



Datum van inontvangstneming : 02/12/2021

Zaak C-560/21

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

13 september 2021

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

27 april 2021

Verzoeker, appellant en verzoeker tot *Revision*:

ZS

Verweerder, geïntimeerde en verweerder in *Revision*:

Zweckverband „Kommunale Informationsverarbeitung Sachsen”
KISA, publiekrechtelijk lichaam

BUNDESARBEITSGERICHT

[OMISSIS]

BESLISSING

[OMISSIS]

In de zaak

ZS

verzoeker, appellant en verzoeker tot *Revision*,

[OMISSIS]

Zweckverband „Kommunale Informationsverarbeitung Sachsen” KISA,
publiekrechtelijk lichaam

verweerder, geïntimeerde en verweerder in *Revision*,

heeft de negende Senat van het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken) [OMISSIS] beslist:

I. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) verzocht de volgende vragen te beantwoorden:

1. Moet artikel 38, lid 3, tweede volzin, van verordening (EU) 2016/679 (algemene verordening gegevensbescherming; hierna: „AVG”) aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een bepaling van nationaal recht, zoals in casu § 6, lid 4, eerste volzin, van het Bundesdatenschutzgesetz (federale wet inzake gegevensbescherming), die het ontslag van de functionaris voor gegevensbescherming door de verwerkingsverantwoordelijke, die zijn werkgever is, afhankelijk stelt van de daarin gestelde voorwaarden, ongeacht of dit ontslag verband houdt met de uitvoering door de functionaris van zijn taken?

Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

2. Berust artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG op een toereikende rechtsgrondslag, met name voor zover die bepaling betrekking heeft op functionarissen voor gegevensbescherming die een arbeidsverhouding hebben met de verwerkingsverantwoordelijke?
- II. De procedure in *Revision* wordt geschorst totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak heeft gedaan op het verzoek om een prejudiciële beslissing.

Motivering

A. Voorwerp van het hoofdgeding

- 1 Partijen zijn het oneens over het ontslag van verzoeker als functionaris voor gegevensbescherming.
- 2 Verzoeker is sinds 1 januari 2002 in dienst van verweerder als medewerker op de afdeling belastingen, laatstelijk als applicatie-adviseur. Als dienstverlener voor gemeenten voert verweerder het federale recht uit en is daarom op grond van zowel verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming; hierna: „AVG”; *PB L 119 van 4 mei 2016, blz. 1*) als op grond van het Bundesdatenschutzgesetz (hierna: „BDSG”) verplicht een functionaris voor gegevensbescherming aan te wijzen. Op 27 februari 2004 heeft verweerder verzoeker benoemd tot functionaris voor gegevensbescherming.

- 3 Bij brief van 15 augustus 2018 heeft verweerder verzoeker met ingang van 31 augustus 2018 ontslagen als functionaris voor gegevensbescherming, op grond dat zijn werkzaamheden als functionaris voor gegevensbescherming in strijd waren met zijn beroepsactiviteiten. Verweerder stelt dat het feit dat verzoeker, naast zijn werkzaamheden als applicatie-adviseur, financiële gegevens van burgers moest verwerken, een belangenconflict doet ontstaan met de taken die hem als functionaris voor gegevensbescherming zijn opgedragen. Het juridische standpunt van verzoeker is dat er geen dringende reden is die zijn ontslag zou kunnen rechtvaardigen.
- 4 De lagere rechters hebben het beroep verworpen waarin verzoeker stelde dat zijn ontslag als functionaris voor gegevensbescherming ongeldig was. Met zijn beroep in *Revision* handhaaft hij zijn vorderingen.

B. Toepasselijk nationaal recht

- 5 Het Bundesdatenschutzgesetz in de versie zoals die gold van 25 mei 2018 tot en met 25 november 2019 (*BGBI. 2017 I, blz. 2097*) bevat onder meer de volgende bepalingen.

„§ 6

Positie

[...]

