rätt. Om den emellertid skulle finna att alla belgiska medborgare automatiskt och utan undantag har rätt att permanent uppehålla sig i Belgien och således *automatiskt* uppfyller det andra kumulativa villkoret, medan alla andra, däribland alla andra unionsmedborgare, *inte automatiskt* har en sådan rätt, så innebär det andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet direkt diskriminering på grund av nationalitet, i strid med artikel 12 EG.

38 — Domen i målet Bidar (ovan fotnot 32), punkterna 14–18.

39 — Exempelvis skulle ett brittiskt barn till brittiska föräldrar, vilka hade arbetat i Österrike under de föregående tio åren, som hade avslutat sin gymnasieutbildning i Österrike inte ha rätt till studielån som bistånd till kostnaderna för uppehället i samband med påbörjandet av en utbildning i Cambridge.

40 — Domen i målet Bidar (ovan fotnot 32), punkterna 61 och 62.

Den första och den andra frågan

Kan det första kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet vara motiverat?

77. Genom den första och den andra frågan vill den nationella domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida dekretet kan vara motiverat av följande tre möjliga skäl: i) Att den massiva tillströmningen av utländska studenter blir alltför betungande för de offentliga finanserna, ii) att det riskerar att inverka menligt på utbildningens kvalitet, och iii) att vårdkvaliteten inom den franskspråkiga gemenskapens offentliga hälso- och sjukvårdssystem riskerar att äventyras på grund av bristen på medicinskt utbildad personal.

78. Svaret beror delvis på huruvida det är fråga om direkt eller indirekt diskriminerande behandling.[41] Det är klart fastställt att indirekt diskriminering i princip kan vara motiverad.[42] Hållningen är mycket mer restriktiv när det gäller direkt diskriminering.[43] Med hänsyn till att jag anser att det första kumulativa villkoret är indirekt diskriminerande och att det andra kumulativa villkoret är direkt diskriminerande, kommer jag att bedöma vart och ett av villkoren i tur och ordning.

79. Den belgiska regeringen har i hög grad stött sig på domstolens dom i målet Bidar, vilken den anser bekräftar att bosättningsvillkor vad gäller tillträde till utbildning är legitima, eftersom domen tillåter att värdstaten kräver att den potentiella studenten, genom ett sådant bosättningsvillkor, ska påvisa en viss grad av samhällsintegration i värdstaten.[44]

80. Det föreligger dock en väsentlig skillnad mellan *tillgång till ekonomiskt stöd* för att täcka kostnaderna för utbildning i en annan medlemsstat, vilken var i fråga i målet Bidar, och *tillträde till själva utbildningen* i andra medlemsstater, vilket är i fråga i förevarande mål.

81. I domen i målet Bidar beaktade domstolen med rätta de legitima intressen som medlemsstater har när de ställs inför ansökningar om ekonomiskt stöd från studenter från andra medlemsstater. Domstolen slog fast att medlemsstaterna ska iaktta en viss ekonomisk solidaritet med medborgarna i andra medlemsstater vid utformningen och

41 — Se punkt 36 ovan.

42 — Se punkterna 45–48 ovan.

43 — Se punkterna 128 och 131 nedan.

44 — Domen i målet Bidar (ovan fotnot 32), punkterna 57–59. Se allmänt, beträffande bosättning som ett eventuellt motiverat alternativ till nationalitet, Davies, G., "'Any Place I Hang My Hat?' or: Residence is the New Nationality", *European Law Journal*, 2005, s. 43–56.

tillämpningen av sitt socialhjälpssystem.[45] Medlemsstaterna får dock ”förvissa sig om att biståndet till uppehälle för studerande från andra medlemsstater inte blir en orimlig börda som kan få betydelse för nivån på det bistånd som staten totalt kan ge”.[46]

82. Möjligheten för en student i Europeiska unionen att få tillträde till högre utbildning och universitetsutbildning i en annan medlemsstat på samma villkor som medborgarna i den medlemsstaten utgör däremot själva kärnan i den princip om fri rörlighet för studenter som säkerställs genom fördraget.[47] Domstolens konstateranden beträffande bosättningsvillkor för ekonomiskt stöd i domen i målet Bidar går därför inte att överföra på förevarande mål.[48]

83. Det följer av fast rättspraxis att indirekt diskriminerande behandling på grund av nationalitet endast kan vara motiverad om den grundar sig på objektiva hänsyn som är oberoende av de berörda personernas nationalitet och som står i proportion till det legitima syfte som eftersträvas.[49]

84. Domstolen har också slagit fast att det ankommer på den nationella myndighet som åberopar ett undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet för personer att, i varje enskilt fall, bevisa att dess lagstiftning är nödvändig och proportionerlig i förhållande till det eftersträvade målet. De skäl som en medlemsstat kan åberopa för att motivera ”en begränsande åtgärd som medlemsstaten vidtagit skall åtföljas av en bedömning av lämpligheten och proportionaliteten av denna åtgärd [samt närmare uppgifter till stöd för dess argument]”.[50]

85. Enligt beslutet om hänskjutande anges det i förarbetena[51] till dekretet att det huvudsakliga syftet med de omtvistade bestämmelserna i dekretet är ”att garantera ett brett och demokratiskt tillträde till högre utbildning av god kvalitet för befolkningen i den franskspråkiga gemenskapen”. De omtvistade bestämmelserna grundar sig även på folkhälsoskäl. För det första skulle en sänkning av

45 — Domen i målet Bidar (ovan fotnot 32), punkt 56, vari det hänvisas till dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), punkt 44.

46 — Domen i målet Bidar, punkterna 56 och 57.

47 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 70.

48 — Se *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 54, vari belgiska Conseil d'États lagstiftningsavdelning uppmärksammande regeringen för den franskspråkiga gemenskapen på just denna fråga.

49 — Se dom av den 16 december 2008 i mål C-524/06, Huber (REG 2008, s. I-9705), punkt 75 och där angiven rättspraxis.

50 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 63 och där angiven rättspraxis.

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

utbildningens kvalitet på sikt sannolikt försämra vårdkvaliteten. För det andra har merparten av de studenter som inte är bosatta i Belgien inte för avsikt att utöva sitt yrke i Belgien, vilket riskerar att leda till en brist på yrkesutbildade. En sådan brist påstås vara ”ofrånkomlig” om det infördes ett urvalsförfarande före antagningen.

86. Enligt kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och den nationella domstolen ankommer det på EG-domstolen att uttala sig om huruvida de grunder som har anförts, om de anses styrkta, skulle kunna utgöra sakliga skäl för indirekt diskriminering. Om så är fallet ankommer det på den nationella domstolen att, på grundval av den bevisning som lagts fram, avgöra huruvida grunderna faktiskt ska anses styrkta.

En alltför betungande börda för de offentliga finanserna

87. Förarbetena till dekretet innehåller följande hänvisning till en alltför betungande börda för de offentliga finanserna som motivering:[52]

”Antalet personer som utexamineras på de [aktuella utbildningarna] i den franskspråkiga gemenskapens högre utbildningssystem överstiger klart behoven inom de aktuella branscherna i den franskspråkiga delen av Belgien. Den franskspråkiga gemenskapen kan inte bära den alltför betungande börda som de studenter som inte är bosatta i Belgien utgör. Dessa studenter kommer till den franskspråkiga gemenskapen för att studera enbart av det skälet att de inte har tillträde till sådana utbildningar i ursprungslandet och de har inte någon som helst avsikt att utöva sitt yrke i den franskspråkiga gemenskapen.”

