

Zijn er nog grenzen aan gelijkheid? – De spanning tussen gelijke behandeling van Unieburgers versus de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten

Mr. H. Van Eijken*

Gelijke behandeling en Unieburgerschap gaan hand in hand. Dat betekent onder andere dat de toegang tot onderwijs aan Unieburgers op gelijke basis moet worden verleend, ook als de onderwijssystemen zelf ongelijk zijn. Voor studenten die zijn uitgeloot voor opleidingen in hun eigen lidstaat biedt dit mogelijkheden; voor de Unieburger die in zijn eigen lidstaat wil blijven studeren en de lidstaten zelf levert dit een minder positief beeld op. Hoe verhoudt de gelijke behandeling van Unieburgers zich tot de bevoegdheid van lidstaten om onderwijssystemen vorm te geven? Is het tijd om de bakens te verzetten?

HvJ EU (Grote kamer) 13 april 2010, zaak C-73/08, Bressol e.a. et Chaverot e.a., n.n.g.

Inleiding

De toegang tot onderwijs en Europees burgerschap is opnieuw actueel in de Europeesrechtelijke arena. In de recente uitspraak *Bressol* spreekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) zich opnieuw uit over vrij verkeer van studenten. In die zaak is duidelijk een spanning te signaleren die al langere tijd zichtbaar is in de rechtspraak van het Hof van Justitie; een spanning tussen de gelijke behandeling van Unieburgers versus de bevoegdheid van de lidstaten om bepaalde beleidsterreinen zelf te reguleren, waaronder onderwijs valt.

Enerzijds is onderwijs een van die gebieden waarop de Unie beperkte bevoegdheden heeft, anderzijds moeten studenten uit andere lidstaten gelijk behandeld worden, dus ook met betrekking tot onderwijs. Gelijkheid is een

van de kernelementen van burgerschap, maar met ongelijke onderwijssystemen (en toegang daartoe) levert dit voor de lidstaten ingewikkelde dilemma's op, omdat onderwijs voor een groot deel gefinancierd wordt met publieke middelen.

Sommige lidstaten zijn bijzonder aantrekkelijk voor bepaalde studenten uit de EU met het oog op taal en locatie. Zo kopte het *Financieele Dagblad* in juli 2008 'Duitse student kost overheid euro 100 mln' naar aanleiding van het rapport 'Internationalisering in het onderwijs in Nederland, 2007', waaruit bleek dat een relatief grote groep Duitse studenten in Nederland hoger onderwijs volgt.¹ In 2008 bijvoorbeeld bestond 42 procent van de inkomende studenten uit Duitse studenten (gevolgd overigens door China en België).² Veel Nederlandse studenten die zijn uitgeloot voor diergeneeskunde blijken zich op hun beurt in te schrijven voor dezelfde opleiding in België, aangezien de plaatsen voor die opleiding in Nederland zeer beperkt zijn.³ Hoe en wanneer een lidstaat een overmatige toestroom van studenten uit andere lidstaten mag beperken hangt af van de mogelijkheid om discriminerende of beperkende maatregelen te kunnen rechtvaardigen, waarmee de 'bewijslast', om aan te tonen dat een

181

1. *Het Financieele Dagblad* 7 juli 2008. Overigens concludeert het *FD* dit op basis van een vergelijking tussen Duitse studenten die in Nederland studeren afgezet tegen Nederlandse studenten die in Duitsland studeren. Belangrijk is bijvoorbeeld dat voor Nederlandse studenten het Verenigd Koninkrijk op de eerste plaats staat om te studeren binnen de EU.
2. Zie Rapport Internationaliseringmonitor 2008: <<http://www.nuffic.nl/nederlandse-organisaties/docs/kerncijfers/internationaliseringsmonitor-van-het-onderwijs-in-nederland-2008.pdf>>.
3. Zie bijvoorbeeld het jaarverslag van de Universiteit Antwerpen waaruit duidelijk blijkt dat een relatief grote groep Nederlandse studenten diergeneeskunde stond ingeschreven, waarvoor in Nederland een numerus fixus geldt. Zo stelt diergeneeskunde in Nederland 225 plaatsen open, terwijl er in 2008 147 Nederlandse studenten stonden ingeschreven bij diergeneeskunde aan de Universiteit van Antwerpen. Zie voor cijfers UA: <http://www.ua.ac.be/main.aspx?c=*ONW&n=59243>.

* Mr. H. van Eijken is promovenda bij het Europa Instituut (Universiteit Utrecht).

maatregel noodzakelijk en proportioneel is, als het ware verschuift naar de lidstaat in kwestie.

Ik zal hierna eerst, in een meer algemeen kader, ingaan op de spanning tussen gelijke behandeling en bevoegdhedenverdeling, daarna zal ik de jurisprudentie met betrekking tot onderwijs en vrij verkeer van personen kort uiteenzetten, waarna ik de zaak *Bressol* in dat perspectief zal bespreken. Tot besluit zal ik in gaan op de vraag of harmonisatie van onderwijs een wenselijk instrument kan zijn om de spanning tussen vrij verkeer van personen en het verschil in onderwijssystemen te verzachten.