- (4) De functionaris voor gegevensbescherming mag uitsluitend in overeenstemming met het bepaalde in § 626 van het Bürgerliches Gesetzbuch (Duits Burgerlijk Wetboek) worden ontslagen.”
- 6 Het Bürgerliches Gesetzbuch in de versie van de bekendmaking van 2 januari 2002 (*BGBI. I blz. 42, gerectificeerd blz. 2909 en BGBI. 2003 I blz. 738*) luidt, voor zover hier relevant:

„§ 134

Wettelijk verbod

Een rechtshandeling die inbreuk maakt op een wettelijk verbod is nietig, tenzij de wet anders bepaalt.

§ 626

Opzegging wegens een dringende reden zonder opzegtermijn

- (1) De arbeidsverhouding kan door elk van de contractpartijen om een dringende reden worden opgezegd zonder inachtneming van een opzegtermijn, indien sprake is van feiten op grond waarvan redelijkerwijs

niet van de opzeggende partij kan worden verwacht dat hij, rekening houdend met alle omstandigheden van het concrete geval en na afweging van de belangen van beide contractpartijen, de arbeidsverhouding voortzet tot het verstrijken van de opzegtermijn of tot de contractueel overeengekomen beëindiging van de arbeidsverhouding.

(2) Opzegging kan slechts binnen twee weken geschieden. De termijn begint te lopen vanaf het tijdstip waarop de tot opzegging van de overeenkomst gerechtigde partij kennis krijgt van de voor de opzegging relevante feiten. [...]"

C. Toepasselijke bepalingen van Unierecht

7 De AVG bepaalt onder meer het volgende:

„Artikel 38

Positie van de functionaris voor gegevensbescherming

[...]

(3) De verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker zorgen ervoor dat de functionaris voor gegevensbescherming geen instructies ontvangt met betrekking tot de uitvoering van die taken. Hij wordt door de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker niet ontslagen of gestraft voor de uitvoering van zijn taken."

D. Noodzaak van de beslissing van het Hof van Justitie en toelichting bij de prejudiciële vragen

I. Noodzaak van de beslissing van het Hof van Justitie

8 Of het door verweerder ingestelde beroep in *Revision* slaagt, hangt af van de uitlegging van het recht van de Unie. Overeenkomstig § 6, lid 4, eerste volzin, BDSG is het ontslag van de functionaris voor gegevensbescherming alleen toegestaan bij analoge toepassing van § 626 BGB, dat wil zeggen om een dringende reden. De bepalingen van het BDSG stellen dan ook strengere voorwaarden aan het ontslag van de functionaris voor gegevensbescherming dan het recht van de Unie. Artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG bepaalt alleen dat de functionaris voor gegevensbescherming niet mag worden ontslagen of benadeeld door de verwerkingsverantwoordelijken wegens de uitvoering van zijn taken.

9 Naar nationaal recht zou het beroep in *Revision* van verzoeker gegrond zijn. Gelet op de motivering van het Landesarbeitsgericht (arbeidsrechter) mocht het ontslag niet als rechtsgeldig worden beschouwd. Na de terugverwijzing door de verwijzende rechter zou het Landesarbeitsgericht gehouden zijn het op

15 augustus 2018 uitgesproken ontslag van verzoeker te toetsen aan de hand van de vraag of er sprake was van een dringende reden in de zin van § 6, lid 4, eerste volzin, BDSG juncto § 626 BGB.

- 10 De toepasselijkheid van § 6, lid 4, eerste volzin, BDSG juncto § 626 BGB hangt af van de vraag of het Unierecht, en met name artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG, een regeling van een lidstaat toestaat die aan het ontslag van een functionaris voor gegevensbescherming strengere voorwaarden stelt dan het Unierecht. De verwijzende rechter kan daarover geen uitspraak doen zonder de zaak overeenkomstig artikel 267 VWEU voor te leggen aan het Hof van Justitie. Indien het bepaalde in § 6, lid 4, eerste volzin, BDSG buiten toepassing moeten gelaten wegens de voorrang van het Unierecht, dan zou verzoekers beroep in *Revision* niet slagen, aangezien er in het geding geen andere redenen zijn die tot de nietigheid van zijn ontslag zouden leiden.