88. Den första meningen, där det görs gällande att antalet studenter som utexamineras ”klart överstiger” behoven i den franskspråkiga gemenskapen, är inte direkt förenlig med den alternativa motivering som grundar sig på risken för att det offentliga hälso- och sjukvårdssystemet äventyras, vilken bygger på en eventuell framtida brist på utbildad vårdpersonal.[53]

89. Det argument som anförs i den andra meningen är i huvudsak rent ekonomiskt och är tvivelaktigt av följande skäl.

90. För det första ska det erinras om att det följer av fast rättspraxis att skäl av rent

52 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 9.

53 — Se vidare punkterna 114–126 nedan.

ekonomisk karaktär normalt sett inte kan utgöra tvingande skäl av allmänintresse som motiverar en begränsning av en grundläggande frihet som garanteras i fördraget.[54]

91. Det är riktigt att domstolen har godtagit att det inte kan uteslutas att risken för att den ekonomiska balansen i ett system för social trygghet allvarligt rubbas kan vara ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.[55] Ekonomiska skäl eller budgetskäl kan således, under särskilda omständigheter, anföras som motivering. Det kan delvis återspegla det ofrånkomliga faktum att varje offentlig tjänst som tillhandahålls av våra välfärdsstater är beroende av att det finns tillräckliga budgetmedel för att finansiera tjänsten.

92. Jag hyser dock samma betänkligheter som generaladvokaten Jacobs gav uttryck för när det gäller att tillämpa de uttalanden som domstolen gjort avseende de bördor som åligger de nationella systemen för social trygghet på området för högre utbildning. Sådana uttalanden innefattar dubbla avsteg: de innebär avsteg både från den grundläggande principen om fri rörlighet för personer och från de skäl som får åberopas för att motivera dessa avsteg (vilka, ur fördragets synvinkel, uteslutande är *icke*-ekonomiska). Motiveringar med hänvisning till ett ekonomiskt skäl ska därför bedömas med särskilt stor försiktighet.[56]

93. Generaladvokaten Jacobs föreslog även att om domstolen skulle utvidga omfattningen av studenters rätt till ekonomiskt bistånd utöver avgifter för kurs- och inskrivningsavgifter, bör även de skäl som medlemsstaterna kan åberopa som motivering för undantag utvidgas, i linje med rättspraxis avseende mottagare av sjukvårdstjänster.[57] I domen i målet Bidar utvidgade faktiskt domstolen omfattningen av studenters rätt till ekonomiskt bistånd till att omfatta lån för att täcka kostnader för uppehälle, och den godtog (parallellt) att studerande måste påvisa en

54 — Dom av den 17 mars 2005 i mål C-109/04, Kranemann (REG 2005, s. I-2421), punkt 34 och där angiven rättspraxis. Uttrycket ”raisons impérieuses d'intérêt général”, vilket systematiskt har använts av domstolen på franska, har översatts till engelska på flera olika sätt. Enligt min mening är ”overriding reasons in the public interest” den översättning som bäst återspeglar innebörden. Den användes nyligen exempelvis i dom av den 26 mars 2009 i mål C-326/07, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-2291), punkt 41.

55 — Se dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkt 41, och av den 12 juli 2001 i mål C-368/98, Vanbraekel (REG 2001, s. I-5363), punkt 47.

56 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 31. Se även punkterna 33–35 om varför högre utbildning skiljer sig väsentligt från nationella system för social trygghet (mest uppenbart på grund av att högre utbildning inte utgör en tjänst i den mening som avses i artikel 49 EG: se, i det avseendet, dom av den 27 september 1988 i mål 263/86, Humbel, REG 1988, s. 5365, punkterna 17, 18 och 19, och av den 7 december 1993 i mål C-109/92, Wirth, REG 1993, s. I-6447, punkterna 15–19).

57 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 46.

viss grad av integration i värdmedlemsstaten innan de kan beviljas ett sådant lån. Budgetskäl kan därför, med vissa begränsningar, motivera att tillgången till ekonomiskt stöd till utbildning begränsas.

94. Som jag redan har framhållit avser dock förevarande mål tillträde till utbildning, och inte tillgång till ekonomiskt stöd till utbildning, och domstolens avgörande i målet Bidar går därför inte att överföra på förevarande mål. Jag godtar inte att budgetskäl kan åberopas som motivering för att begränsa tillträdet till utbildning för studenter som inte är bosatta i landet. Jag anser snarare att domstolens uttalande i domen i målet Grzelczyk om att direktiv 93/96[58] ”medger … en viss ekonomisk solidaritet mellan medborgarna i värdmedlemsstaten och medborgarna i andra medlemsstater”,[59] vilket gjordes i samband med ekonomiskt bistånd till utbildning, *a fortiori* är tillämpligt på tillträde till utbildning.

95. För det andra tycks lagstiftaren i den franskspråkiga gemenskapen stödja sig på det välkända ”fripassagerarargumentet”: studenter som flyttar utomlands för att studera skördar frukterna av offentligt finansierad utbildning i värdmedlemsstaten utan att bidra till dess finansiering genom (deras föräldrars) nationella skatter och utan att nödvändigtvis själva ”betala tillbaka” genom att stanna i värdmedlemsstaten för att arbeta och bli skattebetalare där.[60] Det underförstådda argumentet är att berörda studenter som inte är belgiska medborgare gör sig skyldiga till något slags missbruk. Det är uppenbart att så inte är fallet. Studenter som flyttar till en annan medlemsstat för att studera där utövar sin rätt till fri rörlighet – en rätt som de, i egenskap av unionsmedborgare, ska åtnjuta utan någon diskriminering på grund av nationalitet.[61] Deras förmodade avsikter, vilka har åberopats av lagstiftaren i den franskspråkiga gemenskapen, är helt irrelevanta.[62]

96. Jag delar även de ståndpunkter som generaladvokaterna Jacobs och Geelhoed har gett uttryck för (i målet kommissionen mot

58 — Rådets direktiv 93/96/EEG av den 29 oktober 1993 om rätt till bosättning för studerande (EGT L 317, s. 59).

59 — Punkt 44 (ovan fotnot 45).

60 — Se generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 36.

61 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 45 och där angiven rättspraxis.

62 — Se domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 70, och (i samma anda) generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i samma mål, punkt 41. Domstolen har entydigt slagit fast att de skäl som får en arbetstagare från en medlemsstat att söka arbete i en annan medlemsstat saknar betydelse för dennes rätt att resa in till och att uppehålla sig på den senare statens territorium, förutsatt att han utför eller önskar utföra ett faktiskt och verkligt arbete där: se dom av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin (REG 1982, s. 1035; svensk specialutgåva, volym 6, s. 335), punkt 23, och av den 23 september 2003 i mål C-109/01, Akrich (REG 2003, s. I-9607), punkt 55.

