

Covid-19 en de veerkracht van de EU interne-marktvrijheden

57

S.A. de Vries*

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de verdragsvrijheden die de juridische bouwstenen vormen van de interne markt, en op de vraag of deze bouwstenen voldoende stevig en duurzaam zijn om enerzijds de 'integriteit' van de interne markt te waarborgen en anderzijds voldoende ruimte aan lidstaten te bieden om de noodzakelijke 'coronamaatregelen' te nemen. De nadruk ligt hierbij op het vrije verkeer van goederen (paragraaf 1), werknemers en diensten, en de vrijheid van vestiging (paragraaf 2). Aangezien het vrije verkeer van kapitaal binnen de EU het minst lijkt te zijn geraakt, wordt hier niet verder op ingegaan.¹ Daarnaast wordt ook ingegaan op een aantal interne-marktmaatregelen die de EU heeft genomen om de coronacrisis te lijf te gaan en om te waarborgen dat de interne markt blijft 'functioneren' (paragraaf 3). Ten slotte zal bekeken worden of het EU interne-marktrecht voldoende veerkrachtig is om crises zoals de Covid-19-crisis het hoofd te kunnen blijven bieden. Volgens de conclusies van de voorzitter van de Europese Raad is een goed functionerende interne markt immers een van de vier strategische acties die cruciaal zijn in de gemeenschappelijke routekaart naar herstel.²

De bestrijding van Covid-19 in de Europese Unie had vanuit het perspectief van de verdragsvrijheden uit het EU-werkingsverdrag lange tijd een januskarakter.³ Enerzijds hadden de door sommige EU-lidstaten eenzijdig afgekondigde maatregelen in het voorjaar van 2020 een ongekende impact op het vrije verkeer en de werking van de Europese interne markt. De aanvankelijk 'protectionistische' reflexen van lidstaten en het veronderstelde gebrek aan solidariteit tussen lidstaten konden zo dienen als

script voor Brechts *Dreigroschenoper* waarin de revolutionaire zin 'Erst kommt das Fressen, dann kommt die Moral' werd uitgesproken.

De grootste zorg van de coronacrisis is de bescherming van de volksgezondheid. De maatregelen die lidstaten hebben genomen om de gezondheid van hun eigen bevolking te beschermen, waaronder het sluiten van de grenzen en de beperking van de uitvoer van medicijnen en medische beschermingsmaterialen als mondkapjes, waren dan ook niet erg verrassend.⁴

Anderzijds hebben juist de interne markt en het EU interne-marktrecht een sleutelrol gespeeld en kunnen ook in de toekomst een sleutelrol spelen in een Europese aanpak van de bestrijding van de coronacrisis, hetgeen vooral van belang is gezien de beperkte bevoegdheid van de EU om (juridisch bindende) maatregelen te nemen op het terrein van de volksgezondheid. Zo verbiedt artikel 168 VWEU, dat de rechtsgrondslag vormt voor Unie-maatregelen op het gebied van de volksgezondheid, de harmonisering van nationale, wettelijke bepalingen en stelt deze bepaling dat de verantwoordelijkheid voor de bepaling, organisatie en financiering van het volksgezondheidsbeleid bij de lidstaten ligt.

Bovendien zijn er veel ('soft law'-) maatregelen genomen op EU-niveau die ondanks de sluiting van de grenzen ervoor moeten zorgen dat goederen, diensten en personen die in essentiële sectoren werken hun plek van bestemming kunnen bereiken. Ook is er, bijvoorbeeld, gekozen voor een gezamenlijke inkoop van medicijnen en vaccins, die vervolgens verdeeld worden over de lidstaten.⁵

* Prof. mr. S.A. de Vries is hoogleraar EU interne-marktrecht en grondrechten aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. Ik ben veel dank verschuldigd aan Martijn Noordergraaf, masterstudent European Law, voor zijn hulp bij het redactiewerk.

1 F. Bostoen e.a., 'Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis', *European Competition and Regulatory Law Review* (4) 2020, afl. 2, p. 88.

2 Conclusies van de voorzitter van de Europese Raad na de videoconferentie met de leden van de Europese Raad, 23 april 2020.

3 Naar de Romeinse god Janus die afgebeeld wordt met twee gezichten.

4 Voor een uitgebreide analyse van de impact van Covid-19 op de interne markt, zie ook: J. Scott Marcus e.a., *The impact of COVID-19 on the Internal Market*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, february 2021, www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2021/02-22/p10_Study_Covid-19_EN.pdf.

5 Zie over verschillende andere maatregelen H.A.G. Temmink, 'De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?', *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 73-75.

1. Het vrije verkeer van goederen

Covid-19 heeft op verschillende wijzen een impact op het vrije verkeer van goederen binnen de Europese interne markt.⁶ De in- en uitvoer van goederen naar en uit derde landen, inclusief het Verenigd Koninkrijk, wordt hier niet besproken.⁷

Het begrip ‘goed’ moet ruim worden uitgelegd. Bij goederen gaat het in beginsel om stoffelijke voorwerpen die op geld waardeerbaar zijn.⁸ Zo moeten medicijnen, vaccins, medische beschermingsmiddelen en allerlei andere ‘Covid-19-producten’ beschouwd worden als goederen in de zin van de bepalingen in het VWEU. Maar wanneer het gaat om illegale producten – producten waarvoor een volstrekt invoer- en verhandelingsverbod in alle lidstaten geldt om te voorkomen dat deze producten in het economische en commerciële circuit worden gebracht, zoals (soft)drugs – zijn de verdragsvrijheden waaronder het vrije verkeer van goederen niet van toepassing.⁹ In de *Josemans*-zaak onderscheidt het Hof (soft)drugs van andere (verdovende) middelen die zich in een strikt gecontroleerd circuit ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden bevinden.

Daarnaast is, mede onder invloed van de digitalisering van de samenleving en de interne markt, het belang van de verdragsbepalingen inzake het vrije dienstenverkeer ten opzichte van die betreffende het goederenverkeer toegenomen. Dit komt in zekere zin ook tot uiting in de rechtspraak van het Hof waarin nationale regelgeving aan de orde is die betrekking heeft op de verkoop van goederen, maar getoetst wordt aan de EU-regels over diensten. Zo bepaalde het Hof in de zaak *Visser Vastgoed* dat voorschriften van een bestemmingsplan niet de goederen zelf, maar de voorwaarden voor de geografische ligging van activiteiten in verband met de verkoop van bepaalde goederen, dus de voorwaarden voor toegang tot die activiteiten, betreffen. Het ging hier om de detailhandel in schoenen die zo onder de Dienstenrichtlijn werd geschaard.¹⁰ Overigens is hiermee nog niet gezegd dat de *verdragsbepalingen* inzake vestiging en diensten onverkort van toepassing zijn op de detailhandel.

Met het almaar grotere belang van het internet en het intensieve gebruik daarvan tijdens de coronacrisis, waarbij fysieke winkels het sowieso erg moeilijk hebben, wordt Europese regelgeving op het terrein van diensten nog relevanter. Daarbij vallen digitale producten, zoals

digitale muziek of e-boeken, zeer waarschijnlijk ook onder het vrije verkeer van diensten.¹¹ Ondanks deze opmars van diensten, blijven goederen uiteraard cruciaal voor de samenleving en de economie, ook in een deels digitaal Europa.

1.1. Covid-19 en nationale maatregelen die het goederenverkeer binnen de Europese interne markt beperken

Binnen de ruimte van de interne markt kunnen lidstaten de *uitvoer* van bepaalde goederen beperken ter bescherming van de gezondheid van de eigen bevolking (a) of de *invoer* van goederen zoals levensmiddelen, om de voedselproductie in eigen land en de voedselvoorziening op de nationale markt te waarborgen. Bovendien kunnen lidstaten maatregelen nemen ter bescherming van de volksgezondheid die de verkoop van allerlei producten, inclusief ingevoerde medische goederen, treffen (b).

a. Exportrestricties en de reikwijdte van artikel 35 VWEU

Wanneer lidstaten maatregelen nemen om redenen die verband houden met het veiligstellen van de bevoorrading van essentiële medische producten, zoals beschermingsmaterialen, medicijnen of medische instrumenten, waaronder ventilatoren, komt artikel 35 VWEU in beeld.¹² Waar artikel 34 VWEU op de invoer van goederen betrekking heeft, verbiedt artikel 35 VWEU kwantitatieve *uitvoer*beperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten. De verbodsbepaling van artikel 35 VWEU lijkt echter een beperktere strekking te hebben dan die van artikel 34 VWEU.

In de *Groenveld*-zaak heeft het Hof de reikwijdte van de verbodsbepaling van artikel 35 VWEU beperkt tot discriminerende maatregelen. Voor de toepassing van artikel 35 VWEU moet, volgens het Hof in *Groenveld*, aan twee voorwaarden zijn voldaan: (1) nationale maatregelen moeten een specifieke beperking van het uitgaande goederenverkeer tot doel of tot gevolg hebben en (2) deze maatregelen moeten tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat leiden, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat ten koste van de productie en handel van andere lidstaten een bijzonder voordeel wordt verleend.¹³

De beperktere strekking van artikel 35 VWEU in vergelijking met artikel 34 VWEU kan verklaard worden door

6 H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 73-75.

7 Zie hiervoor uitgebreid H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 73-75.

8 HvJ EG 10 december 1968, C-7/68, ECLI:EU:C:1968:51 (*Italiaanse kunstschaten*); HvJ EG 9 juli 1992, C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310 (*Waalse afvalstoffen*).

9 HvJ EU 16 december 2010, C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774, r.o. 41 en 42 (*Josemans*).

10 HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, r.o. 90-91 (*Visser Vastgoed*).

11 S.A. de Vries, ‘Chapter 1 – The Resilience of the EU Single Market’s Building Blocks in the Face of Digitalization’, in: U. Bernitz e.a. (red.), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2020, p. 12.

12 F. Bostoen e.a., ‘Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis’, *European Competition and Regulatory Law Review* (4) 2020, afl. 2, p. 72-95.

13 HvJ EG 8 november 1979, C-15/79, ECLI:EU:C:1979:253, r.o. 7 (*Groenveld*); zie bijvoorbeeld ook HvJ EG 9 juni 1992, C-47/90, ECLI:EU:C:1992:250, *Jur.* 1992, p. I-3669 (*Delhaiz*); HvJ EG 19 maart 1998, C-1/96, ECLI:EU:C:1998:113 (*Compassion in World Farming*); HvJ EG 25 juni 1998, C-203/96, ECLI:EU:C:1998:316, *Jur.* 1998, p. I-4075, r.o. 42 (*Dusseldorp*) en HvJ EG 16 mei 2000, C-388/95, ECLI:EU:C:2000:244, *Jur.* 2000, p. 3123 (*Rioja*).

een aantal redenen. In de eerste plaats zou een uitbreiding van het verbod van artikel 35 VWEU kunnen betekenen dat ook allerlei productiebeperkingen die nauwelijks of geen aanknopingspunten hebben met het tussenstaatse handelsverkeer, verboden zijn. Dit ondergraaft de rechtspraak inzake interne situaties, waarvan het uitgangspunt is dat alleen wanneer sprake is van grensoverschrijdende situaties, de vrijverkeerbepalingen van toepassing zijn. In de tweede plaats zouden andere maatregelen die eigenlijk binnen de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen (artikel 49 VWEU), onder artikel 35 VWEU kunnen vallen.

Ten slotte zouden exportbeperkingen een fundamenteel verschillend karakter hebben in vergelijking met importbeperkingen, aangezien lidstaten nauwelijks prikkels hebben om de export van goederen aan banden te leggen.¹⁴ Het is immers op het eerste gezicht niet zo vanzelfsprekend dat een lidstaat de export van haar eigen producten aan banden legt.