II. Toelichting bij de eerste prejudiciële vraag

- 11 De verwijzende rechter kan niet eenduidig bepalen of er naast de regeling van artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG de bepaling van nationaal recht in § 6, lid 4, eerste volzin, BDSG kan gelden die de mogelijkheid tot ontslag van een bedrijfsfunctionaris voor gegevensbescherming beperkt ten opzichte van de Unierechtelijke regelingen.
- 12 1. Het nationale recht biedt een betere bescherming tegen ontslag dan het recht van de Unie. Overeenkomstig artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG mag de functionaris voor gegevensbescherming niet worden ontslagen of benadeeld door de verwerkingsverantwoordelijke wegens de uitvoering van zijn taken. Daarentegen bepaalt § 6, lid 4, BDSG dat een verplicht aangewezen functionaris voor gegevensbescherming alleen om een dringende reden kan worden ontslagen (*zie § 626 BGB*), ook wanneer het ontslag – zoals in casu – geen verband houdt met de uitvoering van zijn taken.
- 13 2. De AVG is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat (*artikel 99, lid 2, AVG, juncto artikel 288, lid 2, VWEU*). Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie hebben de bepalingen van het VWEU en de rechtstreeks toepasselijke handelingen van de instellingen krachtens het beginsel van de voorrang van het Unierecht in hun verhouding tot het nationale recht van de lidstaten tot gevolg dat zij door het enkele feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden (*arresten van het Hof van 4 februari 2016, C-336/14 [Ince, ECLI:EU:C:2016:72], punt 52, en 14 juni 2012, C-606/10 [ANAFE, ECLI:EU:C:2012:348], punt 73*). De AVG beoogt – evenals de daarbij ingetrokken richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PB L 281 van 23 november 1995, blz. 31*) – het vrije verkeer van persoonsgegevens tussen lidstaten te verzekeren dankzij een harmonisatie van de nationale voorschriften inzake de bescherming

van natuurlijke personen op het gebied van de verwerking van dergelijke gegevens (zie overweging 9 e.v.. AVG; arrest van het Hof van 20 mei 2003, C-465/00 [*Österreichischer Rundfunk e.a.*, ECLI:EU:C:2003:294], punt 39). Gelet op de uit richtlijn 95/46/EG voortvloeiende volledige harmonisatie, zouden volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie wellicht ook strengere nationale regelingen niet toegestaan kunnen zijn (arrest van het Hof van 24 november 2011, C-468/10 en C-469/10 [*ASNEF*, ECLI:EU:C:2011:777], punt. 29 e.v.).

- 14 3. In de nationale doctrine lopen de meningen uiteen over de vraag of de AVG de lidstaten toestaat het ontslag van de functionaris voor gegevensbescherming afhankelijk te stellen van aanvullende voorwaarden.
- 15 a) Deels wordt de opvatting gehuldigd dat het bij de bijzondere ontslagbescherming in § 38, lid 2, juncto § 6, lid 4, eerste volzin, BDSG gaat om materiële bepalingen van arbeidsrecht, omdat ontslag in het geval van interne functionarissen voor gegevensbescherming doorgaans gepaard gaat met een wijziging van de arbeidsovereenkomst in die zin dat de taken van de functionaris voor gegevensbescherming niet langer deel uitmaken van de activiteit die aan hem is toevertrouwd [*OMISSIS*]. Voor materiële arbeidsrechtelijke bepalingen heeft de Unie overeenkomstig artikel 153 VWEU geen wetgevende bevoegdheid, zodat een conflict met artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG is uitgesloten. Bovendien kan de nationale wetgever eventuele leemten opvullen met een beroep op de arbeidsrechtelijke afwijkingsbepaling in artikel 88 AVG [*OMISSIS*]. Volgens de voorbereidende stukken van de nieuwe versie van het BDSG lijkt ook de Duitse wetgever ervan te zijn uitgegaan dat § 6, lid 4, BDSG een arbeidsrechtelijke regeling behelst die in aanvulling op de voorschriften van de AVG overeenkomstig de tot en met 24 mei 2018 geldende nationale rechtssituatie mag worden gehandhaafd [*OMISSIS*].
- 16 b) Anderen daarentegen leggen de nadruk op de functie van de ontslagbescherming, die niet arbeidsrechtelijk van aard is, maar wordt ingegeven door het recht inzake gegevensbescherming [*OMISSIS*]. Zou men deze opvatting volgen, dan zou een nationale regeling als § 6, lid 4, BDSG, die aan het ontslag strengere voorwaarden stelt dan de Europese gegevensbescherming, ontoelaatbaar zijn.