Österrike respektive i målet Bidar), nämligen att även om studenter inte direkt bidrar till skattesystemet i den medlemsstat i vilken de bedriver sina universitetsstudier är de en inkomstkälla för den lokala ekonomin på universitetsorten, och också, i begränsad omfattning, för den nationella statskassan via indirekta skatter.[63] Om argumentet att endast de som har bidragit genom skatter bör tillåtas dra fördel av statsfinansierade förmåner drivs till sin spets så medför det att en medlemsstats egna medborgare som inte har bidragit på detta sätt, eller som endast har bidragit i ringa omfattning, är förhindrade att begära sådana förmåner.[64]

97. För det tredje framgår det inte av den förklaring som har getts av den franskspråkiga gemenskapen, såsom den framgår av beslutet om hänskjutande och av Belgiens yttranden vid domstolen, på vilket sätt den ekonomiska börda som dessa kategorier av studenter medför för den franskspråkiga gemenskapen är ”alltför betungande” eller hur dekretet löser det påstådda problemet.[65] Snarare förefaller det som om högre utbildning finansieras genom ett system med fast tilldelning av budgetmedel. Om jag har förstått saken rätt, så innebär det att en minskning av antalet studenter (oavsett nationalitet) inte medför någon motsvarande besparing för den franskspråkiga gemenskapen. En ökning eller minskning av antalet studenter påverkar inte budgeten.

98. Slutligen vill jag påpeka att sökandena har, vid Cour constitutionnelle, gjort gällande att alla studenter som inte är bosatta i Belgien bör antas till den utbildning som de har valt, men att de inte nödvändigtvis ska beviljas ekonomiskt stöd. Den belgiska regeringen har i sina skriftliga yttranden till domstolen bemött detta genom att uppge att ett sådant förslag ”inte skulle göra det möjligt att uppnå [dekretets] mål, vilka trots allt inte är av ekonomisk karaktär”.

99. För att göra en sammanfattning vad beträffar det första skäl som den belgiska regeringen har anfört: Jag godtar inte att risken för en alltför betungande börda för de offentliga finanserna i princip ska kunna åberopas som skäl för indirekt diskriminering

63 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), fotnot 29. Se i detta avseende uttalanden av Rémy, studierektor för den paramedicinska och pedagogiska utbildningen vid Haute École provinciale du Hainaut occidental, vilken betonar de positiva konsekvenserna av förekomsten av utländska studenter: ”Den omfattande förekomsten av franska studenter har gjort det möjligt för oss att vidga vyerna. En hel rad projekt har utvecklats tack vare framgångarna med våra sjukgymnast- och arbetsterapeututbildningar, vilka garanterar oss en god finansieringsnivå, exempelvis vad gäller forskning och fortbildning. Allt detta kommer tyvärr att försvinna” (”C’est une vraie catastrophe pour notre école”, *La Libre*, den 3 februari 2006).

64 — Generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i målet Bidar (ovan fotnot 32), punkt 65. Se, redan i samma anda, generaladvokaten Slynns förslag till avgörande i målet Gravier (ovan fotnot 8), s. 604.

65 — Detta påpekades även i *Avis du Corps interfédéral de l’inspection des finances* av den 31 januari 2006, som ingår bland handlingarna i målet, s. 5.

vad gäller tillträde till utbildning. Jag anser inte heller (för det fall ett sådant skäl, tvärtemot min uppfattning, teoretiskt sett kan åberopas av en medlemsstat) att det har styrkts i förevarande mål.

Äventyrandet av utbildningens kvalitet

100. I förarbetena till dekretet åberopas vidare följande alternativa motivering:[66]

”Förutom den ekonomiska bördan ... föreligger också ett problem med utbildningens kvalitet. Om det finns för många studenter är det omöjligt att garantera dem en lämplig utbildningsram, både i kvantitativt och kvalitativt hänseende. Det finns inte heller obegränsade möjligheter till praktiktjänstgöring i en yrkesmiljö.”

101. Vid den nationella domstolen gjorde den franskspråkiga gemenskapen gällande att dekretet är inriktat på de ”oönskade följderna av oinskränkt rörlighet”, nämligen att ett ständigt ökande antal studenter som inte är bosatta i Belgien hotade utbildningens kvalitet till nackdel för alla studenter. Lärosätena hade en begränsad kapacitet att ta emot studenter. Antalet lärare, budgeten och möjligheterna till praktik var begränsade.

102. Både studenter och akademiker är bekanta med problemet med överfulla kurser. Det utgör ett legitimt intresse. Domstolen har funnit att ”skydda eller förbättra utbildningssystemen”[67] och att ”säkerställa att universitetsutbildningen håller en hög kvalitet”[68] utgör legitima syften enligt fördraget. Inskränkningar som grundar sig på dessa skäl måste dock uppfylla kravet på proportionalitet: de måste vara ägnade att uppnå det eftersträvade målet och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.[69]

103. Av handlingarna i målet framgår att antagandet av dekretet huvudsakligen baserades på statistik som visade en ökning av antalet antagna studenter med slutbetyg från

66 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 9. Se punkt 87 ovan.

67 — Domen i målet Lyyski (ovan fotnot 8), punkt 39.

68 — Dom av den 13 november 2003 i mål C-153/02, Neri (REG 2003, s. I-13555), punkt 46.

69 — Domen i målet Neri, punkt 46.

gymnasieutbildning som inte hade erhållits i Belgien. Ökningen varierar betydligt mellan de olika utbildningar som omfattas av dekretet.[70] Sifferuppgifter över antalet studenter som inte är bosatta i Belgien och som är antagna till de aktuella utbildningarna fanns inte tillgängliga före antagandet av dekretet. På det hela taget får man klart intrycket av att lagstiftningen om kvoterad antagning av studenter som inte är bosatta i Belgien till ett antal utbildningar med tämligen olika inriktningar infördes på grundval av ganska ofullständig information om vissa aspekter av studentantagningen till vissa av dessa utbildningar. Det kan inte anses tillåtet. För att undvika missförstånd bör det klargöras att jag inte menar att den franskspråkiga gemenskapen var tvungen att passivt vänta till dess att betydande skada hade uppstått för specifika sektorer av dess högre utbildningssystem innan den vidtog några åtgärder. Vad jag menar är snarare att det särskilda underlag som skulle föranleda en försiktig lagstiftare att med fog anse att ett specifikt och spirande problem måste kvävas i sin linda (och att följaktligen specialinriktade åtgärder var nödvändiga och proportionerliga) – såvitt jag kan se av de handlingar som lagts fram vid domstolen – helt enkelt inte fanns till hands och/eller inte undersöktes när dekretet antogs.

104. Vidare anser jag att om studentantalet är ett problem, så blir det inte mer eller mindre problematiskt beroende på var de extra studenterna kommer ifrån. Problemet är ett alltför stort studentantal *i sig*, och inte ett alltför stort antal studenter *som inte är bosatta i Belgien*. Det förefaller snarare som om avsikten med dekretet var att behålla ett obegränsat tillträde till högre utbildning för belgiska medborgare, och samtidigt göra det svårare för de utländska studenter (vilka huvudsakligen kommer från Frankrike) för vilka den franskspråkiga gemenskapens högre utbildningssystem utgör ett naturligt alternativ att få tillträde till detta system. Ett sådant syfte är klart diskriminerande till sin natur och oförenligt med fördragets mål.[71]

105. Domstolen har redan slagit fast att en alltför omfattande efterfrågan på tillträde till vissa utbildningar lagenligt kan åtgärdas genom att särskilda icke-diskriminerande åtgärder vidtas, såsom införandet av antagningsprov eller krav på en lägsta betygsnivå för antagning. Sådana åtgärder är förenliga med artikel 12 EG.[72]

106. Det kan hända att enskilda medlemsstater vill behålla ett obegränsat fritt tillträde till högre utbildning. Det står dem naturligtvis helt fritt att göra det. Om de gör det måste de dock vara beredda att ge *alla* studerande i

70 — I de kommentarer till statistikuppgifterna som finns med bland handlingarna i målet påpekas uttryckligen att ökningen av antalet studenter med ett utländskt slutbetyg från gymnasieutbildning går att hänföra uteslutande till två utbildningar, nämligen i "sjukgymnastik och rehabilitering" samt i "veterinärmedicin".

