Zaak C-534/20

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

21 oktober 2020

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

30 juli 2020

Verweerster, verzoekster in reconventie, appellante en verzoekster in Revision:

Leistritz AG

Verzoekster, verweerster in reconventie, geïntimeerde en verweerster in Revision:

LH

BUNDESARBEITSGERICHT

[OMISSIS]

BESLISSING

[OMISSIS]

In de zaak

1. LEISTRITZ AG

   Verweerster met betrekking tot 1, verzoekster in reconventie, appellante met betrekking tot 1 en verzoekster in Revision,

2. tot en met 5....

tegen

LH

WERKDOCUMENT

verzoekster, verweerster in reconventie, geïntimeerde en verweerster in Revision,

heeft de Tweede Senat van het Bundesarbeitsgericht na de mondelinge behandeling van 30 juli 2020 [OMISSIS] beslist: **[Or. 2]**

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: „AVGB") aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een bepaling van nationaal recht als § 38, leden 1 en 2, juncto § 6, lid 4, tweede volzin, van het Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), op grond waarvan het niet is toegestaan dat de arbeidsverhouding van de functionaris voor gegevensbescherming door de verwerkingsverantwoordelijke, die zijn werkgever is, wordt beëindigd via een gewone opzegging, ongeacht of deze opzegging al dan niet verband houdt met de uitvoering van zijn taken?

   Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

2. Verzet artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB zich ook tegen een dergelijke bepaling van nationaal recht wanneer de aanwijzing van de functionaris voor gegevensbescherming niet krachtens artikel 37, lid 1, AVGB verplicht is, maar uitsluitend krachtens het recht van de lidstaat?

   Ingeval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

3. Berust artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB op een toereikende rechtsgrondslag, met name voor zover het betrekking heeft op functionarissen voor gegevensbescherming die een arbeidsverhouding met de verwerkingsverantwoordelijke hebben?

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.

Overwegingen

WERKDOCUMENT

A. Voorwerp van het hoofdgeding

Tussen partijen is nog in geschil of de tussen hen bestaande arbeidsverhouding rechtsgeldig kon worden beëindigd door middel van een gewone opzegging.

Verzoekster was sinds 15 januari 2018 werkzaam als „Teamleiter Recht" (teamleider juridische zaken) bij verweerster. Bij brief van dezelfde datum [**Or. 3**] heeft verweerster verzoekster met ingang van 1 februari 2018 tevens aangewezen als bedrijfsfunctionaris voor gegevensbescherming. Verweerster, een privaatrechtelijke onderneming, heeft ten minste 50 werknemers in dienst en was zowel op grond van het Bundesdatenschutzgesetz (federale wet inzake gegevensbescherming; hierna: „BDSG") in de van 1 september 2009 tot en met 24 mei 2018 geldende versie (oude versie) als op grond van artikel 38, lid 1, eerste volzin, AVGB in de van 25 mei 2018 tot en met 25 november 2019 geldende versie verplicht om een functionaris voor gegevensbescherming aan te wijzen.

Verweerster heeft bij brief van 13 juli 2018 de arbeidsverhouding met ingang van 15 augustus 2018 beëindigd via een gewone opzegging. Ter onderbouwing van de rechtsgeldigheid van de opzegging verwees zij naar een herstructureringsmaatregel als gevolg waarvan verzoekster overtollig was geworden. Verzoekster is in beroep tijdig opgekomen tegen de vermeende ongeldigheid van de opzegging. De lagere rechters hebben het beroep toegewezen. Volgens hen was de gewone opzegging reeds ongeldig op grond dat verzoekster als functionaris voor gegevensbescherming volgens § 38, lid 2, juncto § 6, lid 4, tweede volzin, BDSG alleen maar voor buitengewoon ontslag om gewichtige redenen in aanmerking kwam. Afgezien daarvan vormde de door verweerster vermelde herstructureringsmaatregel ook geen gewichtige reden voor een buitengewone opzegging. Verweerster heeft hiertegen beroep in Revision ingesteld.

B. Toepasselijk nationaal recht

I. Bundesdatenschutzgesetz in de versie zoals die gold van 25 mei 2018 tot en met 25 november 2019 (BGBl. 2017 I, blz. 2097).

1. „§ 6

Positie

...