III. Toelichting bij de tweede prejudiciële vraag

- 17 Voor het geval de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG op een toereikende rechtsgrondslag is gebaseerd, in het bijzonder voor zover het betrekking heeft op functionarissen voor gegevensbescherming die een arbeidsverhouding met de verwerkingsverantwoordelijke hebben. Mocht een dergelijke rechtsgrondslag ontbreken, dan zou artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG niet in de weg staan aan de nationale bepaling van § 6, lid 4, BDSG en zou het beroep in *Revision* van verzoeker slagen.

- 18 1. Volgens artikel 5, leden 1 en 2, EU geldt voor de Europese Unie het beginsel van bevoegdheidstoedeling. Dit beginsel is nader uitgewerkt in artikel 2 e.v. VWEU. Krachtens dit beginsel handelt de Unie enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toegeedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken.
- 19 a) De AVG is met name vastgesteld op basis van artikel 16 VWEU (*zie inleidende overweging en overweging 12 van de AVG*). In de nationale doctrine wordt de formulering van artikel 16, lid 2, eerste volzin, VWEU echter ten dele aldus opgevat dat de door het Verdrag verleende wetgevende bevoegdheid van de Unie is beperkt tot de bescherming van gegevens bij de gegevensverwerking door instellingen van de Unie, de gegevensverwerking door overheidsorganen bij de omzetting van het Unierecht en de grensoverschrijdende gegevensverwerking [*OMISSIS*]. In zijn rechtspraak over richtlijn 95/46/EG en artikel 100 A EG is het Hof van Justitie tot dusverre niet van een dergelijke enge uitlegging uitgegaan (*zie arrest van het Hof van 20 mei 2003, C-465/00 [Österreichischer Rundfunk e.a., ECLI:EU:C:2003:294], punt 39 e.v.*)
- 20 b) Aan de andere kant zou ook de rechtsgrondslag voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen op de interne markt, dat wil zeggen artikel 114, lid 1, VWEU, wellicht relevant kunnen zijn (*met betrekking tot richtlijn 95/46/EG en artikel 100 A EG, zie arrest van het Hof van 20 mei 2003, C-465/00 [Österreichischer Rundfunk e.a., ECLI:EU:C:2003:294], punt 39 e.v.*). Met betrekking tot artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVG en artikel 114, lid 2, VWEU zou hieraan echter in de weg kunnen staan dat artikel 114, lid 1, VWEU onder meer niet van toepassing is op de bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers. Dit zou alleen dan geen belemmering hoeven te zijn, indien de AVG geen specifieke doelstelling op het gebied van de rechten van werknemers zou nastreven, maar slechts tot regeling van een algemene beleidskwestie zou strekken die louter zijdelings een impact heeft op de rechtspositie van werknemers [*OMISSIS*].
- 21 2. Hoewel de verwijzende rechter zich niet kan vinden in de hiernavolgende kanttekeningen die de nationale doctrine bij de geldigheid van de AVG plaatst, verzoekt hij het Hof van Justitie om, ter verduidelijking van de Unierechtelijke rechtssituatie en omwille van de rechtszekerheid, niettemin daarop in te gaan.
- 22 a) Ten dele wordt in de doctrine aangenomen dat er sprake is van schending van het in het Unierecht geldende subsidiariteitsbeginsel (artikel 5, lid 3, eerste alinea, EU) [*OMISSIS*]. Uitgaande van deze visie heeft de Duitse Bundesrat bij besluit van 30 maart 2012 (*BR-Drs. 52/12 [besluit]*) een grief op basis van het subsidiariteitsbeginsel tegen het oorspronkelijke ontwerp van de AVG geuit op grond van artikel 12, onder b), EU juncto artikel 6 van het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid van 13 december 2007 (*PB C 306 van 17 december 2007, blz. 150*).

- 23 b) Tot slot wordt de AVG in de nationale doctrine sporadisch ongeldig beschouwd wegens schending van het in artikel 5, lid 4, eerste alinea, EU neergelegde evenredigheidsbeginsel *[OMISSIS]*.
- 24 E. *[OMISSIS]* [opmerkingen over de nationale procedure]
[OMISSIS]