Onderwijs en burgerschap: gelijke behandeling versus bevoegdheidsverdeling

Op het terrein van onderwijs heeft de Unie een aanvullende bevoegdheid. Dat wil zeggen dat het beleid van de Europese Unie gericht is op de versterking van het onderwijsbeleid van de lidstaten zoals de bevordering van mobiliteit van studenten en docenten binnen de Europese Unie (art. 165 lid 2 VWEU). Harmonisatie van onderwijs is echter expliciet uitgesloten (art. 166 lid 4 VWEU). Het Erasmus-programma is een zichtbaar voorbeeld van stimulatie van onderwijsmobiliteit zonder dat harmonisatie van onderwijssystemen plaatsvindt. In de doelstellingen van het Verdrag is onderwijs niet (meer⁴) expliciet opgenomen, maar artikel 9 VWEU bepaalt dat de Unie een hoog niveau van onderwijs nastreeft in de uitvoering van haar beleid en optreden.

Het is vaste rechtspraak dat Unieburgers vrij mogen reizen en verblijven op het grondgebied van de lidstaten zonder dat zij gediscrimineerd worden op grond van nationaliteit wanneer zij deze rechten uitoefenen (op basis van art. 18 jo. art. 21 VWEU). Inmiddels is ook duidelijk dat iedere beperking verboden is onder het vrije verkeer van Unieburgers, ook niet-discriminerende belemmeringen.⁵ Dat betekent dat de lidstaten weliswaar bevoegd blijven op bepaalde materiële beleidsterreinen, zoals onderwijs, maar de lidstaten dienen wel 'bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht in acht te nemen, tenzij het een interne situatie betreft die geen enkel verband met het gemeenschapsrecht vertoont'.⁶ Met andere woorden het feit dat bepaalde sectoren of beleidsterreinen zijn afgesloten voor regelgevend optreden door de Unie, betekent niet dat het vrije verkeer daar-

4. In het EG-Verdrag stond onderwijs nog opgenomen in de doelstellingen (art. 3 lid 1 sub q EG-Verdrag). Overigens lijkt me dit niet per se inhoudelijk veelzeggend, aangezien na Lissabon het Verdrag een nieuwe opzet heeft waarin de competenties meer concreet zijn uitgewerkt.
5. Zie ook eerder H. van Eijken, 'Onderwijsdiensten: een burgerrecht, maar wie betaalt de rekening?', *NTER* 2008, p. 1-7.
6. Onder meer met betrekking tot bepalingen met betrekking tot de familienaam van burgers in HvJ EG 14 oktober 2008, zaak C-353/06, *Stefan Grunkin en Dorothee Regina Paul*, *Jur.* 2008, p. I-07639, par. 16, of ten aanzien van de toekenning van een tolvignet aan gehandicapten; HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-103/08, *Arthur Gottwald/Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, *Jur.* 2009, n.n.g., par. 45.

op niet van toepassing is.⁷ Vanuit de gedachte dat gelijke behandeling een kernelement is van burgerschap, is het logisch dat die gelijke behandeling ook van toepassing moet zijn buiten de specifieke beleidsterreinen van de Unie. In sommige situaties levert dat wel weer spanningen op met de eigen nationale burgers voor wie een soort zwaardere solidariteitsnotie geldt. De toegang tot onderwijssystemen van Unieburgers uit andere lidstaten kan tot gevolg hebben dat de eigen onderdanen die in hun eigen lidstaat aan het onderwijs willen deelnemen minder plaatsen tot hun beschikking hebben of worden uitgeloot. Het kan derhalve gerechtvaardigd zijn om bepaalde voordelen alleen toe te kennen aan personen die een zekere band met de lidstaat hebben.⁸ De gelijke behandeling vindt zijn begrenzing dus in situaties waar er gegronde redenen zijn om de betreffende voordelen aan personen toe te kennen met wie een bepaalde band is opgebouwd. Aangezien onderwijs een fundamenteel recht is voor eigen onderdanen, kan de toestroom van studenten de toegang tot die onderwijsinstellingen gaan verdringen en is de vraag of een beroep op solidariteit met eigen onderdanen gerechtvaardigd kan zijn.

Jurisprudentie: over reikwijdte en rechtvaardiging

In de rechtspraak is door het Hof van Justitie met betrekking tot vrij verkeer van studenten en gelijke behandeling een onderscheid gehanteerd tussen gelijke onderwijstoegang (inclusief daarvoor bestemde beurzen) en beurzen voor levensonderhoud van studenten. Dit had te maken met het feit dat de reikwijdte van het verbod op nationaliteitsdiscriminatie bepaald werd door de werkingssfeer van het Unierecht (en destijds Gemeenschapsrecht) dat in eerdere jurisprudentie zorgde voor een onderscheid in toegang tot onderwijs en de overige onderwijsgerelateerde maatregelen.