(4) De functionaris voor gegevensbescherming mag uitsluitend in overeenstemming met het bepaalde in § 626 van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits Burgerlijk Wetboek) worden ontslagen. Opzegging van de arbeidsverhouding is niet toegestaan, tenzij sprake is van feiten op grond waarvan het overheidsorgaan gerechtigd is de arbeidsverhouding om gewichtige redenen op te zeggen zonder

WERKDOCUMENT

inachtneming van een opzegtermijn. Het is niet toegestaan om de arbeidsverhouding binnen een jaar na afloop van de activiteit als functionaris voor gegevensbescherming op te zeggen **[Or. 4]**, tenzij het overheidsorgaan gerechtigd is de arbeidsverhouding om gewichtige redenen op te zeggen zonder inachtneming van een opzegtermijn.”

2. „§ 38

Functionarissen voor gegevensbescherming die niet bij overheidsorganen in dienst zijn

(1) In aanvulling op het bepaalde in artikel 37, lid 1, onder b) en c), van verordening (EU) 2016/679 wijzen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker een functionaris voor gegevensbescherming aan, indien zij in de regel ten minste tien personen in dienst hebben die zich doorlopend bezighouden met de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. In geval van verwerkingen door de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker waarvoor een gegevensbeschermingseffectbeoordeling als bedoeld in artikel 35 van verordening (EU) 2016/679 moet worden uitgevoerd of in geval van de commerciële verwerking van persoonsgegevens met het oog op (anonieme) doorgifte of ten behoeve van markt- of opinieonderzoek, wijzen zij een functionaris voor gegevensbescherming aan, ongeacht het aantal personen dat zich met de verwerking bezig houdt.

(2) Het bepaalde in § 6, lid 4, lid 5, tweede volzin, en lid 6 is van toepassing, met dien verstande dat § 6, lid 4, slechts van toepassing is wanneer de aanwijzing van een functionaris voor gegevensbescherming verplicht is.”

In de versie van § 38, lid 1, eerste volzin, BDSG zoals die sinds 26 november 2019 geldt, is het aantal werknemers verhoogd van „tien” naar „20”.

II. Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in de versie zoals gepubliceerd op 2 januari 2002 (BGBl. I, blz. 42, zoals gerectificeerd, blz. 2909 en BGBl. 2003 I, blz. 738):

1. „§134

Wettelijk verbod

Een rechtshandeling die inbreuk maakt op een wettelijk verbod is nietig, tenzij de wet anders bepaalt.” **[Or. 5]**

2. „§ 626

Opzegging wegens gewichtige redenen zonder opzegtermijn

WERKDOCUMENT

(1) De arbeidsverhouding kan door elk van de contractspartijen om gewichtige redenen 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 contractspartijen, de arbeidsverhouding voortzet tot het verstrijken van de opzegtermijn of tot de contractueel overeengekomen beëindiging van de arbeidsverhouding.

(2) Opzegging is uitsluitend mogelijk binnen twee weken. 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."

III. Kündigungsschutzgesetz (Duitse wet inzake ontslagbescherming; hierna: „KSchG"), in de versie zoals gepubliceerd op 25 augustus 1969 (BGBl. I, blz. 1317), laatstelijk gewijzigd bij § 4 van de wet van 17 juli 2017 (BGBl. I, blz. 2509):

„§1

Sociaal ongerechtvaardigde opzeggingen

(1) De opzegging van de arbeidsverhouding met een werknemer die langer dan zes maanden ononderbroken bij hetzelfde bedrijf of dezelfde onderneming werkzaam is geweest, is niet rechtsgeldig wanneer die opzegging sociaal ongerechtvaardigd is.

(2) Van sociaal ongerechtvaardigde opzegging is sprake wanneer de opzegging niet is gebaseerd op redenen die verband houden met de persoon of het gedrag van de werknemer of wanneer de opzegging niet is ingegeven door dringende bedrijfseisen die zich ertegen verzetten dat de werknemer nog langer in dienst van het bedrijf blijft."

C. Toepasselijke bepalingen van Unierecht

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 **[Or. 6]** en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG [*algemene verordening gegevensbescherming; hierna: „AVGB" (PB 2016, L 119, blz. 1)*].

1. „Artikel 37

Aanwijzing van de functionaris voor gegevensbescherming

WERKDOCUMENT

...

(4) In andere dan de in lid 1 bedoelde gevallen kunnen of, indien dat Unierechtelijk of lidstaatrechtelijk is verplicht, moeten de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker of verenigingen en andere organen die categorieën van verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers vertegenwoordigen, een functionaris voor gegevensbescherming aanwijzen. [...]"

2. „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. [...]"