Niettemin maakt Covid-19 duidelijk dat een lidstaat redenen kan hebben om de uitvoer van goederen te beperken, bijvoorbeeld vanwege het veiligstellen van een voldoende voorraad van medische producten. Voorbeelden buiten de context van de coronacrisis zijn exportrestricties voor cultuurgoederen die in het nationale belang zijn, milieumaatregelen die de uitvoer van afval beperken, exportbeperkingen op de uitvoer van levende kalveren ter bescherming van het leven en de gezondheid van dieren, of een maatregel die hierna wordt besproken en beoogt consumenten te beschermen.¹⁵

In de literatuur is gepleit voor de introductie van een bredere toets waarbij ook niet-discriminerende en belemmerende maatregelen onder het verbod van artikel 35 VWEU gebracht konden worden. Dit zou vanuit het oogpunt van een coherente toepassing van de verdragsvrijheden en het proces convergentie wenselijk zijn. Een parallel kan dan worden getrokken met artikel 56 VWEU inzake het vrije verkeer van diensten waarvoor een brede markttoegangstoets geldt.¹⁶ Deze stap is niet, althans niet expliciet, gezet door het HvJ EU, maar het heeft zijn rechtspraak wel aangepast. Zo bepaalde het Hof in *Gysbrechts* dat Belgische wetgeving inzake verkoop op afstand, waarin een verbod is neergelegd om gedurende de herroepingstermijn een voorschot of betaling te eisen van de consument, in strijd was met artikel 35 VWEU. Gezien

het feit dat het verbod met name gevolgen heeft voor grensoverschrijdende verkopen aan consumenten, is de Belgische regeling nadeliger voor de uitvoer van producten dan voor de handel in producten op de nationale markt van die lidstaat. Het Hof verwijst naar de *Groenveld*-test, maar lijkt de tweede eis van de tweede voorwaarde, namelijk dat aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat ten koste van de productie en handel van andere lidstaten een bijzonder voordeel wordt verleend, te laten vallen. Hiermee wordt duidelijk dat in ieder geval indirect discriminerende maatregelen die in beginsel zonder onderscheid van toepassing zijn onder het verbod van artikel 35 VWEU vallen.¹⁷ Dit kan nog explicieter worden afgeleid uit de *New Valmar*-zaak waarin het Hof bevestigt dat artikel 35 VWEU ook beperkende maatregelen verbiedt. In deze zaak ging het om een regeling van de Vlaamse Gemeenschap, die elke onderneming die haar exploitatiezetel op het grondgebied van deze gefederaliseerde eenheid heeft, de verplichting oplegt om voor alle vermeldingen op facturen betreffende grensoverschrijdende transacties uitsluitend de officiële taal van deze eenheid te gebruiken, op straffe van door de rechter ambtshalve aan te voeren nietigheid van deze facturen.¹⁸ Zonder te verwijzen naar het *Groenveld*-arrest maar wel naar *Gysbrechts* en rechtspraak inzake artikel 34 VWEU, en door te spreken in termen van beperkingen en rechtvaardigingen, lijkt het Hof deze roep voor een uitbreiding van het verbod van artikel 35 VWEU in de richting van artikel 34 VWEU definitief te omarmen.

De nationale maatregelen die de uitvoer van medische producten en hulpmiddelen beoogden te beperken, vallen aldus eenvoudig onder de verbodsnorm van artikel 35 VWEU en dienen dus gerechtvaardigd te worden (zie hierna).

b. Importrestricties

Discriminerende maatregelen ter bescherming van de eigen voedselproductie

Een aantal lidstaten, zoals Polen en Bulgarije, heeft ten gevolge van de effecten van de coronacrisis voor onder andere de landbouwsector maatregelen getroffen om de verkoop van eigen agrofoodproducten te bevorderen, ten koste van ingevoerde levensmiddelen. Zo is de Europese

14 P. Oliver (geassisteerd door M. Jarvis), *Free Movement of Goods in the European Community*, Londen: Sweet and Maxwell 2003, p. 140; overigens beargumenteert Oliver samen met Enchelmaier in een artikel in *Common Market Law Review* dat 'a re-assessment of the rationale of Article 29 [nu: artikel 35 VWEU] is in order', maar wijzen zij tegelijkertijd op vorengenoemde overwegingen om artikel 35 VWEU enger te interpreteren dan artikel 34 VWEU: P. Oliver & S. Enchelmaier, 'Free movement of goods: recent developments in the case law', *Common Market Law Review* (44) 2007, afl. 3, p. 685-686.

15 HvJ EG 10 juli 1984, C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256, *Jur.* 1984, p. 2727 (*Campus Oil*); HvJ EG 23 mei 1996, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205, *Jur.* 1996, p. I-2553 (*Hedley Lomas*); HvJ EG 19 maart 1998, C-1/96, ECLI:EU:C:1998:113, *Jur.* 1998, p. I-1251 (*Compassion in World Farming*); HvJ EU 16 december 2008, C-205/07, ECLI:EU:C:2008:730 (*Gysbrechts*).

16 In zijn conclusie in de *Alpine Investments*-zaak (zie hierna) stelde advocaat-generaal Jacobs voor om de rechtspraak van het Hof betreffende het vrije verkeer van goederen analoog toe te passen aan de rechtspraak inzake het vrije verkeer van diensten: concl. A-G F.G. Jacobs, ECLI:EU:C:1995:15, bij HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126, *Jur.* 1995, p. I-1141, r.o. 55 (*Alpine Investments*); W.-H. Roth, 'Export of Goods and Services within the Single Market: Reflections on the Scope of Articles 29 and 49 EC', in: T. Tridimas & P. Nebbia (red.), *European Union Law for the Twenty-First Century – Rethinking the New Legal Order, Volume 2*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 33-48; C.W.A. Timmermans, 'Annotatie bij HvJ EG C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 (*Alpine Investments*)', *SEW* 1996, p. 246; Zie ook C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 97-99 en 104.

17 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 99; W. Devroe & N. Colpaert, 'Corona and EU economic law: Free movement of goods', *lexion.eu* 15 maart 2020.

18 HvJ EU 21 juni 2016, C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464 (*New Valmar BVBA*).

Commissie een inbreukprocedure gestart tegen Bulgarije in verband met maatregelen die winkeliers en supermarkten verplicht om aparte ruimtes in te richten voor Bulgaarse producten, zoals melk, vis, vlees, eieren, honing, fruit en groente, en om 90% van hun melk- en zuivelproducten af te nemen van Bulgaarse producenten. Volgens de Commissie zijn de maatregelen in strijd met artikel 34 VWEU, ‘aangezien zij gunstigere en concurrerendere voorwaarden scheppen voor het in de handel brengen van binnenlandse levensmiddelen en ingevoerde soortgelijke producten discrimineren’. Maar ook artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging is volgens de Commissie door Bulgarije geschonden (zie hierna).¹⁹

Ook in andere lidstaten worden consumenten aangespoord tot het kopen van nationale levensmiddelen om de eigen landbouw en lokale boeren te ondersteunen of, zoals in Griekenland, om een gezonder, mediterraneet dieet te bevorderen in de strijd tegen Covid-19.²⁰

De ernst van de inbreuk op het vrije verkeer van vorengenoemde nationale maatregelen kan verschillen, gezien het feit dat het soms gaat om een expliciete wettelijke verplichting om een bepaalde hoeveelheid binnenlandse producten af te nemen en/of om de verkoopoppervlakte van een winkel nader te bepalen, en soms om ‘slechts’ een campagne of aansporing om vooral binnenlandse producten te verkopen. Blijkens de rechtspraak van het Hof kunnen al deze situaties leiden tot een inbreuk op de vrijverkeerbepalingen. Volgens deze rechtspraak zijn nationale praktijken die ertoe strekken de aankoop van binnenlandse producten aan te moedigen en daarbij het handelsverkeer tussen lidstaten af te remmen in beginsel in strijd met artikel 34 VWEU. Dit geldt ook voor maatregelen die geen bindende kracht hebben maar wel het gedrag van handelaren en consumenten kunnen beïnvloeden, aldus het Hof in de klassieke *Buy Irish*-zaak.²¹ De Europese Commissie had Ierland voor het Hof gedaagd vanwege een aantal maatregelen die de verkoop van Ierse producten beoogden te bevorderen, zoals onder andere het bieden van tentoonstellingsfaciliteiten voor het exposeren van uitsluitend Ierse producten in een groot centrum in Dublin, de aanmoediging van het label ‘gwarantied Irish’ voor Ierse producten en het opzetten van een grootschalige reclamecampagne door de ‘Irish Goods Council’ voor Ierse producten. In *Buy Irish* stelde het Hof overigens wel dat voor de toepassing van artikel 34 VWEU de campagnes ter bevordering van de koop van eigen producten aan de regering moeten kunnen worden toe-

gerekend en over het gehele grondgebied strak moeten zijn georganiseerd.²²

In de *Apple and Pear Development Council*-zaak heeft het Hof de reikwijdte van de *Buy Irish*-uitspraak verduidelijkt. Wanneer een Brits publiekrechtelijk orgaan de kwaliteiten van Engels fruit aanprijst of reclamecampagnes opzet om de bijzondere eigenschappen van Engels en binnenlands fruit te onderstrepen, is dit niet in strijd met artikel 34 VWEU. Maar wanneer een dergelijk orgaan met zijn publiciteit ten doel heeft het kopen van producten uit andere lidstaten te ontraden of die producten bij de consumenten in diskrediet te brengen of de consumenten aanraadt binnenlandse producten te kopen uitsluitend omdat zij uit eigen land komen, dan is artikel 34 VWEU wel geschonden.²³

Wanneer een individuele minister of ambtenaar in tijden van corona oproept tot ‘voedselpatriotisme’, hetgeen in een aantal lidstaten gebeurde, is het dus nog maar de vraag of deze praktijk onder artikel 34 VWEU valt. Volgens het Hof in de *AGM.COS-MET*-zaak konden de uitlatingen van een Finse ambtenaar in de pers en op de televisie over de vermeende onveiligheid van Italiaanse hefbruggen na een ongeluk in een garage in Finland, gezien worden als een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 34 VWEU. Maar deze uitlatingen werden gedaan door de op het ministerie verantwoordelijke ambtenaar en regelmatig herhaald in de pers, waarbij de veiligheid van een bepaald product in twijfel werd getrokken en als gevolg hiervan de afzet van hefbruggen van AGM.COS-MET op de Finse markt daalde. Dergelijke uitspraken kunnen dan ook worden onderscheiden van de enkele oproep van een minister of ambtenaar om vooral nationale of lokale producten te kopen.²⁴ Overigens kunnen overheden van lidstaten de koop van producten van ‘lokale’ oorsprong sowieso nog wel aanmoedigen zonder dat daarbij meteen artikel 34 VWEU in het vizier komt. Zo kunnen ‘lokale’ producten immers ook uit een andere lidstaat komen. Peter Oliver geeft het voorbeeld van producten die uit Ventimiglia in Italië komen en in het Franse Menton worden verkocht. De afstand tussen het Italiaanse Ventimiglia en het Franse Menton is immers veel kleiner dan de afstand tussen het Franse Quimper in het westen van Bretagne en Menton.²⁵

In de mededeling ‘Afzetbevordering en voorlichting ten behoeve van landbouwproducten, een strategie met een belangrijke Europese meerwaarde om de smaken van

19 Zie persberichten van de Europese Commissie: ‘Inbreukenpakket voor mei: voornaamste beslissingen’, ec.europa.eu 14 mei 2020 en ‘Inbreukenpakket voor oktober: voornaamste beslissingen’, europa-nu.nl 30 oktober 2020; H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 81; P. Oliver, ‘Chapter 30 – Covid-19 and the free movement of goods: reaching for the placebo of protectionism’, in: D. Utrilla & A. Shabbir, *EU Law in Times of Pandemic*, EU Law Live 2020, p. 287.

20 N. Foote, ‘Commission warns against shift towards protectionism in agri-food sector’, euractiv.com 23 april 2020.

21 HvJ EG 24 november 1982, C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402, r.o. 28 (*Buy Irish*).

22 HvJ EG 24 november 1982, C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402, r.o. 29 (*Buy Irish*).

23 HvJ EG 13 december 1983, C-222/82, ECLI:EU:C:1983:370, r.o. 33 (*Apple and Pear Development Council/Lewis*). Zie ook P. Oliver (geassisteerd door M. Jarvis), *Free Movement of Goods in the European Community*, Londen: Sweet and Maxwell 2003, p. 167-168.

24 P. Oliver, ‘Chapter 30 – Covid-19 and the free movement of goods: reaching for the placebo of protectionism’, in: D. Utrilla & A. Shabbir, *EU Law in Times of Pandemic*, EU Law Live 2020, p. 287. Het voorstel van de Bulgaarse vicepremier in april 2020 om ingevoerde voedselproducten in quarantaine te houden ging natuurlijk veel verder: K. Nikolov, ‘Bulgarian minister wants to put imported food “under quarantine”’, euractiv.com 10 april 2020.

25 P. Oliver, ‘Chapter 30 – Covid-19 and the free movement of goods: reaching for the placebo of protectionism’, in: D. Utrilla & A. Shabbir, *EU Law in Times of Pandemic*, EU Law Live 2020, p. 288.