Al in 1985 oordeelde het Hof van Justitie in de zaak *Gravier*⁹ dat de toegang tot en voorwaarden voor het volgen van beroepsonderwijs binnen de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht vielen en dus onder de reikwijdte van het algemene discriminatieverbod op grond van nationaliteit (art. 18 VWEU). In de zaken *Lair*¹⁰ en *Brown*¹¹ pre-

7. Zie onder andere A.P. van der Mei met betrekking tot de sector en vrij verkeerbenadering: 'EU-burgerschap en de reikwijdte van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit', *NTER* 2009, p. 275-287 en S. Prechal, H. van Eijken en S. de Vries, 'The principle of attributed powers and the "scope of EU law"', in: L. Besselink, F. Pennings en A. Prechal (red.), *The Eclipse of Legality*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International (nog te verschijnen).
8. Een voorbeeld daarvan is de zaak *Tas-Hagen en Tas* met betrekking tot een uitkering voor burger-oorlogsslachtoffers, HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-192/05, *K. Tas-Hagen en R. A. Tas/Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, *Jur.* 2006, p. I-10451, par. 33-34.
9. HvJ EG 13 februari 1985, zaak 293/83, *Françoise Gravier/Stad Luik*, *Jur.* 1985, p. 593.
10. HvJ EG 21 juni 1988, zaak 39/86, *Sylvie Lair/Universität Hannover*, *Jur.* 1988, p. 3161.
11. HvJ EG 21 juni 1988, zaak 197/86, *Steven Malcolm Brown/The Secretary of State for Scotland*, *Jur.* 1988, p. 3205.

ciseerde het Hof van Justitie dat studietoelagen bedoeld voor de dekking van de kosten van levensonderhoud niet onder het Gemeenschapsrecht vielen, omdat onderwijs en sociale politiek (destijds) niet tot bevoegdheid van de Gemeenschap behoorden. Dat veranderde door de invoering van de onderwijstitel en het burgerschap in het EG-Verdrag, zoals het Hof van Justitie in *Grzelczyk*¹² concludeerde. Daarop volgden tal van andere zaken over Unieburgerschap en onderwijs.¹³ Het Hof van Justitie is in die lijn van rechtspraak steeds vrij consequent geweest: de toegang tot onderwijs moet gelijk zijn voor alle Unieburgers, net als de toekenning van studiebeurzen, zij het dat met betrekking tot beurzen voor levensonderhoud de lidstaten verblijfsvoorwaarden mogen stellen om te verzekeren dat de betreffende aanvrager voldoende binding heeft met de staat. Inmiddels is duidelijk dat een verblijfsvoorwaarde van vijf jaar Europeesrechtelijk door de beugel kan om die mate van integratie in de gastlidstaat te kunnen vaststellen. Artikel 24 lid 2 van Richtlijn 2004/38/EG sluit gelijke behandeling ten aanzien van studiebeurzen voor levensonderhoud expliciet uit voor Unieburgers die niet een permanent verblijfsrecht hebben. Na vijf jaar onafgebroken verblijf ontstaat dit permanente verblijfsrecht.¹⁴

In *Bressol* heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan over discriminerende toegangsvoorwaarden, waarvoor artikel 24 lid 2 van Richtlijn 2004/38/EG geen uitzonderingsgrond biedt. In die zaak gaat het niet om beurzen voor de dekking van collegegelden, maar om de voorwaarden voor die toegang tot een opleiding. Aangezien studenten meer kosten dan de collegegelden dekken, heeft de toestroom van studenten ook financiële consequenties voor de lidstaten.

Opnieuw vragen in de Europese arena: De zaak *Bressol*

In de prejudiciële procedure *Bressol* staat een decreet van de Franse Gemeenschap van België¹⁵ ter discussie dat

12. HvJ EG 20 september 2001, zaak C-184/99, *Rudy Grzelczyk/Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, *Jur.* 2001, p. I-06193.
13. Bijvoorbeeld HvJ EG 15 maart 2005, zaak C-209/03, *The Queen, op verzoek van Dany Bidar/London Borough of Ealing en Secretary of State for Education and Skills*, *Jur.* 2005, p. I-02119, en HvJ EG 25 oktober 2007, zaak C-11/06 en C-12/06, *Rhiannon Morgan tegen Bezirksregierung Köln en Iris Bucher/Landrat des Kreises Düren*, *Jur.* 2007, p. I-09161 en HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07, *Jacqueline Förster/Hoofd-directie van de Informatie Beheer Groep*, *Jur.* 2008, p. I-08507. H. de Waele, 'Europees burgerschap en studiefinanciering: nieuwe rechten, nieuwe beperkingen na het arrest Bidar', *NTER* 2005, p. 122-127 en R.H. van Ooik, 'Export van studiefinanciering in de EU', *NTER* 2008, p. 125-129.
14. HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07, *Jacqueline Förster/Hoofd-directie van de Informatie Beheer Groep*, *Jur.* 2008, p. I-08507. Zie ook H. van Eijken, *SEW* 2009, p.177-179 en A.A.M. Schrauwen, 'Verblijfsduur als weerspiegeling van "een zekere mate van integratie": transparantie versus proportionaliteit', *NTER* 2009, p. 77-83.
15. In België zijn bevoegdheden op (onder andere) het terrein van onderwijs aan de drie Gemeenschappen toegekend: de Vlaamse, Franse en Duitse Gemeenschap.

hogere onderwijsinstellingen verplicht om de instroom van zogenoemde 'niet-verblijvende' studenten te beperken voor negen medische en paramedische opleidingen. Om als verblijvend aangemerkt te kunnen worden moeten studenten in de eerste plaats hun hoofdverblijf in België hebben en in de tweede plaats aan een van de andere criteria voldoen (o.a. drie jaar voorafgaand aan de inschrijving verblijf in België hebben gehad of als beursstudent verblijven). Studenten die niet aan deze voorwaarden voldoen en zich voor de eerste keer inschrijven hebben beperkt toegang tot bepaalde opleidingen, namelijk 30 procent van het totaal aantal ingeschreven studenten in het voorafgaande jaar in de betreffende opleiding. Deze beperkende maatregel is vastgesteld vanwege een toename van het aantal studenten uit andere lidstaten die zich inschrijven voor met name de betreffende negen medische en paramedische opleidingen.