71 — Se, analogt, generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 30.

72 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 61. Se även generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i samma mål, punkt 52.

Europeiska unionen obegränsat fritt tillträde, oavsett nationalitet. Varje medlemsstat åläggs genom artikel 12 EG att säkerställa att en annan medlemsstats medborgare som befinner sig i en situation som regleras av gemenskapsrätten behandlas exakt på samma sätt som statens egna medborgare.[73] Ställningen som unionsmedborgare är avsedd att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare så att medborgare som befinner sig i samma situation behandlas lika i rättsligt hänseende, oberoende av nationalitet.[74] Fritt tillträde till utbildning kan inte betyda ”fritt tillträde – men endast för våra egna medborgare”.

107. En restriktiv policy vad gäller tillträde till vissa utbildningar (som den policy som tillämpas av Frankrike) är i princip också godtagbar. Det alternativet står lika öppet för medlemsstaterna som alternativet med obegränsat tillträde. Belgien har faktiskt inte alls gjort gällande att Frankrike har åsidosatt EG-fördraget genom att agera på det sätt som det gör. Det framgår av fast rättspraxis att även om en annan medlemsstat kanske åsidosätter gemenskapsrätten, så kan det inte legitimera att en annan medlemsstat vidtar tillrättaläggande åtgärder eller skyddsåtgärder som i annat fall vore otillåtna.[75] Detta gäller särskilt om en medlemsstat vidtar diskriminerande åtgärder för att motverka sidoeffekterna av en annan medlemsstats legitima val av policy.

108. Enligt min mening framstår det som mycket möjligt att genomförandet av mindre diskriminerande åtgärder kan innebära att det nuvarande systemet med obegränsat allmänt tillträde till högre utbildning för alla belgiska medborgare överges. Jag kan mycket väl förstå att det kommer att anses som icke önskvärt och att det vore bättre om flödet av studenter över gränserna (i den mån det krävs) reglerades på gemenskapsnivå.[76] I avsaknad av ett sådant system återspeglar dock det faktum att sådana ändringar kan komma att krävas nödvändigheten av att iaktta de skyldigheter som följer av likabehandlingsprincipen i fördraget.[77]

109. Belgien och vissa andra medlemsstater som ställts inför liknande situationer har

73 — Dom av den 6 juni 2002 i mål C-360/00, Ricordi (REG 2002, s. I-5089), punkt 31.

74 — Domen i målet Grzelczyk (ovan fotnot 45), punkt 31, och domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 45 och där angiven rättspraxis.

75 — Dom av den 20 oktober 2005 i mål C-111/03, kommissionen mot Sverige (REG 2005, s. I-8789), punkt 66 och där angiven rättspraxis.

76 — Se punkterna 151–153 nedan.

77 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 53.

försökt hävda att de har en utsatt ställning som är unik.[78]

110. De problem som har uppstått för den franskspråkiga gemenskapen i Belgien och för den österrikiska regeringen till följd av den massiva tillströmningen av antalet utländska studenter som kan eller vill studera på franska respektive tyska är faktiskt inte specifika för Belgien och Österrike. Även andra medlemsstater kan upptäcka att de måste hantera en massiv tillströmning av studenter från andra medlemsstater som beror på ett gemensamt språk eller något annat särskilt skäl.[79]

111. I förarbetena till dekretet[80] anges att ett antagningsprov (den självklara och neutrala lösningen på vad som uppfattas som ett hot mot utbildningens kvalitet på grund av ett alltför stort studentantal)[81] skulle gynna de studenter som, tack vare en privilegierad social bakgrund eller av andra skäl, är bäst förberedda för de avsedda studierna. Detta påstående stöds inte av någon empirisk bevisning som har ingetts till domstolen. Om så är fallet, anser jag att det måste finnas andra lämpliga åtgärder för att avhjälpa detta. Problemet i sig kan inte motivera att man tillgriper diskriminerande åtgärder som strider mot gemenskapsrätten.

112. Det är möjligt att det kan uppstå situationer där det visar sig föreligga ett verkligt, allvarligt och överhängande hot mot kvaliteten på universitetsutbildning inom ett visst område. I ett sådant fall kanske domstolen vill ompröva huruvida det i princip kan föreligga sakliga skäl för indirekt diskriminerande åtgärder för att motverka ett sådant hot. Även om det teoretiskt sett skulle kunna föreligga ett sådant skäl (en fråga som jag uttryckligen lämnar öppen), är de uppgifter som domstolen har tillgång till i förevarande fall långtifrån tillräckliga för att kunna motivera diskriminerande behandling.

113. Jag anser därför att de åtgärder som vidtogs i det aktuella dekretet inte kan anses

78 — Särskilt Österrike i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7).

79 — Enligt statistik från OECD för år 2006 (som finns tillgänglig på webbplatsen www.oecd.org) hade Belgien 40 607 studenter som inte var belgiska medborgare av en sammanlagd befolkning på 10 511 382 personer (ett förhållande på 1:258,8). Som jämförelse hade Danmark 19 123 studenter som inte var danska medborgare av en sammanlagd befolkning på 5 427 459 personer (ett förhållande på 1:283,8), Sverige hade 41 410 studenter som inte var svenska medborgare av en sammanlagd befolkning på 9 047 752 personer (ett förhållande på 1:218,4), och Förenade kungariket hade 418 353 studenter som inte var brittiska medborgare av en sammanlagd befolkning på 60 412 870 personer (ett förhållande på 1:144,4). Med hänsyn till utbredningen av engelskspråkiga studier är sistnämnda uppgift knappast överraskande. Det är dock inte möjligt att ange hur stor andel av de studenter som inte är medborgare i landet som är tredjelandsmedborgare, vars tillträde till högre utbildning lagligen får begränsas.

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

81 — Se punkt 105 ovan och domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 61.

motiverade på grundval av den uppfattade risken för att universitetsutbildningens kvalitet i den franskspråkiga gemenskapen skulle äventyras.

Kvaliteten på det offentliga hälso- och sjukvårdssystemet

114. Det sista skäl som har anförts är att för få studenter som är bosatta inom den franskspråkiga gemenskapen (till skillnad från studenter som inte är bosatta där) erhåller utbildningsbevis inom vissa specialiteter. På längre sikt kanske det därför inte kommer att finnas tillräckligt med medicinskt utbildad personal för att kunna garantera vårdkvaliteten inom den franskspråkiga gemenskapens offentliga hälso- och sjukvårdssystem.

115. Förarbetena till dekretet är i det avseendet inriktade på veterinärmedicin. Det framgår att den franskspråkiga gemenskapen anordnade ett antagningsprov till utbildningen i veterinärmedicin åren 2003, 2004 och 2005. I uttagningsprovet för år 2005 hade endast 192 av totalt 795 sökande slutbetyg från gymnasieutbildning som erhållits i den franskspråkiga gemenskapen. Av de 250 sökande som klarade provet (det antal som hade fastställts av lagstiftaren) hade 216 erhållit sitt slutbetyg från gymnasieutbildning utomlands. Det innebär att endast 34 inhemska sökande kunde påbörja sin utbildning i veterinärmedicin.[82] Lagstiftaren har dragit följande slutsatser:[83]

”Antalet är klart otillräckligt. Om inte åtgärder vidtas riskerar den franskspråkiga gemenskapen att drabbas av en brist på veterinärer. Det finns en betydande risk för att det otillräckliga antalet veterinärer inte kommer att uppvägas av veterinärer från andra stater, på grund av de begränsningar som gäller i andra länder. Det är uppenbart att en sådan brist på veterinärer sannolikt kommer att utgöra ett mycket allvarligt hot mot folkhälsan.”