Europa beter onder de aandacht te brengen' van de Europese Commissie, stelt de Commissie het volgende: 'Nog volledig afgezien van de etiketteringsvoorschriften die op de betrokken producten van toepassing zijn, zou de vermelding van de nationale oorsprong op de binnenmarkt (behalve als het gaat om een op Europees niveau erkende benaming) tot doel hebben de consumptie van uit die lidstaat afkomstige producten te verhogen. In het kader van de voorschriften over het vrije verkeer van goederen zou dit worden beschouwd als een maatregel die gelijkwaardig is aan een kwantitatieve beperking van de intra-uniale handel. De oorsprong mag dus niet als voornaamste, maar enkel als secundair gegevenelement worden vermeld.'²⁶

Niettemin past een grotere aandacht voor lokale producten bij een meer duurzame voedselproductie en -voorziening, zoals de Europese Commissie ook erkent in haar recente 'van boer tot bord'-strategie ('Farm to Fork Strategy') voor een eerlijk, gezond en milieuvriendelijk voedselsysteem:

'Om de regionale en lokale voedselsystemen veerkrachtiger te maken wil de Commissie zich bovendien inzetten om kortere toeleveringsketens te realiseren en de afhankelijkheid van langeafstandstransport te verminderen (in 2017 werd ongeveer 1,3 miljard ton aan primaire landbouw-, bosbouw- en visserijproducten over de weg vervoerd).'²⁷

Andere 'coronagerelateerde' maatregelen die mogelijk invloed hebben op de invoer

Lidstaten zijn in de strijd tegen Covid-19 ook overgegaan tot het sluiten van winkels, het stellen van beperkingen op de verkoop van mondmaskers, het nader bepalen van waar medische beschermingsmiddelen mogen worden verkocht, het opleggen van informatieverplichtingen, verpakkingseisen, of het invoeren van maximumprijzen voor desinfectiemiddelen.²⁸

Een aantal van deze maatregelen kunnen, ook wanneer zij zonder onderscheid van toepassing zijn, onder het verbod van artikel 34 VWEU vallen, mits er sprake is van een maatregel van gelijke werking in de zin van de *Dassonville*- en *Cassis de Dijon*-zaken.²⁹ Nationale regels die bepalen dat winkels gedurende een bepaalde periode gesloten moeten blijven, roepen de Britse zondagsluitingswetgeving in herinnering, waarover het Hof aanvankelijk bepaalde dat zij in beginsel niet het doel heeft om handelsstromen tussen lidstaten te beheersen maar gevolgen kan hebben die verdergaan dan noodzakelijk is voor de bereiking van het doel.³⁰ Dit leidde tot nogal warrige rechtspraak van nationale rechters over deze zondagsluitingswetgeving. In de *Keck*-uitspraak probeerde het Hof het een en ander te verduidelijken door te bepalen dat regelingen die, in tegenstelling tot producteisen, bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen niet meer onder het verbod van artikel 34 VWEU vallen mits is voldaan aan de randvoorwaarden genoemd in rechtsoverweging 16.³¹ De maatregelen moeten gelijkelijk van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en rechtens of feitelijk dezelfde invloed hebben op producten uit andere lidstaten.

Het gaat dan om, onder andere, maatregelen die betrekking hebben op winkelsluiting in het weekend of, zoals nu, gedurende de coronacrisis voor een langere periode, of maatregelen die bepalen in welke winkels medische producten en beschermingsmaterialen mogen worden verkocht. In latere rechtspraak heeft het Hof zijn *Keck*-uitspraak verder verfijnd en duidelijk gemaakt dat voor de toepassing van het verbod van artikel 34 VWEU relevant is of de markttoegang wordt belemmerd.³² De kern van de *Dassonville*- en *Cassis de Dijon*-rechtspraak is niet aangetast.³³ Dit betekent dat maatregelen die bepalen dat mondmaskers of andere medische beschermingsmiddelen alleen in een apotheek mogen worden verkocht, in beginsel buiten het verbod van artikel 34 VWEU vallen. Maar wanneer blijkt dat een nationale regeling de internetverkoop verbiedt van medische beschermingsmiddelen die in buitenlandse apotheken worden verkocht, kan de markttoegang zijn beperkt en is artikel 34 VWEU wel van toepassing.³⁴ Een langdurige sluiting van winkels zou hetzelfde negatieve effect kunnen hebben op de toegang tot de markt en dus onder het verbod van artikel 34 VWEU vallen.³⁵

Het opleggen van maximumprijzen lijkt – in tegenstelling tot minimumprijzen – in beginsel niet problematisch in het licht van artikel 34 VWEU, tenzij er sprake is van discriminatie.³⁶ Dit geldt ook voor de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten.³⁷

²⁶ COM(148)2012 final, p. 9.

²⁷ Mededeling van de Commissie, 'Een "van boer tot bord"-strategie voor een eerlijk, gezond en milieuvriendelijk voedselsysteem', COM(381)2020 final, par. 2.3.

²⁸ F. Bostoen e.a., 'Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis', *European Competition and Regulatory Law Review* (4) 2020, afl. 2, p. 72-95.

²⁹ HvJ EG 11 juli 1974, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*); HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

³⁰ HvJ EG 23 november 1989, C-145/88, ECLI:EU:C:1989:593 (*Torfaen Borough Council*).

³¹ HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 (*Keck & Mithouard*).

³² HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66 (*Commissie/Italië (aanhangwagens)*); zie ook S.A. de Vries, 'Goods Revisited', *NtER* 2009, afl. 4, p. 121-130.

³³ H.A.G. Temmink, 'De betekenis van Keck en Mithouard voor de Europese economische integratie: Much Ado About Nothing?', *SEW* 2015, afl. 11, p. 505.

³⁴ Zie HvJ EG 11 december 2003, C-322/01, ECLI:EU:C:2003:664, r.o. 73-75 (*Doc Morris*).

³⁵ F. Bostoen e.a., 'Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis', *European Competition and Regulatory Law Review* (4) 2020, afl. 2, p. 90.

³⁶ Zie voor minimumprijzen bijvoorbeeld de Oostenrijkse *Libro*-zaak: HvJ EG 30 april 2009, C-531/07, ECLI:EU:C:2009:276 (*Libro*). Zie ook P. Oliver (geassisteerd door M. Jarvis), *Free Movement of Goods in the European Community*, Londen: Sweet and Maxwell 2003, p. 194-196 en C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 84.

³⁷ HvJ EU 29 maart 2011, C-565/08, ECLI:EU:C:2011:188 (*Commissie/Italiaanse Republiek*).

1.2. Nationale maatregelen en de volksgezondheids-exceptie

Zoals bekend bestaan er twee typen excepties in het EU-recht waarop lidstaten een beroep kunnen doen ter rechtvaardiging van een inbreuk op het vrije verkeer van goederen, namelijk de verdragsrechtelijke exceptie van artikel 36 VWEU en de 'rule of reason'-exceptie, die in de rechtspraak van het Hof is ontwikkeld, vooral sinds het fameuze *Cassis de Dijon*-arrest.³⁸ Als het gaat om de inroepbaarheid van deze excepties zijn er in beginsel twee verschillen. Allereerst kent artikel 36 VWEU een gesloten karakter, terwijl de rule of reason-exceptie een open groep van niet-economische publieke belangen omvat. Met andere woorden, de rechtvaardigingsgronden in artikel 36 VWEU zijn limitatief en moeten restrictief worden uitgelegd.³⁹ In de tweede plaats is het uitgangspunt dat in geval van discriminerende handelsbeperkingen, in tegenstelling tot artikel 36 VWEU, geen beroep kan worden gedaan op de rule of reason-exceptie. De rechtspraak hierover is continu in beweging, mede vanwege het feit dat het Verdrag op dit punt nooit gewijzigd is en sommige inmiddels zwaarwegende publieke belangen als milieubescherming nooit expliciet in artikel 36 VWEU zijn opgenomen.⁴⁰ Gezien het dynamische karakter van het interne-marktrecht, is dan ook creativiteit van het Hof vereist. Daarbij is het Hof de laatste decennia steeds vaker geconfronteerd met zaken waarin grondrechten als eigenstandige exceptie op het vrije verkeer worden ingeroepen, hetgeen pleit voor een ruimere toepassing van de excepties in geval van discriminerende maatregelen.⁴¹

1.2.1. Het grote belang van de volksgezondheids-exceptie

Aangezien artikel 36 VWEU expliciet de bescherming van de gezondheid en het leven van personen als rechtvaardigingsgrond noemt, is dit de in verband met Covid-19 belangrijkste exceptie die door lidstaten kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van verboden handelsbelemmeringen. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU hebben lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid om de gezondheid van hun burgers binnen de juridische kaders van de interne markt te beschermen. In het arrest *De Peijper* stelt het Hof dat de gezondheid en het leven van personen de eerste plaats inneemt onder de in artikel 36 VWEU genoemde belangen en staat het Hof aan de lidstaten toe om binnen de door het Verdrag gestelde grenzen te beslissen over de mate waarin zij de bescherming daarvan willen waarborgen.⁴²

Het belang van de bescherming van de volksgezondheid binnen de context van de interne markt en het vrije verkeer werd ook onderstreept door het Gerecht in een kortgedingprocedure die was aangespannen tegen de Commissiebeschikking die in verband met de gekke-koeienziekte de uitvoer van runderen, rundvlees en rundvleesproducten uit het Verenigd Koninkrijk verbood. Volgens het Gerecht leidt 'de afweging van de betrokken belangen in elk geval tot de erkenning van de absolute voorrang van de bescherming van de volksgezondheid tegen een dodelijk risico, dat bij de huidige stand van de wetenschap geenszins kan worden uitgesloten, boven de, zelfs moeilijk te herstellen, economische schade, die mogelijkerwijs voortvloeit uit de toepassing van deze beschikking en die de verzoekers kunnen doen gelden'.⁴³ Dat de bescherming van de gezondheid inderdaad een prominente plaats inneemt in het Unierecht blijkt ook uit andere bepalingen in het Verdrag en het EU Handvest van de grondrechten. Zo stelt artikel 35 Handvest dat '[e]nieder recht [heeft] op toegang tot preventieve gezondheidszorg en medische verzorging en onder de door de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden. Bij de bepaling en de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie wordt een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid verzekerd'. In artikel 168 VWEU, dat de rechtsgrondslag vormt voor EU-maatregelen op het gebied van de volksgezondheid, en artikel 114 lid 3 VWEU, dat de rechtsgrondslag voor interne-marktregelgeving betreft, wordt verwezen naar een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid dat moet worden verzekerd in de bepaling en uitvoering van elk beleid en elk optreden van de Unie.

1.2.2. Het proportionaliteits- en voorzorgsbeginsel

Ondanks het grote belang van de volksgezondheids-exceptie uit artikel 36 VWEU hebben lidstaten geen 'carte blanche' in het afschermen van de eigen markt met als doel de bescherming van de gezondheid van de eigen bevolking. Er moet wel voldaan zijn aan een aantal voorwaarden, in het bijzonder aan het proportionaliteitsvereiste, ook al kunnen die voorwaarden versoepeld worden in tijden van crisis. In de eerste plaats moeten de maatregelen *geschikt* zijn om de volksgezondheid te beschermen, oftewel er bestaat een causaal verband tussen de genomen maatregel en het te beschermen belang. De maatregelen die de uitvoer van geneesmiddelen en medische beschermingsmiddelen beperkten, werden alle ingegeven door de op 11 maart 2020 door de Wereldgezondheidsorganisatie (WTO) uitgeroepen coronapandemie en de bescherming van de eigen bevolking tegen Covid-19. Bovendien mogen binnen de grenzen van het vrije goederenverkeer

38 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

39 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 146-147.

40 Zie bijvoorbeeld S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen: Europa Law Publishing 2006; zie ook S.A. de Vries, 'Dassonville – Over Schotse whisky, Cassis de Dijon en... koffie', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 95.

41 S. Weatherill, 'Protecting the Internal Market from the Charter', in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 216-217.

42 HvJ EG 20 mei 1976, C-104/75, ECLI:EU:C:1976:67, r.o. 15 (*De Peijper*).

43 GvEA EG 13 juli 1996, T-76/96R, ECLI:EU:T:1996:110, samenvatting, r.o. 4 (*National Farmers' Union/Commission*); zie ook P. Oliver (geassisteerd door M. Jarvis), *Free Movement of Goods in the European Community*, Londen: Sweet and Maxwell 2003, p. 257.

de lidstaten beslissen over de mate waarin zij de bescherming van de gezondheid en het leven van personen willen waarborgen wanneer er wetenschappelijke onzekerheden bestaan.⁴⁴

In de tweede plaats moeten de maatregelen *noodzakelijk* zijn om de doelstellingen te verwezenlijken, dat wil zeggen er mogen geen minder belemmerende alternatieven voorhanden zijn. In zaken waarbij lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben om beleidsdoelstellingen te verwezenlijken, zoals in zaken waarin de volksgezondheid in het geding is, zien we vaak eerder een procedurele invulling van de proportionaliteitstoets waarbij het Hof lidstaten eisen van goed bestuur ('good governance') oplegt, zoals, bijvoorbeeld, het openstaan voor door de maatregel getroffen marktdeelnemers van een gemakkelijk toegankelijke (beroeps)procedure, en coherentie en transparantie.⁴⁵

Verder kan hier het voorzorgsbeginsel een belangrijke rol spelen.⁴⁶ In de zaak over de gekkekoecienziekte, waarin het Verenigd Koninkrijk beroep tot nietigverklaring had ingesteld tegen de beschikking van de Europese Commissie die de uitvoer van runderen, rundvlees en afgeleide producten uit het Verenigd Koninkrijk naar de lidstaten en derde landen verbood, stelde het Hof het volgende:

'Bij onzekerheid omtrent het bestaan en de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid moeten de instellingen evenwel beschermende maatregelen kunnen nemen, zonder te behoeven wachten totdat ten volle blijkt dat deze risico's inderdaad bestaan en groot zijn.