In de nationale procedure voor het Grondwettelijk Hof hebben zowel studenten als onderwijzend personeel een vernietigingsberoep ingesteld tegen het decreet.¹⁶ In die nationale procedure is onder meer aangevoerd dat het decreet discriminerend is aangezien verblijvende en niet-verblijvende studenten verschillend worden behandeld, dat het decreet de beroepsuitoefening van de onderwijzers in gevaar brengt en de kwaliteit van het wetenschappelijk onderwijs op het spel staat, omdat juist contacten met buitenlandse studenten en onderwijsinstellingen bijdragen aan die onderwijskwaliteit. De Franse Gemeenschap heeft aangevoerd dat veel Franse studenten zich inschrijven voor een van de opleidingen, omdat Frankrijk een restrictief beleid heeft met betrekking tot deze beroepsopleidingen en de Belgische opleidingen qua taal en locatie aantrekkelijk zijn voor Franse studenten. Aangezien de opleidingen grotendeels uit overheidsmiddelen worden gefinancierd, vormen deze studenten een grote belasting op de Belgische staatskas. De vraag is of onder die omstandigheden het decreet verboden discriminatie oplevert op grond van artikelen 18 en 21 VWEU.

Oordeel van het Hof van Justitie

In de eerste plaats herhaalt het Hof van Justitie zijn vaste rechtspraak dat Unieburgers zich kunnen beroepen op het discriminatieverbod van artikel 18 VWEU in alle situaties die binnen de materiële werkingssfeer van het recht van de Unie vallen.¹⁷ Onder deze materiële werkingssfeer van het recht van de Unie valt in ieder geval de uitoefening van het recht van iedere Unieburger om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten (neergelegd in art. 21 VWEU). Dit verbod op discriminatie naar nationaliteit geldt in dat kader ook voor de toegang tot onderwijs, zoals het Hof van Justitie al eerder in de rechtspraak duidelijk heeft gemaakt. Het Hof van Justitie stelt derhalve vast dat de studenten inderdaad een beroep kunnen doen op het discriminatieverbod. De maatregel

16. Arrest nr. 12/2008 van 14 februari 2008 te raadplegen op < www.const-court.be >.

17. R.o. 30-33.

levert indirecte discriminatie op grond van nationaliteit op, aangezien Belgische studenten over het algemeen gemakkelijker aan de verblijfsvoorwaarden voldoen die gesteld worden door het decreet dan niet-Belgische Unieburgers. Dat betekent dus dat vooral de niet-Belgische studenten beperkt worden in de toegang tot een van de negen opleidingen omdat zij niet voldoen aan de gestelde criteria. Die groep studenten moet loten om een plaats wanneer het aantal aanmeldingen boven de 30 procent komt.¹⁸

Het Hof van Justitie komt na die vaststelling toe aan de rechtvaardigingsgrond voor deze discriminatie waar de vragen van de Belgische rechter ook op gericht zijn. De Belgische regering heeft in de eerste plaats aangevoerd dat de beperkende maatregel gerechtvaardigd zou zijn omdat zonder een dergelijke beperking er buitensporige financiële lasten voor de financiering van het hoger onderwijs zouden ontstaan. Het Hof van Justitie serveert dit argument vrij snel af, aangezien uit de uitleg van de Franse Gemeenschap in de nationale procedure blijkt dat dit geen doorslaggevende rol heeft gespeeld bij het opstellen van het decreet, omdat het budget dat aan de onderwijsinstellingen wordt toegekend niet afhankelijk is van het aantal studenten. Daarnaast heeft de Belgische regering aangevoerd dat het decreet van belang is voor de waarborg van het Belgische systeem van volksgezondheid. In de eerste plaats stelt de regering dat door de toename van studenten niet voldoende capaciteit aanwezig is bij de opleidingen om een bepaald aantal praktijken te kunnen garanderen. Zo moet in het kader van de opleiding diergeneeskunde klinische praktijkervaring op een voldoende aantal dieren worden gedaan door de studenten.

In de tweede plaats zou op langere termijn de volksgezondheid in gevaar worden gebracht, omdat de niet-verblijvende studenten terugkeren naar hun lidstaat van herkomst om daar bijvoorbeeld het beroep van vroedvrouw uit te oefenen. Op termijn zou dat ervoor kunnen zorgen dat er een tekort aan gekwalificeerd medisch personeel ontstaat in België, bijvoorbeeld een tekort aan vroedvrouwen waardoor de volksgezondheid in gevaar zou kunnen komen.