116. I samband med fördragsbrottsförfaranden kräver domstolen en grundlig utvärdering av den risk som medlemsstaten anser föreligga när den åberopar det undantag som avser folkhälsa i artikel 30 EG.[84] En liknande nivå på prövningen är tillämplig

82 — Jag noterar att det, även om alla 192 sökande som erhållit sina slutbetyg från gymnasieutbildning i den franskspråkiga gemenskapen hade klarat provet, fortfarande skulle saknas sådana sökande för att fylla de 250 tillgängliga platserna.

83 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 5.

84 — Se exempelvis dom av den 12 mars 1987 i mål 178/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1987, s. 1227; svensk specialutgåva, volym 9, s. 37), av den 5 februari 2004 i mål C-24/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-1277), punkt 54, och av den 23 september 2003 i mål C-192/01, kommissionen mot Danmark (REG 2003, s. I-9693), punkt 47.

i mål om förhandsavgörande,[85] även om det givetvis ankommer på den nationella domstolen att slutligt fastställa de faktiska omständigheterna.

117. Enligt min mening tyder de uppgifter som Belgien har tillhandahållit i handlingarna i målet på att den riskutvärdering som ligger till grund för det folkhälsoskäl som görs gällande långtifrån når upp till erforderlig nivå.

118. För det första tycks den potentiella bristen på veterinärer, såsom framgår av den belgiska regeringens skriftliga yttranden, ha skapats genom det system som den franskspråkiga gemenskapen själv införde – nämligen minskningen av antalet studenter i veterinärvetenskap för att säkerställa utbildningens kvalitet. Begreppsmässigt är det (minst sagt) underligt att åtgärder som vidtas för att upprätthålla utbildningens kvalitet (ett skäl som i vederbörlig ordning anfördes till stöd för de diskriminerande åtgärder som vidtogs) samtidigt föranleder den belgiska regeringen att åberopa den potentiella bristen på lämpligt utbildad vårdpersonal.

119. För det andra tyder handlingarna i målet på att det uppfattade potentiella framtida problemet kan hänföras till någon kombination av (i vart fall) följande faktorer: i) En brist på sökande som erhållit sina slutbetyg från gymnasieutbildning i den franskspråkiga gemenskapen och som vill studera till veterinärer *och* som är tillräckligt duktiga för att få en av de 250 platserna till utbildning i veterinärvetenskap i konkurrens med andra sökande från Europeiska unionen. ii) En presumtion att flertalet av de studenter som antas till utbildningarna i veterinärvetenskap och som *inte* har erhållit sina slutbetyg från gymnasieutbildning i den franskspråkiga gemenskapen, automatiskt kommer att återvända till sina ursprungsmedlemsstater efter avslutad utbildning. Av dessa tycks den första faktorn ha visst stöd i statistiken,[86] medan den andra faktorn enbart är en presumtion. Närmare bestämt utgår denna presumtion från antagandet att veterinärer som inte är belgiska medborgare i regel kommer att återvända till sina egna medlemsstater efter avlagd examen, *oavsett* de lokala arbetstillfällena. Man skulle ha kunnat tro att, om det uppstod en brist på utbildade veterinärer i den franskspråkiga delen av Belgien, en sådan brist (tvärtom) skulle föranleda en reaktion (från marknadens eller myndigheternas sida) som skulle göra lokala arbetstillfällen mer attraktiva och uppmuntra vissa nyutexaminerade veterinärer som inte är belgiska medborgare

85 — Se exempelvis dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), punkterna 112–124.

86 — Se sifferuppgifterna i punkt 115 och fotnot 82 ovan.

att påbörja sin yrkeskarriär i den medlemsstat där de fått sin utbildning.

120. För det tredje har varken den franskspråkiga gemenskapen eller den federala regeringen (eller båda tillsammans)[87] de regleringsverktyg som krävs för att lösa det potentiella problemet. De möjliga lösningar som nämns bland handlingarna i målet innefattar en anpassning av antalet veterinärer som får utexamineras varje år eller som antas till den andra (kliniska) delen av utbildning i veterinärmedicin,[88] samarbete mellan gymnasieskolor och fakulteter för att anpassa nivån på universitetsförberedande utbildning för att säkerställa att tillräckligt många belgiska medborgare uppfyller kraven i ett prov som fastställs till en lämplig nivå, och införandet av ett förberedande studieår för att bättre förbereda potentiella veterinärer för den faktiska universitetsutbildningen.[89]

121. Jag förstår att genomförandet av sådana åtgärder kan medföra praktiska svårigheter. Det följer dock av fast rättspraxis att sådana svårigheter inte i sig kan rättfärdiga ett åsidosättande av en frihet som garanteras i fördraget.[90]

122. Vidare noterade belgiska Conseil d'États lagstiftningsavdelning att de erfarenheter som gjorts inom veterinärmedicin inte nödvändigtvis omfattar andra utbildningar. Trots den federala kvot som gäller för sjukgymnastikutbildningen tycks exempelvis antalet utexaminerade sjukgymnaster som vill utöva sitt yrke i Belgien nära överensstämma med behovet av detta yrke, enligt den federala regeringens uppskattningar.[91]

87 — Vid förhandlingen gjorde sökandena gällande att folkhälsa faktiskt inte omfattas av den franskspråkiga gemenskapens behörighet, utan av den federala regeringens behörighet, och att de nödvändiga förfarandena enligt belgisk konstitutionell rätt för att vidta en åtgärd som syftar till att skydda folkhälsan inte följdes i detta fall. Det ankommer på den nationella domstolen att ta ställning till den frågan.

88 — Det framgår att det uttagningsprov för veterinärstuderande som har orsakat problem i hög grad infördes på grund av det alltför stora antalet studenter i den andra delen av utbildningen: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 5 och 6.

89 — Detta föreslogs av Claude Ancion, ledamot av den franskspråkiga gemenskapens parlament, i en fråga till ministern för högre utbildning, vetenskaplig forskning och internationella relationer: *Compte rendu intégral*, Parlement de la Communauté française, 2004–2005, den 13 oktober 2005, s. 53 (det hänvisas till frågan och ministerns svar i förarbetena till dekretet: *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 9, fotnot 8).

90 — Dom av den 27 november 2008 i mål C-418/07, Papillon (REG 2008, s. I-8947), punkt 54 och där angiven rättspraxis. Detsamma gäller ekonomiska svårigheter, vilka det ankommer på medlemsstaterna att övervinna genom att vidta lämpliga åtgärder: se dom av den 5 juli 1990 i mål C-42/89, kommissionen mot Belgien (REG 1990, s. I-2821), punkt 24.