Deze benadering wordt bevestigd door artikel 130 R, lid 1, EG-Verdrag [nu: artikel 191 lid 1 VWEU], volgens hetwelk de bescherming van de gezondheid van de mens tot de doelstellingen van het beleid van de Gemeenschap op milieugebied behoort. Volgens lid 2 van dit artikel berust dit beleid dat een hoge graad van bescherming beoogt, met name op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, en moeten de eisen ter zake van milieubescherming in het bepalen en uitvoeren van gemeenschapsbeleid op andere gebieden worden geïntegreerd.'⁴⁷

Wanneer blijkt dat er onzekerheid bestaat over de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid staat het, volgens het Hof in de *Sandoz*-zaak over gevitamineerde voedingswaren, 'aan de lidstaten om, bij ontbreken van harmonisatie en wanneer bij de huidige stand van het wetenschappelijk onderzoek onzekerheden blijven bestaan, te beslissen over de mate waarin zij de bescherming van de gezondheid en het leven van personen willen

waarborgen, waarbij zij echter rekening dienen te houden met de vereisten van het vrije goederenverkeer binnen de Gemeenschap'.⁴⁸

Het Hof vereist wel een grondige evaluatie van de gestelde gezondheidsrisico's, bijvoorbeeld aan de hand van nauwkeurige statistische gegevens, alvorens een lidstaat met ingrijpende maatregelen komt die het vrije verkeer van goederen ernstig belemmeren.⁴⁹ Dit blijkt uit de zaak *Commissie/Denemarken* over additieven in levensmiddelen:

'Een verbod op het in de handel brengen, overigens de meest ingrijpende belemmering van het handelsverkeer in producten die in andere lidstaten rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, kan slechts worden uitgevaardigd indien het aangevoerde reële gevaar voor de volksgezondheid voldoende aannemelijk voorkomt op basis van de wetenschappelijke gegevens die op de datum van de uitvaardiging van dat verbod beschikbaar zijn. In die context betreft de door de lidstaat te verrichten evaluatie de waarschijnlijkheid van de negatieve gevolgen van de toevoeging van bepaalde nutriënten aan levensmiddelen voor de gezondheid van de mens en de ernst van die potentiële gevolgen.'⁵⁰

Onder de proportionaliteitstoets hoeven volgens de rechtspraak van het Hof nationale autoriteiten niet *positief* aan te tonen dat het legitieme doel dat wordt nagestreefd, niet met andere denkbare maatregelen kan worden bereikt onder dezelfde omstandigheden. De nationale rechter beoordeelt dan vervolgens of het bewijs relevant is en kan rekening houden met de bestaande wetenschappelijke onzekerheid over de concrete en werkelijke gevolgen van een maatregel.⁵¹

Volgens de Europese Commissie in haar mededeling over het voorzorgsbeginsel mag niet van een aantal beginselen worden afgeweken, zoals proportionaliteit, non-discriminatie, samenhang, bestudering van voordelen en lasten van al dan niet handelen en bestudering van de wetenschappelijke ontwikkeling.⁵²

Ingrijpende maatregelen, zoals exportverboden, ten behoeve van de volksgezondheid kunnen dus gerechtvaardigd worden, ook al waren er wellicht *achteraf gezien* minder belemmerende alternatieven voorhanden. Wat hier in het kader van Covid-19 ook van belang is, is dat de uitvoermaatregelen die betrekking hadden op geneesmiddelen en medische beschermingsmiddelen *in de tijd* beperkt waren. Sommige maatregelen werden al na en-

44 HvJ EG 14 juli 1983, C-174/82, ECLI:EU:C:1983:213 (*Sandoz*).

45 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 maart 1987, C-178/84, ECLI:EU:C:1987:126 (*Commissie/Duitsland ('Reinheitsgebot')*); S. Prechal, 'Topic One: National Applications of the Proportionality Principle – Free Movement and Procedural Requirements: Proportionality Reconsidered', *Legal Issues of Economic Integration* (35) 2008, afl. 3, p. 201-216.

46 Over het voorzorgsbeginsel en Covid-19, zie onder andere: I. Goldner Lang, "'Laws of Fear" in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of Covid-19', *European Journal of Risk Regulation* (o) 2021, p. 1-24.

47 HvJ EG 5 mei 1998, C-180/96, ECLI:EU:C:1998:192, r.o. 99-100 (*Verenigd Koninkrijk/Europese Commissie*).

48 HvJ EG 14 juli 1983, C-174/82, ECLI:EU:C:1983:213, r.o. 16 (*Sandoz*).

49 HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776, r.o. 36 (*Deutsche Parkinson Vereinigung eV*).

50 HvJ EG 23 september 2003, C-192/01, ECLI:EU:C:2003:492, r.o. 48 (*Commissie/Denemarken*); zie ook C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 157.

51 HvJ EU 23 december 2015, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845 (*Scotch Whisky Association*).

52 COM(2000)1, par. 6.3.

kele weken opgeheven.⁵³ Dus het, bijvoorbeeld, (plotse-ling) ontstaan van een tekort van geneesmiddelen of andere essentiële goederen om gezondheidsrisico's in te dammen kan de grenzen van het proportionaliteitsbeginsel tijdelijk oprekken, maar dat betekent niet dat geen zorgvuldige afweging per geval meer vereist is.⁵⁴ Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit een uitspraak van de Belgische constitutionele rechter in de *Tobufar*-zaak die een Belgische regeling over de distributie van geneesmiddelen toetste aan onder andere de artikelen 35 en 36 VWEU. De Belgische wetgeving kwam feitelijk neer op een exportverbod van geneesmiddelen teneinde de bevoorradingszekerheid van geneesmiddelen voor Belgische patiënten en openbare dienstverlening te bewerkstelligen. Volgens het Grondwettelijk Hof was de maatregel echter niet geschikt om de doelstelling te bereiken en dus niet in overeenstemming met artikel 36 VWEU nu geenszins bleek 'dat de activiteiten van de groothandelaars, niet zijnde groothandelaars-verdelers, een invloed hebben op de onbeschikbaarheid van bepaalde geneesmiddelen in België'.⁵⁵ Bovendien bleek dat van de werkelijk onbeschikbare geneesmiddelen een zeer marginaal percentage ook effectief werd geëxporteerd.

1.2.3. Artikel 36 VWEU en 'economische' argumenten: Campus Oil

De excepties op het vrije verkeer kunnen alleen worden ingeroepen voor niet-economische belangen. Economische overwegingen mogen echter wel een rol spelen, zolang de beperkende maatregel maar definitief een (verderliggend) niet-economisch belang dient. Dit blijkt uit, onder andere, het *Campus Oil*-arrest. Hierin bepaalde het Hof dat een Ierse maatregel die alle importeurs verplichtte om een bepaald vastgesteld percentage aardolieproducten van een nationale leverancier te betrekken het vrije verkeer van goederen beperkte maar gerechtvaardigd kon worden met een beroep op de openbare veiligheid zoals neergelegd in artikel 36 VWEU. Volgens het Hof zijn aardolieproducten van uitzonderlijk belang als energiebron in de moderne economie en van fundamenteel belang voor het bestaan van een staat. Het streven om te allen tijde een minimale bevoorrading met aardolieproducten te waarborgen gaat daarbij verder dan overwegingen van economische aard. En wanneer eenmaal vaststaat dat de regeling gerechtvaardigd kan worden door de bescherming van de openbare veiligheid, sluit de toepassing van artikel 36 VWEU niet uit dat de lidstaat tegelijkertijd doelstellingen van economische aard nastreeft.⁵⁶

In de zaak *Evans Medical* verduidelijkt het HvJ EU zijn uitspraak in *Campus Oil*. Hier ging het om een Brits invoerverbod op het verdovend geneesmiddel 'diacetylmorfine', waarvoor een Brits bedrijf het alleenrecht op de productie en verwerking voor medisch gebruik had gekregen. Volgens het Hof kan een beperkende maatregel op het vrije verkeer van goederen niet worden gerechtvaardigd door 'het streven van een Lid-Staat om het voortbestaan van een onderneming te verzekeren. Daarentegen kan de noodzaak om een duurzame bevoorrading van het land voor essentiële medische doeleinden te verzekeren, wat artikel 36 van het Verdrag betreft, wel een belemmering van het intracommunautaire handelsverkeer rechtvaardigen, voor zover deze doelstelling binnen het kader van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen valt'.⁵⁷ Deze uitspraak is bevestigd in de zaak *Deutsche Parkinson Vereinigung*.⁵⁸ Het is niet gemakkelijk om een duidelijk onderscheid tussen economische en niet-economische overwegingen te maken maar uit de rechtspraak blijkt dat, wanneer economische overwegingen cruciaal zijn voor het realiseren van publieke doelstellingen, de beperkende maatregelen gerechtvaardigd zijn.⁵⁹

De proportionaliteitstoets dient ertoe om te bepalen of de maatregel geschikt is om niet-economische doelstellingen te realiseren en of minder 'protectionistische' maatregelen mogelijk zijn. Wanneer de bevoorrading van medicijnen, vaccins en andere essentiële medische producten daadwerkelijk in gevaar komt, zouden meer protectionistische maatregelen die, bijvoorbeeld, nationale producten en leveranciers bevoordelen in beginsel gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op de bescherming van de volksgezondheid.

1.2.4. Solidariteitsbeginsel

Solidariteit en eenheid zijn de pijlers van de Europese Unie, aldus de voorzitter van de Europese Raad, Charles Michel in zijn emotionele brief van 20 maart 2020 aan de Italiaanse president Sergio Mattarella, toen Italië als eerste lidstaat zo zwaar werd getroffen door het Covid-19-virus.⁶⁰ Solidariteit heeft een belangrijke waarde in het Unierecht, zoals ook is terug te vinden in de artikelen 2 en 3 VEU. Verder kan solidariteit gezien worden als specifieke uitdrukking van het beginsel van Unietrouw of loyale samenwerking zoals neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU, maar wordt de juridische afdwingbaarheid van het solidariteitsbeginsel, dat immers erg breed kan worden

53 Zie ook O. Linden, *Covid-19 och den fria rörligheten – preliminära lärdomar från hälsokrisen*, Kommerskollegium 2020, p. 21.

54 H.A.G. Temmink, 'De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?', *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 80.