Het Hof van Justitie stelt ten aanzien van deze argumenten vast dat de indirecte discriminerende maatregel gerechtvaardigd kan zijn als die bijdraagt aan de verwezenlijking van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid. Uiteraard moet dan wel vastgesteld worden dat de maatregel geschikt is om de volksgezondheid te beschermen en moet de maatregel niet verder gaan dan nodig is om dit doel te bereiken. Het Hof van Justitie laat die beoordeling over aan de nationale rechter, maar geeft deze wel twee pagina's met overwegingen mee.¹⁹ Zo stelt het Hof van Justitie dat de rechter moet bedenken dat een beperking van het totaal aantal inschrijvingen in de betrokken opleidingen ervoor kan zorgen dat er een tekort aan medisch personeel ontstaat, en dat de autoriteiten anticiperend mogen reageren op potentiële risico's voor de volksgezondheid. Tegelijkertijd moeten de Belgische

autoriteiten aantonen dat deze risico's daadwerkelijk bestaan, en moeten zij dit kunnen aantonen met een objectieve, uitgebreide en cijfermatige risicoanalyse. Wanneer de verwijzende rechter op basis van die gegevens oordeelt dat er sprake is van risico's voor de volksgezondheid, moet deze vervolgens beoordelen of de maatregel zoals vastgesteld in het decreet doeltreffend is om die risico's te verkleinen en of er minder beperkende maatregelen voor handen zijn, zoals het aanmoedigen van niet-verblijvende studenten om zich na de studie in België te vestigen. Ook is het de vraag of een loting van niet-verblijvende studenten een geschikt middel is, aangezien dit geen rekening houdt met de kennis en vaardigheden van de studenten. Het Hof van Justitie concludeert na deze uiteenzetting dat de maatregel in principe in strijd is met artikel 18 jo. 21 VWEU, tenzij de verwijzende rechter op grond van de beoordeling van de informatie van de autoriteiten vaststelt dat de maatregel uit hoofde van de volksgezondheid gerechtvaardigd is.

In de derde plaats heeft de verwijzende rechter verzocht om uitleg met betrekking tot het fundamentele recht op onderwijs zoals vastgelegd in artikel 14 lid 2 sub c Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (ICESCR). Hierin is bepaald dat 'het hoger onderwijs door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs voor een ieder op basis van bekwaamheid gelijkelijk toegankelijk dient te worden gemaakt'. Volgens de Belgische regering zou zonder het decreet deze verplichting uit het internationaal recht niet kunnen worden gewaarborgd, omdat volgens de regering de kwaliteit van het onderwijs door de toestroom van niet-verblijvende studenten wordt geschaad. Het Hof van Justitie is kort en duidelijk: de doelstelling van zowel artikel 18 jo. 21 VWEU en artikel 14 lid 2 sub c ICESCR zijn dezelfde: gelijke toegang tot hoger onderwijs zonder discriminerende criteria. Het Hof van Justitie concludeert dat de betreffende bepaling uit het ICESCR niet vereist, en evenmin toelaat, dat een staat alleen aan zijn eigen onderdanen brede toegang tot kwalitatief onderwijs garandeert. In het geval de nationale rechter tot het oordeel komt dat het decreet in strijd is met EU-recht, zal een beroep op het ICESCR derhalve volgens het Hof van Justitie geen effect hebben.²⁰

Ten slotte heeft de Belgische regering verzocht om het arrest in tijd te beperken. Het Hof van Justitie stelt met betrekking tot dat verzoek dat er geen concrete gegevens zijn verschaft waaruit blijkt dat de Franse Gemeenschap 'tot eventueel met het recht van de Unie strijdig gedrag zouden zijn gebracht op grond van een objectieve en grote onzekerheid over de strekking van dat recht'.²¹ Bovendien heeft de Belgische regering niet met concrete gegevens 'gestaafd dat dit arrest ernstige financiële gevolgen zou kunnen hebben wanneer de werking ervan niet zou worden beperkt in de tijd'.²²

18. R.o. 40-46.

19. R.o. 64-81

20. R.o 83-88.

21. R.o 94.

22. R.o 95.

Indirecte discriminatie met betrekking tot toegang tot onderwijs

Hoewel de advocaat-generaal van mening was dat de maatregel deels directe en deels indirecte discriminatie oplevert, komt het Hof van Justitie vrij snel tot de conclusie dat hier sprake is van indirecte discriminatie. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie 'dat het beginsel van gelijke behandeling niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook alle vormen van verkapte discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden'.²³ Dat betekent dat neutraal geformuleerde criteria waaraan eigen onderdanen gemakkelijk en andere Unieburgers moeilijk kunnen voldoen onder het verbod van artikel 18 WVEU vallen. Verblijfsvoorwaarden zijn een duidelijk voorbeeld van indirecte discriminatie omdat de onderdanen van de betreffende lidstaat daaraan over het algemeen voldoen en onderdanen uit andere lidstaten veel beperkter. Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak *Bidar*, waar eveneens verblijfsvoorwaarden werden gesteld. Dit betekende in die zaak dat Unieburgers die niet de nationaliteit van het Verenigd Koninkrijk bezaten, vrijwel onmogelijk konden voldoen aan het criterium 'gevestigd zijn', op basis waarvan volledige studiefinanciering werd toegekend.²⁴