91 — *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2005/2006, nr 263/1, s. 53 och 56. De senast tillgängliga uppgifterna från Eurostat (år 2007) visar att Belgien har ett nationellt genomsnitt på 242,7 sjukgymnaster per 100 000 invånare. Regionen Vallonien i Belgien har 268 sjukgymnaster per 100 000 invånare (och så mycket som 416,9 per 100 000 invånare i provinsen Brabant Vallonien). Huvudstadsregionen Bryssel har 218,1 sjukgymnaster per 100 000 invånare. Detta ska jämföras med ett nationellt genomsnitt på 104 sjukgymnaster per 100 000 invånare i Frankrike och 103 sjukgymnaster per 100 000 invånare i Tyskland (Eurostats uppgifter för år 2006). Hälso- och sjukvårdsministern har uppgett att provet i slutet av sjukgymnastutbildningen (vilket möjliggör för sjukgymnasterna att tilldelas ett nummer av Belgiens nationella institut för sjuk- och invaliditetsförsäkring som ger deras patienter rätt till ersättning från deras sjukförsäkring) måste avskaffas – eventuellt för att ersättas av ett prov i början av utbildningen: Note de Politique Générale de la Vice-première Ministre et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, *Doc. parl.*, Chambre, 2008–2009, nr 1529/5, s. 16.

123. För det fjärde är ”de kunskaper som en studerande skaffar sig under sina högre studier i allmänhet inte ... avsedda för en viss geografisk arbetsmarknad”.[92] Personer som inte är bosatta i Belgien och som erhåller ett utbildningsbevis i den franskspråkiga gemenskapen skulle därför, genom lämpliga incitament, kunna uppmuntras att påbörja sin yrkeskarriär i den region där de studerade.

124. Dessa påpekanden gäller i tillämpliga delar även andra utbildningar som det omtvistade dekretet avser.

125. Med avseende på eventuella skäl som avser folkhälsa förefaller dekretet i huvudsak ha varit preventivt. Såvida inte betydligt tyngre vägande uppgifter än dem som åberopats vid domstolen läggs fram vid den nationella domstolen, kan enligt min mening kravet på proportionalitet inte anses uppfyllt.[93] När det är fråga om diskriminerande behandling som en försiktighetsåtgärd mot ett uppfattat framtida problem, måste proportionalitetsprövningen göras med särskild försiktighet.

126. På grundval av handlingarna i målet anser jag att det omtvistade dekretet inte kan anses motiverat på grundval av att för få studenter som är bosatta inom den franskspråkiga gemenskapen erhåller utbildningsbevis för att det i längden ska finnas tillräckligt med medicinskt utbildad personal för att kunna garantera vårdkvaliteten inom det offentliga hälso- och sjukvårdssystemet i denna gemenskap.

Slutsats vad gäller det första kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet

127. Härav följer att det (indirekt diskriminerande) bosättningsvillkoret i artikel 1 första stycket i dekretet inte kan anses motiverat av något av de skäl som åberopats av Belgien.

92 — Domen i målet Bidar (ovan fotnot 32), punkt 58.

93 — Se analogt generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 51.

Den andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet

128. Såvitt jag vet har domstolen aldrig slagit fast att en åtgärd som innebär direkt diskriminering på grund av nationalitet i strid med artikel 12 EG kan anses motiverad.[94] Jag har tidigare angett varför jag anser att det andra villkoret i det omtvistade dekretet utgör direkt diskriminering.[95]

129. Den ståndpunkt som domstolen hittills har intagit framstår som logisk. Direkt diskriminering på grunder som är förbjudna enligt fördraget strider i så hög grad mot själva tanken med en europeisk union att den endast kan tillåtas om det finns mycket goda skäl. Enligt fast rättspraxis kan sådan diskriminering endast anses motiverad på grundval av uttryckliga undantag i fördraget.[96] Det finns inte något sådant undantag i fördraget från det *allmänna* förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i artikel 12 EG.[97]

130. Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet har en oerhört stor symbolisk betydelse. Som generaladvokaten Jacobs så vältaligt uttryckte det, visar förbudet att gemenskapen ”inte bara är en handelsöverenskommelse mellan regeringarna i medlemsstaterna, utan ett gemensamt projekt som alla medborgare i Europa kan delta i som individer. ... Ingen annan aspekt av gemenskapsrätten berör den enskilde mer direkt eller bidrar mer till att skapa känslan av en gemensam identitet och ett delat öde, utan vilka den ’allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken’ som proklameras

94 — Vad beträffar mål där domstolen, efter att ha konstaterat att det förekommit direkt diskriminering på grund av nationalitet, inte gått över till att undersöka eventuella skäl för detta, se exempelvis domen i målet Gravier (ovan fotnot 8), punkterna 15, 25 och 26, dom av den 2 februari 1989 i mål 186/87, Cowan (REG 1989, s. 195; svensk specialutgåva, volym 10, s. 1), punkt 10, och av den 20 oktober 1993 i de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins m.fl. (REG 1993, s. I-5145; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-351), punkterna 32 och 33. Generaladvokaten Kokott påpekade med rätta i sitt förslag till avgörande i mål C-164/07, Wood (REG 2008, s. I-4143) (i punkt 42 och fotnot 11), att även om det är tveksamt om en nationell bestämmelse som innebär direkt diskriminering på grund av nationalitet över huvud taget kan anses motiverad, så kan tecken på att det finns en teoretisk möjlighet att motivera direkt diskriminering utläsas ur flera domar (exempelvis domen i målet Ricordi (ovan fotnot 73), punkt 33, dom av den 2 oktober 1997 i mål C-122/96, Saldanha och MTS, REG 1997, s. I-5325, punkt 26 och följande punkter, och dom av den 20 mars 1997 i mål C-323/95, Hayes, REG 1997, s. I-1711, punkt 24).

95 — Se punkterna 64–76 ovan.

96 — Se exempelvis undantaget från den fria rörligheten för arbetstagare i artikel 39.4 EG (anställning i offentlig tjänst) och undantaget från etableringsfriheten i artikel 45 EG (utövandet av offentlig makt) – som bekant tillämpas dessa undantag mycket restriktivt. Se även dom av den 18 juli 2007 i mål C-490/04, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6095), punkt 86 och där angiven rättspraxis.

97 — Se dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691), punkt 64, där domstolen slog fast följande: ”Eftersom särbehandlingen i fråga faller inom fördragets tillämpningsområde, kan den inte anses vara berättigad. Det rör sig nämligen om en diskriminering som sker direkt på grund av sökandens nationalitet ...” Det är riktigt att domstolen därefter tillade följande: ”och dessutom har ingen omständighet som skulle kunna berättiga denna särbehandling åberopats vid domstolen.” Jag tolkar dock detta som en reflektion som inte undergräver den klara innebörden av det första uttalandet.

i ingressen till fördraget skulle bli tomma ord.”[98]

131. Om domstolen trots det skulle vara beredd att överväga tanken att direkt diskriminering på grund av nationalitet som omfattas av artikel 12 EG i princip kan anses motiverad, hänvisar jag till skälen (som angetts ovan) till att jag anser att det indirekt diskriminerande första kumulativa villkoret i det omtvistade dekretet inte kan anses motiverat. Dessa påpekanden gäller *a fortiori* det direkt diskriminerande andra kumulativa villkoret i dekretet.

Slutsats vad gäller det andra kumulativa villkoret i artikel 1 första stycket i dekretet

132. Härav följer att bestämmelserna i artikel 1 första stycket i dekretet (varigenom en belgisk medborgare *automatiskt* uppfyller det andra kumulativa villkoret på grund av att han innehar rätten, vilken inte går att särskilja från hans nationalitet, att permanent uppehålla sig i Belgien, medan alla som inte är belgiska medborgare – däribland alla andra unionsmedborgare – antingen måste uppfylla ett av de sju andra kriterier som föreskrivs däri eller uppfylla kraven i direktiv 2004/38) inte kan anses motiverade.