55 Grondwettelijk Hof (België) 17 oktober 2019, zaak 146/2019, numac: 2019205046 etaamb.be (*Tobufar en anderen*).

56 HvJ EG 10 juli 1984, C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256, r.o. 7 (*Campus Oil*).

57 HvJ EG 28 maart 1995, C-324/93, ECLI:EU:C:1995:84, r.o. 36-37 (*Evans Medical*).

58 HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776, r.o. 31 (*Deutsche Parkinson Vereinigung eV*).

59 Zie ook S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 52-55.

60 'Letter by President Charles Michel to the President of the Italian Republic, Sergio Mattarella', consilium.europa.eu 20 maart 2020. Zie ook meer in het algemeen over het solidariteitsbeginsel en Covid-19: U. Neergaard & S. de Vries, 'Chapter 7 – "Whatever is necessary...will be done" – time for a less one-sided view on solidarity in Europe in the shadow of COVID-19', in: D. Utrilla & A. Shabbir, *EU Law in Times of Pandemic*, EU Law Live 2020, p. 72.

uitgelegd, betwijfeld.⁶¹ Bij het stellen van grenzen aan een geslaagd beroep op artikel 36 VWEU zou, nadrukkelijker dan nu gebeurt, het solidariteitsbeginsel wel een rol kunnen spelen. Illustratief hiervoor is de eerdergenoemde *Tobufar*-zaak. Volgens het Belgische Grondwettelijk Hof is de maatregel om de beschikbaarheid van medicijnen in België te waarborgen niet *geschikt* – niet proportioneel – om de volksgezondheid te beschermen. De focus in deze uitspraak ligt op de economische positie van groothandelaren. Maar had het Belgische Grondwettelijk Hof niet ook kunnen zeggen dat het de groothandelaren in feite onmogelijk werd gemaakt om medicijnen te exporteren naar landen en regio's die ze gezien de gezondheidssituatie het meest nodig hadden? Een dergelijke redenering sluit aan bij het solidariteitsbeginsel, waarnaar ook de Europese Commissie in haar mededeling inzake de optimale en rationele aanvoer van geneesmiddelen om tekorten tijdens de uitbraak van Covid-19 te voorkomen, verwijst. De Commissie stelt dat het begrijpelijk is dat landen de beschikbaarheid van essentiële geneesmiddelen op nationaal niveau wensen te waarborgen, maar dat deze uitvoerverboden de beschikbaarheid van geneesmiddelen voor Europese patiënten in gevaar brengen, zelfs wanneer dergelijke verboden wettelijk gerechtvaardigd zijn.⁶² Een 'solidariteitsvriendelijke' invulling van artikel 36 VWEU zou de volksgezondheid binnen de gehele interne markt ten goede komen.⁶³

2. Het vrije verkeer van personen en diensten

Covid-19 heeft een grote impact op (het vrije verkeer van) personen en diensten, waarbij in deze bijdrage wordt stilgestaan bij het vrije verkeer van economisch actieve personen, zoals werknemers, zelfstandigen en dienstverleners en -ontvangers, alsook bij diensten zelf. Overigens is door een veranderende arbeidsmarkt, mede onder invloed van digitalisering en de opkomst van de platformeconomie met bedrijven als Uber, Deliveroo et cetera, het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen, of tussen dienstverleners en -ontvangers niet altijd gemakkelijk te maken.⁶⁴ Dit onderscheid is van belang, aangezien zelfstandigen en dienstverleners in de platformeconomie, in tegenstelling tot werknemers, een grote rol spelen, maar nauwelijks sociaalrechtelijke bescherming op nationaal en EU-niveau krijgen.⁶⁵ En Covid-19 lijkt juist bepaalde sectoren van de platformeconomie een grote boost te geven.

Een werknemer is volgens de rechtspraak van het Hof 'iedere onderdaan van een EU-lidstaat die gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt'.⁶⁶ Een zelfstandige valt daarentegen onder de EU-regels van vestiging die betrekking hebben op werkzaamheden die niet in loondienst worden verricht, en verricht diensten die een duurzaam karakter hebben.⁶⁷ Wanneer 'zelfstandige' dienstverrichters echter niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen en afhankelijk zijn van opdrachtgevers, is volgens de rechtspraak van het Hof sprake van schijnzelfstandigheid en kunnen dus de regels die betrekking hebben op werknemers en hun sociale rechten van toepassing zijn. In feite is de zelfstandigheid fictief en wordt een echte arbeidsverhouding verhuld.⁶⁸ Bij diensten gaat het volgens artikel 57 VWEU om dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, waarbij vergoeding ruim moet worden uitgelegd en ook digitale betalingen en andere vormen van tegenprestatie,⁶⁹ zoals persoonsgegevens, kan omvatten. Dit blijkt onder andere uit de Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten. Hierin staat expliciet dat consumenten digitale inhoud of digitale diensten kunnen ontvangen tegen de verstrekking van persoonsgegevens.⁷⁰ Zoals hiervoor in het kader van het vrije verkeer van goederen al is opgemerkt, onderstreept het Hof in zijn rechtspraak het belang van de dienstensector door onder andere in de *Visser Vastgoed*-zaak te bepalen dat de detailhandel onder de regels van de Dienstenrichtlijn

61 A. Joppe, 'Solidarity during the Covid-19 crisis within the European Union – a legal principle or just a pivotal political aspiration?', blog.renforce.eu 29 januari 2021.

62 *PbEU* 2020, C 1161/1, punt 3, onder a.

63 A. Joppe, 'Solidarity during the Covid-19 crisis within the European Union – a legal principle or just a pivotal political aspiration?', blog.renforce.eu 29 januari 2021.

64 Zie over de vraag of er wel sprake is van echte zelfstandigen in plaats van werknemers in de platformeconomie het interessante boek van J. Prassl, *Humans as a Service – The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford: Oxford University Press 2018. Zie ook de uitspraak van het Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, waarnaar verderop in dit nummer wordt verwezen (p. 162).

65 C. Barnard & S. de Vries, 'The "Social Market Economy" in a (Heterogeneous) Social Europe: Does it Make a Difference?', *Utrecht Law Review* 2019/15, afl. 2, p. 47-63.

66 HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

67 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*).

68 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, r.o. 33-35 (*FNV Kiem*).

69 In de *Bond van Adverteerders*-zaak bepaalde het Hof al dat artikel 57 VWEU niet vereist dat de dienst wordt betaald door degene aan wie de dienst wordt verricht. Ook een derde, zoals een adverteerder, kan betalen voor de dienst: HvJ EG 26 april 1988, C-352/85, ECLI:EU:C:1988:196, r.o. 16 (*Bond van Adverteerders*).

70 Artikel 3 Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (*PbEU* 2019, L 136/1). Voor een discussie hierover zie S.A. de Vries, 'Chapter 1 – The Resilience of the EU Single Market's Building Blocks in the Face of Digitalization', in: U. Bernitz e.a. (red.), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2020, p. 7-8.

valt.⁷¹ Waarschijnlijk zijn de bepalingen inzake diensten ook van toepassing op digitale goederen, zoals digitale muziek, e-boeken et cetera.⁷²

2.1. Impact van Covid-19 op de migratierechten van personen

Covid-19 heeft in de eerste plaats een ongekende invloed gehad op de mobiliteitsvrijheid van burgers, en daarmee ook op het vrije verkeer van personen en diensten binnen de interne markt.⁷³ Zo besloten bijvoorbeeld vijftien Schengenlanden om in het vroege voorjaar af te wijken van de Schengengrenscodes en reisbeperkingen in te stellen voor onderdanen uit EU-lidstaten. Op grond van artikel 25 Schengengrenscodes is het mogelijk om tijdelijke grenscontroles in te voeren, mits gerechtvaardigd uit hoofde van redenen van algemeen belang of veiligheid.⁷⁴ De Europese Commissie heeft op 16 maart 2020 richtsnoeren uitgevaardigd waarin onder andere staat dat de lidstaten grenscontroles mogen invoeren in reactie op het risico van een besmettelijke ziekte.⁷⁵ Verder staan er nadere voorwaarden in, zoals het beginsel van non-discriminatie dat moest worden gerespecteerd.

Niet alleen werden controles van de binnengrenzen en reisbeperkingen voor onderdanen uit andere EU-lidstaten ingesteld, ook de buitengrenzen van de EU werden gesloten voor derdelanders. Op 16 maart 2020 kwam de Europese Commissie met de aanbeveling om een tijdelijke beperking van alle niet-essentiële reizen vanuit derde landen naar de EU in te voeren.

Vervolgens werd de duur van deze tijdelijke beperkingen een aantal keren verlengd met ernstige gevolgen voor derdelanders. Er zijn uitzonderingen voor onderdanen van EU-lidstaten die naar huis terugkeren en voor reizigers die een essentieel beroep uitoefenen, zoals grensarbeiders of gezondheidswerkers.⁷⁶

De beperkingen op de mobiliteit van personen binnen de EU, zoals de (quasi)volledige sluiting van de grens of de eis om bij binnenkomst van een lidstaat een gezondheidsverklaring te overleggen, een test te doen, of om in quarantaine te gaan, hebben grote gevolgen (gehad) voor werknemers, zelfstandigen of toeristen die in een lidstaat wonen en in een andere lidstaat werken, of diensten

aanbieden en ontvangen. In een uiterst kritisch rapport van april 2020 geven Sergio Carrera en Ngo Chun Luk een goed overzicht van de variëteit aan nationale maatregelen die de binnenkomst en het vertrek van Unieburgers bemoeilijkten of onmogelijk maakten. Zij zetten vraagtekens bij de proportionaliteit van een aantal van deze maatregelen en hun verenigbaarheid met grondrechten (zie hierna).⁷⁷

Vooral dankzij ingrijpen van de Europese Commissie en uitzonderingen die lidstaten maakten op reisbeperkingen konden een aantal activiteiten van bepaalde groepen werknemers en dienstverrichters in bepaalde sectoren, zoals die van grensarbeiders, gezondheidswerkers of vrachtwagenchauffeurs, ondanks de sluiting van de grenzen doorgang vinden (zie hierna).⁷⁸ Maar seizoenarbeiders, bijvoorbeeld, moesten vaak terugkeren naar het land van oorsprong zoals de 250.000 Roemeense arbeiders die gedwongen waren terug te keren naar Roemenië.⁷⁹

Deze ernstige inperking van migratierechten van personen – men kan noch het grondgebied van een andere lidstaat betreden noch daar verblijven – kunnen worden vergeleken met quota op het terrein van goederen en zijn in strijd met de verdragsbepalingen inzake werknemers en vestiging (artikelen 45 en 49 VWEU). Dergelijke maatregelen kunnen dan ook alleen gerechtvaardigd worden met een beroep op de verdragsexceptie, waarop hierna wordt ingegaan.⁸⁰ Overigens vallen minder vergaande belemmeringen van het migratierecht van personen ook onder de verdragsverboden.⁸¹

Naast deze direct fysieke, beperkende maatregelen voor het vrije verkeer van personen – de herinvoering van grenscontroles en de reisbeperkingen, dat wil zeggen maatregelen die de migratierechten van personen beperken⁸² – hebben nationale coronamaatregelen en de coronacrisis ook gevolgen voor de toegang tot de arbeids- en dienstenmarkten in de EU.

2.2. Impact van Covid-19 op de markttoegang van werknemers, dienstverleners en -ontvangers

Als het gaat om de markttoegangsrechten van werknemers, dienstverleners en -ontvangers, dan is vooral van

71 HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Visser Vastgoed*).

72 Zie bijvoorbeeld de zaak HvJ EU 19 december 2019, C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111 (*Tom Kabinet Internet BV*), waarin het Hof oordeelde dat het doorverkopen van e-boeken niet hetzelfde is als het doorverkopen van papieren boeken.

73 H.A.G. Temmink, 'De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?', *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 77.

74 Artikel 25 Verordening (EU) 2016/399.

75 Covid-19 Richtsnoeren voor grensbeheermaatregelen tot bescherming van de gezondheid en tot waarborging van de beschikbaarheid van goederen en essentiële diensten (*PbEU* 2020, C 861, punt 18).

76 Zie over de grenscontroles en het vrije personenverkeer H. van Eijken & J.J. Rijpma, 'Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19', *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 64-71.

77 S. Carrera & N. Chun Luk, 'Love thy neighbour? Coronavirus politics and their impact on EU freedoms and rule of law in the Schengen Area', *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* 2020, afl. 4; zie ook O. Linden, *Covid-19 och den fria rörligheten – preliminära lärdomar från hälsokrisen*, Kommerskollegium 2020.

78 Zie ook S. Robin-Olivier, 'Free Movement of Workers in the Light of the COVID-19 Sanitary Crisis: From Restrictive Selection to Selective Mobility', *European Papers* (5) 2020, afl. 1, p. 613-619.

79 A. Shabbir, 'Chapter 27 – How the Pandemic rocked the core of the EU – An overview of the internal market and Covid-19', in: D. Utrilla & A. Shabbir, *EU Law in Times of Pandemic*, EU Law Live 2020, p. 265.

80 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 212.

81 H. van Eijken & J.J. Rijpma, 'Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19', *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 68.

82 Zie hierover uitgebreid H. van Eijken & J.J. Rijpma, 'Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19', *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 64-71.

belang dat lidstaten geen discriminerende of belemmerende maatregelen opwerpen voor de toegang tot de arbeids- en dienstenmarkten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn immers niet alleen maatregelen met onderscheid verboden op grond van de artikelen 45, 49 en 56 VWEU.⁸³ Het markttoegangs criterium bepaalt of nationale maatregelen onder de verbodsnormen vallen.⁸⁴ Er is in dit opzicht sprake van een proces van convergentie tussen de vier verdragsvrijheden.⁸⁵

Een voorbeeld van een maatregel die de toegang tot de dienstenmarkt beperkt is de hiervoor reeds genoemde Bulgaarse maatregel voor winkeliers en supermarkten. De Europese Commissie stelt in de inbreukprocedure tegen Bulgarije over deze maatregelen dat naast het vrije goederenverkeer ook de *vrijheid van vestiging* wordt belemmerd, aangezien 'de vrijheid van de detailhandelaren om over hun assortiment te beslissen, de inrichting van hun verkoopoppervlakte te bepalen en hun toeleveringsketen aan te passen, wordt beperkt'.⁸⁶ Het gaat hier in beginsel om een zonder-onderscheid-maatregel, die hetzij indirect discriminerend is, hetzij de markttoegang beperkt en daardoor verboden is op grond van artikel 49 VWEU.⁸⁷ De impact van Covid-19 op het vrije verkeer van diensten en de dienstensector laat een tweeledig beeld zien.