Het vaststellen of een maatregel directe dan wel indirecte discriminatie vormt is, in principe, van belang voor de rechtvaardigingsmogelijkheden: waar sprake is van directe discriminatie bestaan zeer beperkte rechtvaardigingsgronden, terwijl indirecte discriminatie eveneens gerechtvaardigd kan zijn wegens een dringende reden van algemeen belang. De advocaat-generaal gaat uitgebreid in op het onderscheid van directe en indirecte discriminatie en komt tot de conclusie dat de maatregel deels directe en deels indirecte discriminatie oplevert. Volgens haar kan de tweede voorwaarde van de maatregel daarom in principe niet gerechtvaardigd worden.²⁵ Artikel 24 lid 2 van Richtlijn 2004/38 biedt uiteraard wel een, zij het zeer beperkte, rechtvaardigingsgrond voor directe discriminatie op grond van nationaliteit (vastgelegd in art. 24 lid 1 van de richtlijn). Zoals eerder opgemerkt bepaalt dit artikel dat de gelijke behandeling van Unieburgers met betrekking tot studiebeurzen voor levensonderhoud beperkt is voor Unieburgers die een permanent verblijfsrecht hebben.

Overigens lijkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie een verschuiving plaats te vinden, waarbij ook direct discriminerende bepalingen gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op de *rule of reason*. In de klassieke

leer konden lidstaten dwingende eisen van algemeen belang alleen inroepen bij indirect discriminerende maatregelen die het vrije verkeer belemmerden. Uit recentere uitspraken blijkt dat directe discriminatie in het kader van het vrije verkeer ook door de *rule of reason* kan worden gerechtvaardigd en het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie lijkt dus praktisch steeds minder van belang te worden.²⁶ In de zaak *Bressol* is het Hof van Justitie, anders dan de advocaat-generaal, van mening dat er sprake is van indirecte discriminatie, zodat de inroepbaarheid van eventuele rechtvaardigingsgronden niet ter discussie staat.

Rechtvaardigingsgrond voor beperkte onderwijs toegang

Het probleem met het vrije verkeer van Unieburgers en onderwijs ligt niet zozeer in de inroepbaarheid van de rechtvaardigingsgronden maar in de inhoud van dat beroep: onder welke omstandigheden is een beperking van toegang gerechtvaardigd? Aangezien onderwijs nog steeds tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, is er geen (duidelijke) ruimte voor de Unie om bepaalde toegangsvoorwaarden te harmoniseren. Dit leidt vervolgens tot verschillen in de lidstaten, waarvan de zaak *Bressol* dus een voorbeeld is. Frankrijk heeft immers de toegang tot de medische en paramedische beroepsopleidingen vergaand beperkt, waardoor studenten uitwijken naar opleidingen waarvoor minder stringente toelatingsvoorwaarden worden gesteld. Zoals in de inleiding al is opgemerkt, is dit verschijnsel ook te zien bij Nederlandse studenten die in België diergeneeskunde gaan studeren en blijkt Maastricht een geliefde uitvalsbasis voor Duitse studenten. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is te zien hoe het Hof een evenwicht probeert te vinden tussen de verschillende belangen en zijn rechtspraak steeds meer verfijnt. Zo oordeelde het Hof van Justitie in het arrest *Grzelczyk* dat er een 'zekere financiële solidariteit bestaat tussen de onderdanen van deze lidstaat en die van de andere lidstaten' op basis waarvan studenten sociale voordelen toegekend zouden moeten krijgen. Die zekere financiële solidariteit vindt zijn begrenzing wanneer een Unieburger een onredelijke belasting vormt op de openbare middelen van de gastlidstaat. Zoals eerder opgemerkt, is in het arrest *Förster* een verblijfstermijn van vijf jaar voor de erkenning van het recht op een studiebeurs verenigbaar geacht met het EU-recht. Met betrekking tot de financiële gevolgen van het consumeren van onderwijs in een andere lidstaat is dit nog niet duidelijk.

Lidstaten moeten zichzelf dus steeds afvragen in hoeverre zij de onderwijs toegang mogen beperken voor Unieburgers die niet hun eigen nationaliteit hebben. Dit verklaart waarom er diverse zaken voor het Hof van Justitie zijn over

23. HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-212/05, *Gertraud Hartmann/Freistaat Bayern*, Jur. 2007, p. I-06303, r.o. 29 en *Bressol* r.o. 40.

24. HvJ EG 15 maart 2005, zaak C-209/03, *The Queen, op verzoek van Dany Bidar/London Borough of Ealing en Secretary of State for Education and Skills*, Jur. 2005, p. I-02119, par. 49-63.