Svaret på den första och den andra frågan

133. Att godta de inskränkningar som den franskspråkiga gemenskapen har infört vore att tillåta att medlemsstaterna avskärmar sina system för högre utbildning.[99] Domstolen bör därför vara mycket försiktig med att godta att tillträdet till högre utbildning får inskränkas ens genom indirekt diskriminerande åtgärder som uppfyller kravet på proportionalitet (vilket, såvitt framgår av handlingarna i målet, de belgiska åtgärderna inte gör). Den bör inte vara beredd att stödja åtgärder som på den grunden direkt diskriminerar för ett sådant syfte.

134. Jag anser därför att artiklarna 12 första stycket EG och 18.1 EG, jämförda med

98 — Förslaget till avgörande i de förenade målen Phil Collins m.fl. (ovan fotnot 94), punkt 11.

99 — Se analogt generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 7), punkt 53.

artiklarna 149.1 EG, 149.2 andra strecksatsen EG och 150.2 tredje strecksatsen EG, ska tolkas så, att de utgör hinder för sådana åtgärder som dem som föreskrivs i Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, vilket antogs av Belgiens franskspråkiga gemenskap.

Den tredje frågan

135. Den nationella domstolens tredje fråga avser huruvida svaret på den första frågan ändras om den franskspråkiga gemenskapen – mot bakgrund av artikel 149.1 EG *in fine* och artikel 13.2 c i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter,[100] som innehåller en ”stand-still”-klausul – väljer att bibehålla ett brett och demokratiskt tillträde till högre utbildning av god kvalitet för befolkningen i denna gemenskap.

136. Domstolen har slagit fast att den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter[101] förekommer bland de internationella instrument rörande skyddet för de mänskliga rättigheterna som domstolen tar hänsyn till vid tillämpningen av gemenskapsrättens allmänna principer.[102] Enligt min mening bör detta gälla även den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, vilken liksom den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter är bindande för varje enskild medlemsstat.[103]

137. Den nationella domstolen har korrekt påpekat att artikel 13.2 c i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter innehåller en ”stand-still”-klausul, eftersom det däri föreskrivs att högre utbildning ”gradvis [ska] göras kostnadsfri”.

138. I de allmänna kommentarerna till denna bestämmelse anges att diskrimineringsförbudet i artikel 2.2 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter ”varken är avhängigt ett gradvist genomförande eller tillgängliga resurser. Det är tillämpligt fullt ut och omedelbart på alla aspekter av utbildning och omfattar alla internationellt förbjudna grunder för diskriminering”.[104] Som exempel anges i de

100 — Se fotnot 4.

101 — Konventionen antogs och stod öppen för undertecknande, ratificering och anslutning genom Förenta nationernas generalförsamlings resolution 2200A (XXI) av den 16 december 1966. Konventionen trädde i kraft den 23 mars 1976, i enlighet med artikel 49 i konventionen.

102 — Se dom av den 14 februari 2008 i mål C-244/06, Dynamic Medien (REG 2008, s. I-505), punkt 39, och av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet (REG 2006, s. I-5769), punkt 37 och där angiven rättspraxis.

103 — Se analogt domen i målet parlamentet mot rådet (ovan fotnot 102), punkt 37.

104 — Allmänna kommentarer beträffande rätten till utbildning (artikel 13), E/C.12/1999/10 (nedan kallade E/C.12/1999/10), punkt 31 (se även punkt 43).

allmänna kommentarerna att ”kränkningar av artikel 13 innefattar följande: införandet av eller underlåtenhet att avskaffa lagstiftning som på utbildningsområdet diskriminerar enskilda eller grupper på någon av de förbjudna grunderna”.[105] I artikel 2.2 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter anges ”nationell eller social härkomst” bland de förbjudna grunderna.

139. Artikel 13 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter utgör – väsentligen – en bestämmelse som förbjuder diskriminering, på en förbjuden grund, vad gäller tillträde till utbildning. Försöket att stödja sig på artikel 13.2 c i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter för att motivera en åtgärd som klart diskriminerar på en av de grunder som uttryckligen är förbjudna både enligt artikel 12 EG och artikel 2.2 i nämnda konvention är därför oförklarligt.[106] (Sökandena i målet vid den nationella domstolen har faktiskt till viss del åberopat artikel 13 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter för att ifrågasätta det omtvistade dekretet.)

140. För fullständighetens skull ska det tilläggas att det i de allmänna kommentarerna till artikel 13.2 c i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter också anges följande: ”Utbildning över grundskolestadiet ’skall tillhandahållas och göras tillgänglig för var och en’, medan högre utbildning ’skall göras lika tillgänglig för alla som har fallenhet för sådan utbildning’. Enligt denna artikel ska högre utbildning inte tillhandahållas generellt, utan endast tillhandahållas de ’som har fallenhet för sådan utbildning’. Individernas ’fallenhet’ ska bedömas med hänsyn till deras samlade relevanta kunskaper och erfarenheter.”[107]

141. När det gäller artikel 149.1 EG vill jag upprepa att även om det i denna artikel föreskrivs att medlemsstaterna förblir ansvariga för ”undervisningens innehåll och utbildningssystemens organisation samt medlemsstaternas kulturella och språkliga mångfald”, har domstolen klargjort att villkoren för tillträde till yrkesutbildning omfattas av fördragets tillämpningsområde.[108] Vidare framgår det av fast rättspraxis att medlemsstaterna, även på områden som inte omfattas av fördragets tillämpningsområde (vilket är fallet i fråga om vissa aspekter av utbildningspolitik), vid utövandet av sina behörigheter måste iaktta gemenskapsrätten, och särskilt fördragets bestämmelser om rätten att fritt röra sig

105 — E/C.12/1999/10, punkt 59.

106 — Den belgiska regeringen avgav följande tolkningsförklaring till den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter: ”Med avseende på artikel 2.2 tolkar den belgiska regeringen som att ickediskriminering vad gäller nationell härkomst inte nödvändigtvis innebär en skyldighet för staterna att automatiskt garantera utlänningar samma rättigheter som landets egna medborgare. Uttrycket ska uppfattas som en hänvisning till undanröjandet av godtyckligt agerande, men inte av skillnader i behandling som grundar sig på sakliga och rimliga överväganden, i enlighet med de principer som gäller i demokratiska samhällen.” Oavsett huruvida denna förklaring ska anses utgöra en förtäckt reservation mot konventionen, kan den inte påverka tolkningen av ickediskrimineringsprincipen i EG-fördraget. Se även, vad beträffar förtäckta reservationer, Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 2007, s. 129 och 130.

107 — E/C.12/1999/10, punkt 19.

108 — Se punkt 32 ovan och den rättspraxis som det hänvisas till i fotnot 8.

och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier i enlighet med artikel 18.1 EG.[109]

142. Diskrimineringsförbudet ska faktiskt ses som en hörnsten i fördraget just på grund av att det lämnar medlemsstaternas utrymme att självständigt lagstifta intakt – förutsatt att deras lagar tillämpas lika på landets egna medborgare och andra medborgare. Den bakomliggande centrala principen är att alla unionsmedborgare ska behandlas som individer, utan hänsyn till deras nationalitet.[110] ”Fritt och lika tillträde till utbildning för alla” betyder därför exakt det som står. Det kan inte betyda ”fritt och lika tillträde till utbildning för alla våra egna medborgare”.