3. „Artikel 88

Verwerking in het kader van de arbeidsverhouding

(1) Bij wet of bij collectieve overeenkomst kunnen de lidstaten nadere regels vaststellen ter bescherming van de rechten en vrijheden met betrekking tot de verwerking van de persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding, in het bijzonder met het oog op aanwerving, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van de naleving van wettelijke of uit collectieve overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen, het beheer, de planning en de organisatie van de arbeid, gelijkheid en diversiteit op het werk, gezondheid en veiligheid op het werk, bescherming van de eigendom van de werkgever of de klant dan wel met het oog op de uitoefening en het genot van de met de arbeidsverhouding samenhangende **[Or. 7]** individuele of collectieve rechten en voordelen, en met het oog op de beëindiging van de arbeidsverhouding.

[...]"

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

I. Noodzaak van de beslissing van het Hof van Justitie

1. Naar nationaal recht zou de opzegging van 13 juli 2018 nietig zijn op grond van het bepaalde in § 38, lid 2, juncto § 6, lid 4, tweede volzin, BDSG en § 134

WERKDOCUMENT

BGB en zou het beroep in Revision van verweerster ongegrond zijn. Volgens § 626 BGB is voor de geldige opzegging van de arbeidsverhouding van een werknemer die tevens een verplicht aangewezen functionaris voor gegevensbescherming is, een buitengewone opzegging om gewichtige redenen vereist. Verweerster heeft echter gewoon regelmatig opgezegd.

2. De toepasselijkheid van § 38, lid 2, juncto § 6, lid 4, tweede volzin, BDSG hangt volgens de Senat af van de vraag of het Unierecht, en met name artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB, een regeling van een lidstaat toestaat waarin de opzegging van de arbeidsverhouding van een functionaris voor gegevensbescherming aan strengere voorwaarden is gekoppeld dan in het Unierecht. De Senat kan daarover geen uitspraak doen zonder de zaak overeenkomstig artikel 267 VWEU voor te leggen aan het Hof van Justitie. Mocht het bepaalde in § 38, lid 2, juncto § 6, lid 4, tweede volzin, BDSG echter buiten toepassing moeten blijven wegens de voorrang van het Unierecht (inzonderheid artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB), dan moet het beroep in Revision van verweerster worden toegewezen. Gelet op de motivering van het Landesarbeitsgericht zou de opzegging dan niet als onrechtmatig kunnen worden beschouwd.

II. Toelichting op de eerste prejudiciële vraag

1. De Senat kan niet eenduidig bepalen of er naast de regeling van artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB bepalingen van nationaal recht kunnen gelden die de mogelijkheid tot opzegging van de arbeidsverhouding van een bedrijfsfunctionaris voor gegevensbescherming beperken **[Or. 8]** ten opzichte van de Unierechtelijke regelingen.

2. Volgens artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB kan de functionaris voor gegevensbescherming door de verwerkingsverantwoordelijke niet worden gestraft of ontslagen voor de uitvoering van zijn taken (in de Engelse versie „dismissed”, wat volgens de Senat kan worden opgevat als een opzegverbod). § 38, leden 1 en 2, juncto § 6, lid 4, BDSG bepaalt daarentegen dat een verplicht aangewezen functionaris voor gegevensbescherming alleen om gewichtige redenen kan worden ontslagen (zie § 626 BGB) en dat zijn arbeidsverhouding ook uitsluitend om gewichtige redenen kan worden opgezegd, zelfs wanneer het ontslag of de opzegging – zoals in het onderhavige geval – geen verband houdt met de uitvoering van zijn taken. Indien de verplicht aan te wijzen functionaris voor gegevensbescherming tevens een werknemer van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker is, voorziet het nationale recht niet alleen in ontslagbescherming maar ook in opzegbescherming. Deze bescherming duurt voort tot een jaar na het eventuele ontslag en geldt ongeacht de vraag of de aanwijzing van een functionaris voor gegevensbescherming tevens verplicht is krachtens artikel 37, lid 1, AVGB en of de werknemer naar nationaal recht aanspraak kon maken op algemene opzegbescherming (§ 1, lid 1, KSchG). Daarnaast merkt de Senat nog op dat naar nationaal recht geen sprake is van een

WERKDOCUMENT

gewichtige reden voor ontslag wanneer de gegevensbescherming binnen het bedrijf als gevolg van een organisatorische wijziging voortaan door een externe functionaris voor gegevensbescherming moet worden gewaarborgd [OMISSIS] [nationale rechtspraak].