25. Zie advocaat-generaal Shapston in haar conclusie onder deze zaak, par. 128.

26. W.T. Eijbouts e.a., *Europees Recht: Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 98-101 en HvJ EG 16 mei 2006, zaak C-372/04. Zie ook S.A. de Vries, 'Patiëntenzorg in Europa na Watts: wiens zorg?' *SEW* 2007, nr. 4, p. 137.

de gelijke toegang tot onderwijs van Unieburgers. Zo stond eerder een Oostenrijkse maatregel ter discussie voor het Hof van Justitie die bepaalde dat niet-Oostenrijkse studenten aan extra voorwaarden moesten voldoen om te kunnen worden toegelaten tot universitaire opleidingen. Deze studenten moesten niet alleen een diploma overleggen, maar ook voldoen aan de criteria voor de betreffende opleiding zoals die in de lidstaat van herkomst gesteld werden. Deze maatregel was ingegeven door een grote toestroom van Duitse studenten die in Duitsland niet aan de strenge toelatingseisen voldeden voor een bepaalde opleiding en zich vervolgens inschreven bij de Oostenrijkse opleidingen die minder strenge toelatingseisen kenden.²⁷ Het Hof van Justitie oordeelde in die zaak dat de Oostenrijkse regering onvoldoende had aangetoond dat dit een gevaar voor het onderwijsstelsel zou opleveren en dat er geen minder discriminerende maatregelen geschikt waren om dit belang te beschermen. Eenzelfde soort maatregel strandde ook in de inbreukprocedure tegen België in 2004, omdat geen overtuigend argument was aangevoerd dat de toegangsbeperking rechtvaardigde.²⁸

Het blijkt ook uit *Bressol* geen gemakkelijke opgave om een toegangsbeperking te rechtvaardigen. België moet immers overtuigend bewijzen in de nationale procedure aan de hand van cijfers dat de volksgezondheid inderdaad in gevaar dreigt te komen. Volgens het Hof van Justitie moet die analyse dus 'rekening houden met de gevolgen die de groep niet-verblijvende studenten heeft op de verwezenlijking van het doel om een voldoende groot aantal medische zorgverstrekkers binnen de Franse Gemeenschap te waarborgen. Bovendien moet zij rekening houden met de mogelijkheid dat verblijvende studenten na hun studies besluiten om hun beroep in een andere lidstaat dan het Koninkrijk België uit te oefenen. Verder moet zij ermee rekening houden, in hoeverre personen die niet in de Franse Gemeenschap hebben gestudeerd, zich er later vestigen om er een van de voornoemde beroepen uit te oefenen.'²⁹ De bewijslast ligt dus behoorlijk hoog.

Het Hof van Justitie verwijst met betrekking tot volksgezondheid als rechtvaardigingsgrond in *Bressol* naar zijn eerdere uitspraak in de zaak *Hartlauer*.³⁰ Die zaak betrof echter een belemmering van de vrijheid tot vestiging van een tandheelkundige polikliniek door een vergunningseis. Voor dergelijke belemmeringen bestaat echter een Verdragsexceptie, waarin volksgezondheid expliciet is opgenomen als rechtvaardigingsgrond (art. 52 WVEU).³¹ Dat het Hof van Justitie in *Bressol* verwijst naar *Hartlauer* biedt een mooi voorbeeld van de convergentie van de vrijheden, waaronder nu ook kennelijk het niet-economische vrije verkeer van Unieburgers valt. Daarbij moet wel bedacht

worden dat het vrije verkeer van Unieburgers in zaken als *Bressol* veel gevoeliger van karakter is dan dat van werknemers, of andere economische vrijheden.

Reguleren van onderwijs door de EU?

Voor lidstaten blijft het aftasten waar de grens ligt tussen een objectieve rechtvaardigingsgrond die geaccepteerd zal worden door het Hof van Justitie en de bescherming van de eigen financiën en onderwijsstelsels. Dit is precies waar advocaat-generaal Sharpston op doelt in haar conclusie bij deze zaak. Zij refereert aan het 'Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel' waarin is bepaald dat optreden op EU-niveau gerechtvaardigd is wanneer de doelstellingen van het optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt in het kader van hun nationaal grondwettelijk stelsel, en derhalve beter door optreden van de Unie kunnen worden verwezenlijkt.

Sharpston vervolgt: 'Ik nodig de gemeenschapswetgever en de lidstaten uit om na te denken over de toepassing van deze criteria op het verkeer van studenten tussen de lidstaten'.³² Het Hof van Justitie gaat in de onderhavige zaak niet verder in op de oproep van de advocaat-generaal, maar het is dan ook aan de lidstaten en de Uniewetgever om na te denken of en zo ja, hoe de onderwijsmobiliteit gestimuleerd kan worden, zonder dat lidstaten moeten vrezen voor hun onderwijsstelsel en financiële middelen. Naast de onzekerheid van lidstaten en Unieburgers kan een tweede negatief effect van de rechtspraak met betrekking tot Unieburgers en sociale voordelen (in brede zin) worden genoemd, namelijk dat deze benadering kan resulteren in *social levelling down*. Lidstaten zijn immers niet verplicht om sociale voordelen te bieden noch onbeperkte toegang tot onderwijs, maar zij dienen de voorwaarden voor toegang (en beurzen) gelijkelijk toe te passen op eigen onderdanen en onderdanen van andere lidstaten, behalve wanneer het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. Als lidstaten kiezen voor een beperkte toegang voor alle studenten heeft dat uiteraard het omgekeerde effect en zou de kwaliteit van de beroepsgroep in gevaar kunnen komen. Als een groot deel van de studenten van de medische opleidingen uit Frankrijk weer naar Frankrijk terugkeert om daar een medisch beroep uit te oefenen, blijft er minder medisch personeel in België. Het Hof van Justitie wijst de verwijzende rechter dan ook op dit risico. Of harmonisatie van onderwijssystemen met betrekking tot vrij verkeer studenten een oplossing biedt, vraag ik me af. In de eerste plaats omdat de waarde van de flexibiliteit die het Hof van Justitie in zijn rechtspraak heeft getoond niet onderschat moet worden. In de tweede plaats is de vraag uiteraard wát er geharmoniseerd moet worden en hoe dat vormgegeven zou kunnen worden. Wat een rechtvaardige uitsluiting van bepaalde studenten is, hangt

27. HvJ EG 7 juli 2005, zaak C-147/03, *Commissie van de Europese Gemeenschappen/Republiek Oostenrijk*, Jur. 2005, p. I-05969.