143. Jag godtar att den frankspråkiga gemenskapens problem inte är obetydliga. De måste dock lösas på ett sätt som inte utgör en variant på ”jämlikhet för dem som befinner sig inom den magiska cirkeln”[111] (i detta fall belgiska medborgare), utan som iakttar unionsmedborgarskapets ”grundläggande ställning” genom att säkerställa alla unionsmedborgare lika tillträde till utbildning, oavsett nationalitet.

144. Svaret på den första och den andra frågan påverkas därför inte av artikel 149.1 EG *in fine*. Tvärtom bekräftas svaret av en korrekt tolkning av artikel 13.2 c i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

Yrkandet att domens rättsverkningar i tiden ska begränsas

145. Den belgiska regeringen har yrkat att domstolen ska begränsa rättsverkningarna i tiden av sin dom, för det fall domstolen skulle tolka artikel 12 EG så, att denna utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som det aktuella dekretet.

146. Den belgiska regeringen har till stöd för sitt yrkande åberopat följande skäl: Inverkan på den frankspråkiga gemenskapens offentliga finanser, det faktum att dekretet

109 — Se domen i de förenade målen Morgan och Bucher (ovan fotnot 2), punkt 24 och där angiven rättspraxis.

110 — Se även generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i de förenade målen Phil Collins m.fl. (ovan fotnot 94), punkt 11: ”De ska inte bara tolereras som utlänningar, utan mottas av värdstatens myndigheter som gemenskapsmedborgare vilka, 'inom fördragets tillämpningsområde', åtnjuter alla de privilegier och fördelar som medborgarna i värdstaten åtnjuter.”

111 — Se mitt förslag till avgörande i mål C-427/06, Bartsch (REG 2008, s. I-7245), punkt 45.

utformades särskilt för att följa domstolens rättspraxis och gemenskapslagstiftningen, den omständigheten att kommissionen har uppgett att systemet kan vara motiverat, och avsaknaden av rättspraxis.

147. Av fast rättspraxis framgår att domstolen endast i undantagsfall kan se sig nödsakad att begränsa de berördas möjlighet att åberopa en bestämmelse som den har tolkat. När domstolen på detta sätt begränsar rättsverkningarna av en dom, sker det med tillämpning av den i gemenskapens rättsordning ingående rättssäkerhetsprincipen. För att en sådan begränsning ska kunna komma i fråga ska två väsentliga kriterier vara uppfyllda: de på vars vägnar en begränsning i tiden har begärts ska ha handlat i god tro och det ska föreligga en risk för allvarliga störningar.[112]

148. Domstolen har närmare bestämt endast beslutat om en begränsning i tiden när vissa särskilda omständigheter har varit för handen, särskilt då det har förelegat fara för allvarliga ekonomiska återverkningar, som i synnerhet har berott på det stora antal rättsförhållanden som i god tro har upprättats på grundval av de bestämmelser som har antagits vara gällande, och det har framgått att enskilda och nationella myndigheter har förmåtts att handla på ett sätt som strider mot gemenskapsbestämmelserna på grund av att det har förelegat en objektiv och betydande osäkerhet beträffande de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas räckvidd, en osäkerhet till vilken andra medlemsstaters eller kommissionens beteenden kan ha bidragit. De eventuella ekonomiska följderna för en medlemsstat av en dom i ett mål om förhandsavgörande motiverar inte i sig att domens rättsverkningar begränsas i tiden.[113]

149. Belgien har i förevarande mål, oaktat relevansen av dess övriga argument, inte ingett några handlingar till domstolen som visar att det föreligger en risk för allvarliga ekonomiska återverkningar.

150. Det saknas därför skäl för domstolen, om den slår fast att artikel 12 EG utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som det omtvistade dekretet, att begränsa rättsverkningarna i tiden av detta avgörande.

112 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 2009 i mål C-138/07, Cobelfret (REG 2009, s. I-731), punkt 68 och där angiven rättspraxis.

113 — Se dom av den 18 januari 2007 i mål C-313/05, Brzeziński (REG 2007, s. I-513), punkterna 57 och 58 samt där angiven rättspraxis.

Avslutande anmärkning

151. Jag har betonat vikten, för unionens utveckling, av en fri rörlighet för studenter grundad på jämlikhet. På samma sätt kan dock inte Europeiska unionen bortse från de mycket konkreta problem som kan uppstå för medlemsstater som tar emot många studenter från andra medlemsstater.[114]

152. I protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna[115] föreskrivs att en åtgärd på gemenskapsnivå är berättigad om ”målen för den planerade åtgärden … inte i tillräcklig utsträckning [kan] uppnås genom åtgärder av medlemsstaterna inom ramen för deras nationella konstitutionella ordning och … därför bättre [kan] uppnås genom en gemenskapsåtgärd”. I protokollet ges vidare följande riktlinjer som bör användas för att avgöra om det villkoret är uppfyllt: i) Frågan uppvisar gränsöverskridande aspekter, som inte på ett tillfredsställande sätt kan regleras genom åtgärder av medlemsstaterna. ii) Åtgärder vidtagna av medlemsstaterna ensamma eller avsaknad av gemenskapsåtgärder skulle strida mot fördragets krav eller på annat sätt avsevärt skada medlemsstaternas intressen. iii) En åtgärd på gemenskapsnivå skulle på grund av sin omfattning eller sina verkningar innebära klara fördelar jämfört med en åtgärd på medlemsstatsnivå.

153. Jag vill uppmana gemenskapslagstiftaren och medlemsstaterna att reflektera över tillämpningen av dessa kriterier på studenters rörlighet mellan medlemsstater.[116]

154. Slutligen vill jag erinra om att ett av gemenskapens mål som anges i artikel 2 EG är att främja solidaritet mellan medlemsstaterna och att medlemsstaterna har en ömsesidig skyldighet att samarbeta lojalt på grundval av artikel 10 EG.[117] Jag anser att dessa bestämmelser är av mycket stor relevans i detta fall. När språkförhållandena och ländernas olika policy i fråga om tillträde till högre utbildning främjar en särskilt omfattande rörlighet bland studenter som orsakar konkreta problem för värdmedlemsstaten, åligger det givetvis både värdmedlemsstaten *och* ursprungsmedlemsstaten att aktivt försöka finna en förhandlingslösning som är förenlig med fördraget.

114 — Se, för ett liknande resonemang, Dougan, M., ”Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU?”, *Common Market Law Review*, 2005, s. 955 och 956.

115 — Protokoll nr 30 som fogats till EG-fördraget.

116 — Se även, vad gäller subsidiaritet, mitt förslag till avgörande i målet Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 3), punkt 118, fotnot 68, vari det hänvisas till MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, 1999, s. 135.

117 — Se, i fråga om ett exempel som rör utbildning, dom av den 27 september 1988 i mål 235/87, Matteucci (REG 1988, s. 5589), punkt 19.

Förslag till avgörande

155. Följaktligen anser jag att de frågor som ställts av Cour constitutionnelle (Belgien) ska besvaras på följande sätt:

Frågorna 1 och 2

Artiklarna 12 första stycket EG och 18.1 EG, jämförda med artiklarna 149.1 EG, 149.2 andra strecksatsen EG och 150.2 tredje strecksatsen EG, ska tolkas så, att de utgör hinder för sådana åtgärder som dem som föreskrivs i Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, vilket antogs av Belgiens franskspråkiga gemenskap.

Fråga 3

Svaret på de första två frågorna påverkas inte av artikel 149.1 EG *in fine* eller av artikel 13.2 c i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.