Enerzijds zorgt het virus ervoor dat de online verkoop van goederen en diensten stijgt. Consumenten zijn in groten getale 'online gegaan', zo blijkt uit verschillende onderzoeken.⁸⁸ Het belang van het dienstenverkeer wordt nog duidelijker zichtbaar. Dat consumenten of handelaren geen belemmeringen ondervinden op de digitale markt is cruciaal. Hier is naast EU-wetgeving op het terrein van het dienstenverkeer, zoals de e-Commercerichtlijn of de Dienstenrichtlijn,⁸⁹ artikel 56 VWEU relevant. Anderzijds zien we dat de lockdown en reisbeperkingen grote gevolgen hebben voor een aantal diensten in bepaalde sectoren, zoals vervoer, de reisbranche, hotels, restaurants en cafés, cultuur, toerisme, inclusief diensten die via platforms zoals Airbnb of Booking.com worden aan-

geboden, of voor de uitvoering van tijdelijke diensten via de detachering van werknemers.⁹⁰

Als het gaat om de sluiting van winkels, bedrijven of bijvoorbeeld theaters, dan is van belang dat, ondanks het hiervoor genoemde proces van convergentie tussen de vrijheden, de *Keck*-rechtspraak over verkoopmodaliteiten geen weerklank heeft gevonden op het gebied van het vrije verkeer van personen en diensten. Het uitgangspunt is dat, wanneer bij het invoeren van dergelijke verboden of restricties op grond van volksgezondheid (of openbare veiligheid) het vrije verkeer van personen en diensten wordt geraakt, de artikelen 45, 49 of 56 VWEU in het geding zijn. Voor vestiging en diensten is daarnaast uiteraard ook de Dienstenrichtlijn relevant, waarin de rechtspraak van het Hof met belangrijke zaken als *Gebhard* en *Alpine Investments* is gecodificeerd.⁹¹

Covid-19 legt ook een ander probleem bloot, namelijk de ten gevolge van de mogelijkheden van de interne markt voor personen en diensten en verschillende arbeidsomstandigheden ontstane 'braindrain' van medisch personeel, voornamelijk van Oost naar West.⁹² Het gevolg is een ernstig tekort in sommige lidstaten van gekwalificeerde artsen en verplegers en een verschaalde gezondheidszorg.⁹³ Zou het binnen de context van de vrijheid van vestiging mogelijk zijn om, ook al worden migratierechten en markttoegangs- c.q. verlatingsrechten beperkt, maatregelen te nemen om te voorkomen dat gekwalificeerde gezondheidswerkers hun medische diensten elders in een andere lidstaat aanbieden, indien daarmee het gezondheidsstelsel in gevaar komt? Dit brengt ons bij de volksgezondheidsexceptie.

2.3. Nationale maatregelen en de volksgezondheids- exceptie

Ook voor het vrije verkeer van personen en diensten geldt dat er twee typen excepties zijn: de verdragsrechtelijke exceptie en de 'rule of reason' die in de rechtspraak is

83 HvJ EG 25 juli 1991, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331 (*Säger/Dennemeyer*); HvJ EG 31 maart 1993, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125 (*Kraus*); HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*); HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*); zie ook S. van den Bogaert, 'Reyners – Er was eens een advocaat hier niet ver vandaan', in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 85.

84 Zie ook zaken HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 (*Alpine Investments*) en HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*).

85 K.J.M. Mortelmans, 'Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and Competition?', *Common Market Law Review* (38) 2001, afl. 3, p. 613-649; A. Gerbrandy & S.A. de Vries, 'Convergentie tussen vrij verkeer en mededinging "revisited"', *SEW* 2015, afl. 11, p. 516-522.

86 Zie persberichten van de Europese Commissie: 'Inbreukenpakket voor mei: voornaamste beslissingen', ec.europa.eu 14 mei 2020 en 'Inbreukenpakket voor oktober: voornaamste beslissingen', europa-nu.nl 30 oktober 2020; Zie ook H.A.G. Temmink, 'De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?', *NiER* 2020, afl. 3/4, p. 81.

87 Zie over de brede reikwijdte van de vrijverkeerbepalingen C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 220-224.

88 Zie onder andere S. Fernandez, P. Jenkins & B. Vieira, 'Europe's digital migration during COVID-19: Getting past the broad trends and averages', mckinsey.com 24 juli 2020; zie ook de 'Information Note' van de WTO (WHO), 'E-commerce, trade and the COVID-19 Pandemic', wto.org 4 mei 2020.

89 Richtlijn 2000/31/EG en Richtlijn 2006/123/EG.

90 Zie ook O. Linden, *Covid-19 och den fria rörligheten – preliminära lärdomar från hälsokrisen*, Kommerskollegium 2020.

91 F. Bostoen e.a., 'Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis', *European Competition and Regulatory Law Review* (4) 2020, afl. 2, p. 90-91; zie onder andere E. Belhadj, S.J.H. Evans & J.W. van de Gronden, 'De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn', *SEW* 2007, afl. 4, p. 141-152; zie de zaken HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126 (*Alpine Investments*) en HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*).

92 Zie ook C. Dhéret & S. Guagliardo, 'Boosting Europe's resilience with better health systems: Lessons from the COVID-19 crisis', epc.eu 14 april 2020.

93 Mededeling van de Commissie, 'Richtsnoeren voor EU-noodhulp voor grensoverschrijdende samenwerking in de gezondheidszorg met betrekking tot de COVID-19-crisis' (*PbEU* 2020, C 111/1).

ontwikkeld. Net als bij goederen is hier de volksgezondheidsexceptie van belang, die is neergelegd in artikel 45 lid 3 VWEU voor werknemers en artikel 52 VWEU voor vestiging en diensten (via artikel 62 VWEU) en gespecificeerd in artikel 29 Burgerschapsrichtlijn 2004/38/EG. Hierin staat het volgende:

‘Enkel potentieel epidemische ziekten zoals gedefinieerd in de relevante instrumenten van de Wereldgezondheidsorganisatie, en andere infectieziekten of besmettelijke parasitaire ziekten kunnen een beperking van de vrijheid van verkeer rechtvaardigen, voorzover het gastland beschermende regelingen treft ten aanzien van eigen onderdanen.’

Het is buiten twijfel dat Covid-19 een epidemisch karakter heeft, ook al gezien het feit dat de Wereldgezondheidsorganisatie het virus in maart 2020 als een pandemie bestempelde.⁹⁴ De volksgezondheidsexceptie kan alleen worden ingeroepen wanneer Unieburgers de toegang tot een lidstaat wordt geweigerd en niet wanneer Unieburgers reeds gevestigd zijn in de andere lidstaat.⁹⁵ Het bijzondere is dat er weinig tot geen rechtspraak bestaat over volksgezondheid als exceptie bij het vrije verkeer van personen, althans daar waar het artikel 29 Richtlijn 2004/38/EG in samenhang met de verdragsbepalingen betreft;⁹⁶ dit in tegenstelling tot de volksgezondheidsexceptie bij het vrije verkeer van goederen.⁹⁷

Maar het Hof heeft wel op het terrein van de gezondheidszorg waar het medische behandelingen in een andere lidstaat betreft en buiten de kaders van de Burgerschapsrichtlijn, de volksgezondheidsexceptie van artikel 52 VWEU (in samenhang met artikel 62 VWEU) toegepast.⁹⁸ In deze rechtspraak laat het Hof binnen de grenzen van een meer procedureel proportionaliteitsbeginsel, dat eerder is uitgelegd, de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid om beperkende maatregelen vast te stellen die de organisatie en financiering van de gezondheidszorg betreffen.⁹⁹

Een zaak van een weliswaar iets andere orde maar hier van belang voor het vrije verkeer van personen en de bescherming van de kwaliteit van de gezondheidszorg, is de *Bressol*-zaak.¹⁰⁰ Hier ging het om een Belgische regeling die hogeronderwijsinstellingen verplichtte de instroom van buitenlandse, niet in België verblijvende, studenten voor medische en paramedische opleidingen

te beperken met het oogmerk om de kwaliteit van de opleidingen en de in België verstrekte zorg te waarborgen. Met verwijzing naar zijn rechtspraak stelt het Hof allereerst dat ook indirecte discriminatie van onderdanen uit andere lidstaten, in casu dus studenten, gerechtvaardigd kan zijn door de handhaving van ‘een kwalitatief hoogstaande en voor eenieder toegankelijke medische dienstverlening te handhaven, wanneer deze bijdraagt tot een hoog niveau van de bescherming van de volksgezondheid’.¹⁰¹ Als een dergelijk ontmoedigingsbeleid te rechtvaardigen is met een beroep op de bescherming van de volksgezondheid, zou wellicht ook een beperking op het recht op vrij verkeer van sommige gezondheidswerkers gerechtvaardigd kunnen worden. Door het probleem van ‘braindrain’ wordt het nationale gezondheidsstelsel immers ook ondermijnd. Volgens het Hof in *Bressol* hoeft een lidstaat niet te wachten met het nemen van maatregelen ‘totdat een reëel tekort aan medische zorgverstrekkers ontstaat’,¹⁰² maar lidstaten moeten een dergelijk tekort uiteindelijk wel kunnen aantonen met een ‘objectieve, uitvoerige en cijfermatige analyse’.¹⁰³

3. EU-maatregelen op het terrein van de interne markt

Op het terrein van het vrije goederenverkeer, personenverkeer en het vrije verkeer van diensten heeft de EU – en vooral de Europese Commissie – een scala aan maatregelen genomen om de negatieve effecten van de nationale coronamaatregelen op de werking van de interne markt zoveel mogelijk te beperken. Het voert te ver om in deze bijdrage deze maatregelen uitvoerig te bespreken, en bovendien is dat elders al op grondige wijze gedaan, zoals in de bijdrage van Temmink in het *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*.¹⁰⁴ Hieronder volgt daarom een selectie van EU-maatregelen op het gebied van het vrije verkeer.

- 94 ‘WHO Announces COVID-19 outbreak as pandemic’, *WHO Europe*, 12 maart 2020; zie ook F. Bostoen e.a., ‘Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis’, *European Competition and Regulatory Law Review* (4) 2020, afl. 2, p. 91-92; H. van Eijken & J.J. Rijpma, ‘Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 68.
- 95 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 491-492.
- 96 Zie ook I. Goldner Lang, ‘“Laws of Fear” in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of Covid-19’, *European Journal of Risk Regulation* (0) 2021, p. 1-24.
- 97 F. Bostoen e.a., ‘Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis’, *European Competition and Regulatory Law Review* (4) 2020, afl. 2, p. 91; H. van Eijken & J.J. Rijpma, ‘Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 69.
- 98 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 492-494.
- 99 Het gaat hier om de zaken als HvJ EG 16 mei 2006, C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325 (*Watts*); HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270 (*Müller-Fauré*); HvJ EG 28 april 1998, C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167 (*Decker*) en HvJ EG 28 april 1998, C-158/96, ECLI:EU:C:1998:171 (*Kohll*); zie onder andere J.W. van de Gronden, ‘Richtlijn rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg. Veel huiswerk voor de Nederlandse zorgwetgever’, *SEW* 2011, afl. 9, p. 373-387.
- 100 H. van Eijken & J.J. Rijpma, ‘Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 69.
- 101 HvJ EU 13 april 2010, C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, r.o. 62 (*Bressol*).
- 102 HvJ EU 13 april 2010, C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, r.o. 70 (*Bressol*).
- 103 HvJ EU 13 april 2010, C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181, r.o. 71 (*Bressol*); zie ook H. van Eijken & J.J. Rijpma, ‘Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 69.
- 104 H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 72-89.