28. HvJ EG 1 juli 2004, zaak C-65/03, *Commissie van de Europese Gemeenschappen/Koninkrijk België*, Jur. 2004, p. I-06427.

29. R.o. 73.

30. HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH/Wiener Landesregierung en Oberösterreichische Landesregierung*, Jur. 2009, p. I-01721.

31. Richtlijn 2004/38/EG biedt een zeer beperkte grond voor de belemmering van het vrije verkeer van personen op grond van volksgezondheid, namelijk bij potentieel epidemische en besmettelijke ziekten.

32. Par. 152.

immers ook af van de financiële structuren in de lidstaten en vereist een beoordeling van statistieken. Hoewel er geen bevoegdheid is om onderwijssystemen te harmoniseren, kan artikel 21 lid 2 WVEU wel een rechtsgrondslag bieden, mits blijkt dat optreden van de Unie noodzakelijk is om het vrije verkeer van Unieburgers te bevorderen. Hoewel niet te verwachten is dat dit op korte termijn gebruikt zal worden voor de harmonisatie van het vrije verkeer van studenten in de EU, kan het wel een mogelijkheid daartoe bieden. De preambule van de studentenrichtlijn uit 1993 verwijst bijvoorbeeld uitdrukkelijk naar artikel 7 EEG-Verdrag (thans art. 18 VWEU), de doelstelling om onderwijsmobiliteit te bevorderen en de interne markt.³³ Overigens staat in het recente werkprogramma van de Europese Commissie de Unieburger centraal, maar het programma zwijgt over initiatieven in de sfeer van vrij verkeer van studenten.³⁴

Zoals opgemerkt, is te zien hoe het Hof van Justitie zijn jurisprudentie steeds meer toespitst op huidige ontwikkelingen en omstandigheden. Het nadeel blijft echter dat de jurisprudentie zorgt voor rechtsonzekerheid aan de kant van de Unieburger en die van de nationale beleidsmaker en wetgever. Of harmonisatie een goed alternatief biedt, is bovendien maar de vraag, omdat de materie zich wellicht niet in algemene normen kan laten reguleren. Of er een politieke wil is bij de lidstaten (in de vorm van de Raad van Ministers) is natuurlijk ook nog niet gezegd. Over de voorgestelde patiëntenrichtlijn is bijvoorbeeld nog steeds geen politiek akkoord bereikt.³⁵ Net als onderwijs, ligt gezondheidszorg erg gevoelig. Ook op het terrein van gezondheidszorg is er geen rechtsgrondslag aanwezig voor harmonisatie, dit is zelfs expliciet uitgesloten (art. 168 lid 5 VWEU). Het voorstel is echter gebaseerd op artikel 95 EG-Verdrag (thans art. 114 VWEU).

Of harmonisatie een geschikt instrument is om de spanning met betrekking tot gelijke behandeling ten aanzien van onderwijs te reguleren is dus maar de vraag.

Een andere, meer reële, oplossing zou kunnen zijn dat het Hof van Justitie meer ruimte zou laten voor rechtvaardigingsgronden vanwege dwingende redenen van algemeen belang, om op die manier de bevoegdheid van de lidstaten om hun onderwijssystemen vorm te geven meer te respecteren. In *Bressol* lijkt die ruimte wel gegeven, maar de bewijslast voor de lidstaten is bijzonder hoog. In de zaak *Bressol* zal het Grondwettelijke Hof uiteindelijk de afweging moeten maken: geen gemakkelijke opgave, gezien alle omstandigheden die moeten worden meegewogen.

Besluit

Oplossingen zijn dus niet direct voor handen. Het moge duidelijk zijn dat het lastig laveren is tussen belangen als studentenmobiliteit, de gelijke behandeling van Unieburgers en solidariteit tussen de lidstaten die hun eigen onderwijssysteem willen vormgeven. Daarbij speelt natuurlijk ook het belang van de studenten die in hun eigen lidstaat willen gaan studeren en de beperkte plaatsen gevuld zien worden door andere EU-onderdanen. Het einde van de discussie lijkt dus nog niet in zicht. Wellicht is de tijd rijp om bakens te verzetten, hoe en waarheen is nog een veel moeilijkere vraag om te beantwoorden.

33. Richtlijn 93/96/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 inzake het verblijfsrecht voor studenten, Pb. EU 1993, L 317/0059–0060.

34. <http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/cwp2010_nl.pdf>. Het programma noemt wel als ambitie om hoger onderwijs binnen Europa aantrekkelijker te maken.

35. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, COM (2008)414: <<http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5661632>>, zie over die richtlijn ook W. Sauter, 'Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg', *NTER* 2009, p. 1-7.