3.1. Het vrije verkeer van goederen

De EU-instellingen hebben niet stilgezeten om ervoor te zorgen dat de handel in goederen tussen de lidstaten zoveel mogelijk doorgang kan vinden,¹⁰⁵ dan wel dat medische producten en beschermingsmiddelen, die essentieel zijn in de strijd tegen Covid-19, zo snel mogelijk beschikbaar zijn op de interne markt.¹⁰⁶ Daarbij zijn vooral maar niet alleen ‘soft law’-maatregelen genomen, waaronder een aantal richtsnoeren en een instrument voor noodhulp – ‘Emergency Support Instrument’ – dat gebruikt wordt voor de samenstelling van een portefeuille aan vaccins. Inmiddels zijn ook vergunningen voor het in de handel brengen van vaccins, waaronder de Pfizer/Biotech-, Moderna- en AstraZeneca-vaccins, in de EU afgegeven.¹⁰⁷ Daarvoor was een gemeenschappelijke EU-strategie voor de inkoop en verdeling van vaccins afgesproken.¹⁰⁸ Bovendien zijn er door de Europese Commissie verschillende richtsnoeren opgesteld die betrekking hebben op (de aankoop van) medische hulpmiddelen of de beschikbaarheid van geneesmiddelen,¹⁰⁹ zoals de Richtsnoeren inzake de optimale en rationele aanvoer van geneesmiddelen om tekorten tijdens de uitbraak van Covid-19 te voorkomen.¹¹⁰

3.1.1. Medische beschermingsmiddelen en markttoegang

Indien lidstaten maatregelen nemen om er, bijvoorbeeld, voor te zorgen dat er voldoende medische beschermingsmiddelen op de markt beschikbaar zijn – waarbij mogelijk artikel 35 VWEU wordt geschonden –, moeten deze maatregelen op grond van Richtlijn (EU) 2015/1535 betreffende technische voorschriften in de ontwerpfasen worden genotificeerd.¹¹¹ Daardoor wordt een ‘standstill’-periode van kracht en krijgen de Commissie en de lidstaten de

mogelijkheid om de maatregelen te toetsen aan het EU-recht.¹¹² De richtlijn bevat in artikel 6 lid 7 sub a een ‘spoedprocedure’, die voor Covid-19-maatregelen relevant is, namelijk wanneer ‘een lidstaat om dringende redenen wegens een onvoorziene situatie die verband houdt met de bescherming van de gezondheid van mens en dier, de bescherming van planten [...] op zeer korte termijn technische voorschriften moet uitwerken en deze onmiddellijk daarop moet vaststellen en invoeren, zonder dat raadpleging mogelijk is.’

Voor de markttoegang van medische beschermingsmiddelen is daarnaast EU-regelgeving over productnormen voor CE-certificering en markttoegang van belang. Deze regelgeving stelt volgens de zogenaamde ‘nieuwe aanpak’ de essentiële veiligheids- en gezondheidseisen vast, terwijl de details van deze vereisten worden ontwikkeld en uitgewerkt door Europese normalisatie-instellingen als CEN en CENELEC.¹¹³ Zo vallen persoonlijke beschermingsmiddelen als medische gezichtsmaskers onder Verordening (EU) 2016/425, medische hulpmiddelen als ventilators onder Richtlijn 93/42/EEG en desinfecterende handgels onder de Biocidenverordening (EU) 528/2012.¹¹⁴ Temmink schrijft uitgebreid over de uitzonderingen die deze EU-regelgeving bevat om producten sneller op de markt te brengen zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de volksgezondheid en over de richtsnoeren van de Commissie om de procedures bij toezichthouders te versoepelen.¹¹⁵ Bovendien zijn de relevante EU-geharmoniseerde normen voor de relevante producten in deze Covid-19-tijd gratis beschikbaar voor bedrijven die daarvoor belangstelling hebben.¹¹⁶

3.1.2. Het vrije verkeer van andere goederen

Bij herinvoering van grenscontroles en overige grensmaatregelen is het onvermijdelijk dat het goederenverkeer

105 Covid-19 Richtsnoeren voor grensbeheermaatregelen tot bescherming van de gezondheid en tot waarborging van de beschikbaarheid van goederen en essentiële diensten (*PbEU* 2020, C 86 I/01).

106 Zie onder andere ‘European Coordinated Response on Coronavirus: Questions and Answers’, ec.europa.eu 13 maart 2020.

107 Zie ook ‘EMA recommends first COVID-19 vaccine for authorisation in the EU’, ema.europa.eu 21 december 2020. De rechtsgrondslag voor het afgeven van de vergunning is artikel 14 lid 7 Verordening (EG) 726/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van communautaire procedures voor het verlenen van vergunningen en het toezicht op geneesmiddelen voor menselijk en diergeneeskundig gebruik en tot oprichting van een Europees Geneesmiddelenbureau (*PbEU* 2004, L 136/1). Aangezien het hier ging om een spoedprocedure is daarnaast Verordening (EG) 507/2006 van de Commissie betreffende voorwaardelijke vergunningen voor het in de handel brengen van geneesmiddelen voor menselijk gebruik die binnen het toepassingsgebied van Verordening (EG) 726/2004 van het Europees Parlement en de Raad vallen (*PbEU* 2006, L 92/6), van belang.

108 Mededeling van de Commissie, ‘EU-strategie voor COVID-19-vaccins’, COM(2020)245 final; zie ook artikel 5 Besluit 1082/2013/EU en H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 74. Dit leidde wel weer tot de nodige kritiek, zie onder andere L. van Middelaar, ‘Kritiek op vaccinbeleid EU: wen er maar aan’, *NRC Handelsblad* 20 januari 2021.

109 Zie voor een uitgebreid overzicht https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health_nl#ensuringtheavailabilityofsupplyandequipment; zie ook H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 72-89.

110 Richtsnoeren inzake de optimale en rationele aanvoer van geneesmiddelen om tekorten tijdens de uitbraak van COVID-19 te voorkomen (*PbEU* 2020, C 116 I/01).

111 Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (*PbEU* 2015, L 241/1). Zie voor een overzicht van technische voorschriften: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/nl/> (laatst geraadpleegd op 15 februari 2021). Zie ook O. Linden, *Covid-19 och den fria rörligheten – preliminära lärdomar från hälsokrisen*, Kommerskollegium 2020, p. 36.

112 H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 80-81.

113 T.P.J.N. van Rijn, ‘Nieuwe impulsen voor het vrije goederenverkeer’, *NtER* 2019, afl. 9/10, p. 279; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 592-597; S.A. de Vries, ‘Case C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl v. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen’, *Common Market Law Review* (45) 2008, afl. 2, p. 569-585.

114 Verordening (EU) 2016/425 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende persoonlijke beschermingsmiddelen en tot intrekking van Richtlijn 89/686/EEG van de Raad (*PbEU* 2016, L 81/51); Richtlijn 93/42/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen (*PbEG* 1993, L 169/1); Verordening (EU) 528/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden (*PbEU* 2012, L 167/1).

115 H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 80.

116 ‘Coronavirus response’, ec.europa.eu.

niet ook wordt geraakt. Daarom heeft de Europese Commissie lidstaten opgedragen om essentiële binnen-grensovergangen aan te wijzen – de zogenoemde ‘green lanes’ – waarvoor het oponthoud aan de grens in verband met controles en dergelijke niet meer dan vijftien minuten mag duren.¹¹⁷

Op 28 oktober 2020 heeft de Europese Commissie in verband met nieuwe maatregelen van lidstaten en gedeeltelijke lockdowns een follow-upmededeling gepubliceerd om de ‘green lanes’ te versterken. Volgens de Commissie moeten de ‘green lanes’ blijven ‘om een vlot vervoer te verzekeren, en ze waar nodig nog verbeteren’. De volgende punten zijn hierbij volgens de Commissie onder andere van belang:¹¹⁸

- De waarborg van een niet-discriminerende behandeling van alle vrachtvoertuigen/vaartuigen en vervoerspersoneel.
- Voertuigen die voor professioneel goederenvervoer worden gebruikt, kunnen bij grensovergangen gebruikmaken van ‘green lanes’.
- Extra grensprocedures in verband met Covid-19 worden vermeden en beperkt tot het strikt noodzakelijke. Bestuurders mag niet worden gevraagd om andere documenten over te leggen dan hun identiteits- of rijbewijs.
- Transitcorridors door de lidstaten worden gehandhaafd, ten minste op het TEN-T-netwerk. Voertuigen, zowel privéwagens als collectief vervoer, moeten zonder tests een land kunnen doorkruisen, ongeacht de zone waaruit ze afkomstig zijn, zolang zij de transitcorridor(s) niet verlaten.
- Een vlot vrachtverkeer moet te allen tijde worden gewaarborgd.
- Er mag geen avondklok worden opgelegd aan het goederenvervoer of vervoerswerknemers.
- Ondersteunende diensten, zoals toegang tot tankstations, een minimumniveau van sanitaire voorzieningen (bijvoorbeeld rustplaatsen met toiletten en douches), catering (bijvoorbeeld afhaalmaaltijden, voedselautomaten) en accommodatie moeten beschikbaar zijn, en de lidstaten moeten de locatie daarvan bekendmaken via de ‘green lanes’-app.

In de mededeling van de Commissie van 19 januari van dit jaar en in het voorstel voor een update van de aanbeveling van de Raad van oktober 2020 over de coördinatie van maatregelen die gevolgen hebben voor het vrije ver-

keer in de Europese Unie van 25 januari van dit jaar, wordt wederom gewezen op het belang van de ‘green lanes’ (zie hierna).¹¹⁹ Lidstaten moeten er alles aan doen het goederenverkeer via de ‘green lanes’ op gang te houden en aanvoerketens niet te verstoren.¹²⁰

3.2. *Het vrije verkeer van personen en diensten – grensbeheermaatregelen en reisbeperkingen*

Wat betreft het vrije verkeer van personen zijn de verschillende maatregelen die sinds half maart 2020 zijn genomen en betrekking hebben op grenscontroles van de Commissie van belang, zoals de richtsnoeren van 16 maart over grensbeheermaatregelen en het stappenplan van 16 april voor de geleidelijke opheffing van grenscontroles.¹²¹ Zo werd voorzien in het opheffen van belemmeringen op een evenredige en niet-discriminerende wijze – er was de roep van een aantal lidstaten om zogenoemde toerismecorridors tussen lidstaten met een vergelijkbare graad van besmetting in te stellen – en in alternatieve maatregelen, zoals ‘social distancing’ gedurende de reis en aan de grens, om zo het vrije verkeer op een veilige manier te kunnen waarborgen. Overwegingen van sociaal-economische aard waarbij de gevolgen van grenscontroles voor de economie, familie en sociale banden worden meegenomen, speelden ook een rol.¹²² Uiteindelijk presenteerde de Commissie op 15 juni 2020 in de mededeling ‘Toerisme en vervoer in en na 2020’ een exitplan voor de opheffing van de beperkende maatregelen.¹²³

De huidige coronasituatie heeft dit plan echter grotendeels ingehaald. Een aanbeveling van de Raad uit oktober 2020 moet echter leiden tot een betere coördinatie van reisbeperkingen, onder andere door het delen van epidemiologische gegevens en de publicatie van een kleurenkaart.¹²⁴ Volgens deze aanbeveling wordt het vrije verkeer van personen gewaarborgd door:

- te kunnen reizen vanuit groene regio’s zonder beperkingen;
- te allen tijde terug te kunnen reizen naar het land van oorsprong (nationaliteit);
- niet gediscrimineerd te worden;
- alleen maatregelen toe te staan die evenredig zijn en die de toegang tot een lidstaat in beginsel niet weigeren;
- te bepalen dat degenen met een cruciale functie of behoefte niet in quarantaine hoeven.

117 Mededeling van de Commissie over de toepassing van ‘green lanes’ in het kader van de richtsnoeren voor grensbeheermaatregelen om de gezondheid te beschermen en de beschikbaarheid van goederen en essentiële diensten te verzekeren (*PbEU* 2020, C 961/01).

118 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad en de Raad de green lanes versterken om de economie tijdens de COVID-19-pandemie op gang te houden, COM(2020)685 final.

119 Mededeling van de Commissie, ‘Een eengemaakt front tegen COVID-19’, COM(2021)35 final.

120 ‘Vervoer tijdens de pandemie’, ec.europa.eu.

121 Covid-19 Richtsnoeren voor grensbeheermaatregelen tot bescherming van de gezondheid en tot waarborging van de beschikbaarheid van goederen en essentiële diensten (*PbEU* 2020, C 86 I/01); Mededeling van de Commissie, ‘Naar een gefaseerde en gecoördineerde aanpak van het herstel van het vrije verkeer en de opheffing van de binnengrenscontroles’ (*PbEU* 2020, C 169/30).

122 H. van Eijken & J.J. Rijpma, ‘Social distancing voor lidstaten: grenscontroles en vrij verkeer in tijden van covid-19’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 70; zie ook Mededeling van de Commissie, ‘Naar een gefaseerde en gecoördineerde aanpak van het herstel van het vrije verkeer en de opheffing van de binnengrenscontroles’ (*PbEU* 2020, C 169/30), p. 36.

123 COM(2020)550 final.

124 Aanbeveling (EU) 2020/1475 van de Raad van 13 oktober 2020 betreffende een gecoördineerde aanpak van de beperking van het vrije verkeer in reactie op de COVID-19-pandemie (*PbEU* 2020, L 337/3).

Op 22 december 2020 publiceerde de Commissie een aanbeveling als reactie op de zogenoemde Britse variant van Covid-19 en als aanvulling op de hiervoor genoemde aanbeveling van de Raad.¹²⁵ Uitgangspunt is dat alle niet-essentiële reizen van en naar het Verenigd Koninkrijk worden stopgezet, maar dat vlieg- en treinverboden moeten worden stopgezet, gezien de noodzaak om essentiële reizen te waarborgen en verstoringen van toeleveringsketens te voorkomen.

In de hiervoor genoemde mededeling ‘Een eengemaakt front tegen COVID-19’ van 19 januari van dit jaar geeft de Commissie aan wat moet worden gedaan om een derde golf te voorkomen. Hierin wordt verwezen naar de verschillende maatregelen en aanbevelingen die eerder zijn gedaan. Niet-essentiële reizen moeten sterk worden ontmoedigd.¹²⁶ Maar de sluiting van grenzen, het instellen van een algemeen reisverbod, het opschorten van vluchten of andere vormen van transport, zijn volgens de Commissie niet gerechtvaardigd, aangezien er alternatieve en meer gerichte maatregelen voorhanden zijn. Reisbeperkingen moeten proportioneel en non-discriminatoir zijn, en in lijn met de aanbeveling van de Raad uit oktober 2020 (zie hiervoor). Beperkingen die wel evenredig zijn, waaronder het testen van reizigers, kunnen nog steeds worden opgelegd, vooral aan personen die uit bepaalde risicogebieden komen.

In het voorstel van 25 januari van dit jaar wordt ook gewezen op het belang van essentiële reizigers, zoals gezondheidswerkers, die, wanneer zij uit een donkerrood gebied reizen, zich ook moeten laten testen en ook in quarantaine moeten gaan, ‘voor zover dat geen dispropor-tionele gevolgen heeft voor de uitoefening van hun essentiële taak of behoefte’.¹²⁷

3.2.1. Het vrije verkeer van werknemers – selectieve mobiliteit

De Commissie heeft ook richtsnoeren gepubliceerd voor specifieke groepen van werknemers, ‘die de grens moeten overschrijden om hun werkplek te bereiken omdat zij cruciale beroepen uitoefenen waarbij zij activiteiten verrichten in verband met essentiële diensten’. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op werknemers die in de grensstreek werken, of gedetacheerd zijn of in bepaalde sectoren werken, zoals de landbouwsector, die sterk afhankelijk zijn van seizoenarbeiders uit andere lidstaten.¹²⁸ Volgens de Commissie in haar richtsnoeren zijn velen van hen ‘voor hun ontvangende lidstaten van cruciaal belang, bijvoorbeeld voor de gezondheidszorg, het ver-

lenen van andere essentiële diensten, waaronder het opzetten en onderhouden van medische uitrusting en infrastructuur, of het waarborgen van de levering van goederen. Daarom is een gecoördineerde aanpak op EU-niveau, die ervoor zorgt dat deze werknemers de binnengrenzen kunnen blijven overschrijden, van cruciaal belang’. Deze vorm van ‘selectieve mobiliteit’ doet daarnaast beter recht aan de langer gekoesterde wens van veel lidstaten om niet alle, niet-discriminerende maatregelen die als gevolg van nationale keuzes een mogelijke impact hebben op het vrije verkeer, terzijde te hoeven schuiven.¹²⁹ Maar ‘selectieve mobiliteit’ zou wel op gespannen voet kunnen staan met het markttoegangscriterium (zie hiervoor) en de rechtspraak van het HvJ EU die bepaalt dat zowel met als zonder onderscheid-maatregelen onder de verbodsnorm van artikel 45 VWEU inzake het vrije werknemers-verkeer vallen. Met ‘selectieve mobiliteit’ komt er immers meer nadruk te liggen op het non-discriminatiebegin-sel.¹³⁰

3.2.2. Het vrije verkeer van diensten – toerisme, vervoer en medische diensten

Sectoren die hard getroffen zijn door de uitbraak van Covid-19, zijn het toerisme, de reisbranche, de luchtvaartsector en overige vervoersdiensten.¹³¹ Consumenten hebben te maken met geannuleerde reizen door de vervoerder of door de reisbranche. Volgens de verordeningen over passagiersrechten en de richtlijn over pakketreizen kan de terugbetaling gebeuren in geld of met een voucher. Terugbetaling met een voucher is echter alleen toegestaan als de passagier of reiziger daarmee instemt. In maart 2020 heeft de Commissie interpretatieve richtsnoeren betreffende de EU-verordeningen inzake passagiersrechten in de context van de ontwikkeling van Covid-19 vastgesteld en adviesrichtsnoeren voor EU-regels voor pakketreizen. Bovendien heeft de Commissie op 13 mei 2020 een mededeling over toerisme en vervoer in en na 2020 opgesteld waarin de volgende ambitie wordt uitgesproken:¹³²

‘Deze mededeling gaat vergezeld van een pakket dat voor mensen garanties en duidelijkheid biedt en voor de toeristische en vervoerssector een hersteltraject, om ervoor te zorgen dat de EU haar positie als wereldleider op het gebied van duurzaam en innoverend toerisme behoudt.’ Van belang voor het vrije verkeer van diensten is verder interessant om te wijzen op de richtsnoeren van de Commissie voor EU-noodhulp voor grensoverschrijdende samenwerking in de gezondheidszorg met betrekking

125 Commission Recommendation of 22.12.2020 on a coordinated approach to travel and transport in response to the SARS-COV-2 variant observed in the United Kingdom, C(2020)9607 final.

126 Mededeling van de Commissie, ‘Een eengemaakt front tegen COVID-19’, COM(2021)35 final.

127 ‘Coronavirus: voorstel van de Commissie voor een update van de gecoördineerde aanpak van beperkingen van het vrije verkeer’ ec.europa.eu 25 januari 2021.

128 Mededeling van de Commissie, ‘Richtsnoeren betreffende de uitoefening van het recht op vrij verkeer van werknemers tijdens de uitbraak van COVID-19’ (PbEU 2020, C 1021/03).

129 S. Robin-Olivier, ‘Free Movement of Workers in the Light of the COVID-19 Sanitary Crisis: From Restrictive Selection to Selective Mobility’, *European Papers* (5) 2020, afl. 1, p. 617-618.

130 S. Robin-Olivier, ‘Free Movement of Workers in the Light of the COVID-19 Sanitary Crisis: From Restrictive Selection to Selective Mobility’, *European Papers* (5) 2020, afl. 1, p. 617-618.

131 H.A.G. Temmink, ‘De covid-19-maatregelen van de EU: buigen of barsten?’, *NtER* 2020, afl. 3/4, p. 78.

132 COM(2020)550 final.

tot de Covid-19-crisis.¹³³ Hierin wordt onder andere ingegaan op het vrije verkeer van patiënten en de vergoeding van de zorg en de erkenning van beroepskwalificaties van gezondheidswerkers. Wat dit laatste betreft bepleit de Commissie een flexibelere toepassing van de richtlijn betreffende erkenning van beroepskwalificatie met het oog op het vergroten van de mogelijkheden dat gezondheidswerkers over de grenzen hun kennis en vaardigheden uitwisselen, met andere gezondheidswerkers samenwerken en zonder oponthoud medische diensten in andere lidstaten kunnen verrichten.¹³⁴ Een nobele doelstelling die echter het eerder in dit artikel genoemde probleem van 'braindrain' zou kunnen vergroten, waarbij gezondheidswerkers mogelijk gestimuleerd worden om hun land van herkomst waar het gezondheidsstelsel fragiel is, te verlaten.¹³⁵

4. Tot slot: veerkrachtige verdragsvrijheden?

De impact van het Covid-19-virus op de interne markt leek mede door de sluiting van de grenzen aanvankelijk ongeëvenaard. Niettemin konden Europese consumenten nog steeds vanuit de hele Europese Unie producten kopen en diensten afnemen. Werknemers zetten, al was het in beperkte mate en ging het om specifieke groepen, hun werk in andere lidstaten voort. De verdragsvrijheden lijken vooralsnog redelijk 'veerkrachtig' te zijn om de schokken die de coronacrisis heeft veroorzaakt, op te vangen.

Dit komt enerzijds door de flexibiliteit en ruimte die lidstaten hebben om binnen de huidige juridische kaders van de verdragsvrijheden en excepties, en de rechtspraak van het Hof de gezondheid van hun burgers te beschermen. Het belang van de volksgezondheid heeft volgens het HvJ EU immers de hoogste rang onder de in artikel 36 VWEU genoemde belangen, waarbij de proportionaliteitstoets vaak minder indringend wordt toegepast, rekening houdend met het voorzorgsbeginsel.

Anderzijds zijn de 'begeleidende' maatregelen van de EU-instellingen, die bijvoorbeeld via het aanwijzen van zogenoemde 'green lanes' ervoor zorgden dat het transport van goederen over de grenzen doorgang kon vinden, van groot belang voor het functioneren van de interne markt.

Tegelijkertijd legt Covid-19 ook een aantal fragiele, broze plekken bloot in de bouwstenen van de interne markt, hetgeen de vraag opwerpt of de vrijheden *voldoende* veerkrachtig zijn. Om de interne markt en de toepassing en handhaving van de verdragsvrijheden meer crisisbestendig te maken, kan aan het volgende worden gedacht. In de eerste plaats moet even hard en snel worden opgetreden tegen lidstaten die Covid-19 gebruiken om, bijvoorbeeld, de eigen markt voor levensmiddelen af te schermen. Dergelijke protectionistische maatregelen ondermijnen het vrije verkeer en kunnen niet worden gerechtvaardigd op grond van de bescherming van de volksgezondheid. Handhaving is wel de achilleshiel van het interne marktrecht. Tegelijkertijd zou, wellicht meer dan nu al gebeurt, binnen het Unierecht aandacht moeten zijn voor, bijvoorbeeld, lokaal geproduceerde en duurzame producten die over een korte afstand kunnen worden vervoerd. Dit zou eventuele problemen in de bevoorradingsketen kunnen verkleinen en tegelijkertijd een duurzame interne markt bevorderen.

In de tweede plaats kan het 'solidariteitsbeginsel' meer op de voorgrond worden geplaatst bij de beoordeling of handelsbelemmeringen van, bijvoorbeeld, medische beschermingsmiddelen, de volksgezondheid van Europese burgers dienen.

In de derde plaats laten de maatregelen van de EU zien dat in een crisissituatie de focus ligt op 'selectieve mobiliteit' van personen – en op essentiële diensten en beroepen – die niet mogen worden gediscrimineerd op grond van hun nationaliteit en voor wie de grenzen openblijven. Selectieve mobiliteit van Unieburgers en werknemers heeft iets weg van 'fair movement' zoals destijds voorgesteld tegen de achtergrond van de Brexitonderhandelingen door Barnard en Butlin;¹³⁶ een idee dat het tegen de achtergrond van Covid-19 verdient om nader bestudeerd te worden.

In de laatste plaats hebben de grensmaatregelen een tamelijk funeste uitwerking (gehad) op het vrije verkeer. Het zou zomaar kunnen dat een vergrote aandacht voor de *buitengrenzen* van de EU, mede dankzij Covid-19, de noodzaak van binnengrenzen verkleinen en daarmee het belang en de toepassing van de verdragsvrijheden binnen de interne markt versterken. De focus zou dan vooral komen te liggen op lokale, regionale of Europese indammeningen van Covid-19-besmettingshaarden, of in ieder geval op het vergroten van de drempel voor het invoeren van tamelijk simpele, maar draconische grenssluitingen.¹³⁷

133 Mededeling van de Commissie, 'Richtsnoeren voor EU-noodhulp voor grensoverschrijdende samenwerking in de gezondheidszorg met betrekking tot de COVID-19-crisis' (PbEU 2020, C 111/01).

134 Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PbEU 2005, L 255/22).

135 Zie bijvoorbeeld C. Dhéret & S. Guagliardo, 'Boosting Europe's resilience with better health systems: Lessons from the COVID-19 crisis', epc.eu 14 april 2020.

136 C. Barnard & S. Fraser Butlin, 'Free movement v. fair movement: Brexit and managed migration', *Common Market Law Review* (55) 2018, special issue, p. 203-226.

137 C. de Gruyter, 'Europe Needed Borders. The Coronavirus Built Them.' *Foreign Policy* 4 december 2020. Zie ook J. Scott Marcus e.a., *The Impact of COVID-19 on the Internal Market, Policy*, Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, february 2021, p. 83: www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2021/02-22/p10_Study_Covid-19_EN.pdf.