3. De AVGB is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat *(art. 99, lid 2, AVGB, juncto art. 288, lid 2, VWEU).* Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie hebben de VWEU-bepalingen 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 **[Or. 9]** *(arresten HvJ van 4 februari 2016, C-336/14 [Ince, ECLI:EU:C:2016:72], punt 52; 14 juni 2012, C-606/10 [ANAFE, ECLI:EU:C:2012:348], punt 73).* De AVGB 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 1995, L 281, 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.. AVGB; arrest HvJ 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 harmonisering, zouden volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie wellicht ook strengere nationale regelingen niet toegestaan kunnen zijn *(arrest HvJ van 24 november 2011, C-468/10 en C-469/10 [ASNEF, ECLI:EU:C:2011:777], punt. 29 e.v.).*

4. In de nationale doctrine wordt verschillend tegen de Unierechtelijke rechtssituatie aangekeken.

a) In het algemeen wordt de opvatting gehuldigd is dat het bij de bijzondere opzegbescherming in § 38, lid 2, juncto § 6, lid 4, tweede en derde volzin, BDSG gaat om materiële bepalingen van arbeidsrecht waarvoor de Unie overeenkomstig artikel 153 VWEU geen wetgevende bevoegdheid heeft, zodat een botsing met artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB is uitgesloten. Bovendien kan de nationale wetgever eventuele leemten opvullen met een beroep op de hem in artikel 88 AVGB toegekende bevoegdheid om nadere regels vast te stellen op het gebied van het arbeidsrecht [OMISSIS] [verwijzing naar rechtsliteratuur]. 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 AVGB overeenkomstig de tot en met 24 mei 2018 geldende nationale rechtssituatie mag worden gehandhaafd [OMISSIS] [bronvermelding].

b) Volgens de tegenstanders van deze visie is de koppeling van de arbeidsrechtelijke opzegbescherming aan de positie van de functionaris voor

WERKDOCUMENT

gegevensbescherming, ingeval het niet om overheidsorganen gaat, in strijd met het Unierecht, althans voor zover het [**Or. 10**] functionarissen voor gegevensbescherming betreft die volgens artikel 37, lid 1, AVGB verplicht moeten worden aangewezen. Die benadering leidt naar hun mening tot een te grote last voor de bedrijven om te blijven vasthouden aan een functionaris voor gegevensbescherming wanneer deze eenmaal is aangewezen [OMISSIS] [verwijzing naar rechtsliteratuur]. Bovendien betwijfelen zij of de bijzondere opzegbescherming van de interne functionaris voor gegevensbescherming wel binnen het toepassingsgebied van artikel 88, lid 1, AVGB valt.

III. Toelichting op de tweede prejudiciële vraag

1. Voor zover de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, wenst de Senat te vernemen of het Unierecht, inzonderheid artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB, zich ook tegen een ruimere nationale opzegbescherming verzet wanneer de aanwijzing van de functionaris voor gegevensbescherming niet verplicht is op grond van artikel 37, lid 1, AVGB, maar uitsluitend op grond van het recht van de lidstaat.

2. Mogelijk dient het Unierecht aldus te worden uitgelegd dat artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB in voorkomend geval slechts voorrang heeft wanneer het gaat om functionarissen voor gegevensbescherming die krachtens het Unierecht verplicht zijn aangewezen, omdat de regeling alleen in zoverre als dwingend moet worden beschouwd. De voorwaarden waaronder een functionaris voor gegevensbescherming verplicht moet worden aangesteld, worden in artikel 37, lid 1, AVGB en § 38, lid 1, BDSG verschillend geregeld en vallen niet samen. In het hoofdgeding heeft de lagere rechter tot dusverre enkel vastgesteld dat verzoekster op grond van § 38, lid 1, BDSG verplicht is aangewezen als functionaris voor gegevensbescherming. Of een dergelijke verplichting ook volgens artikel 37, lid 1, AVGB gold, dient eventueel nader te worden onderzocht.

3. Bovendien moet worden verduidelijkt hoe artikel 37, lid 4, eerste volzin, tweede zinsnede, AVGB in dit kader moet worden opgevat. De bewoordingen van deze bepaling laten in elk geval de uitlegging toe, dat een functionaris voor gegevensbescherming die verplicht is aangewezen op grond van het nationale recht, daarmee ook verplicht is aangewezen in de zin van de AVGB. Volgens de Unierechtelijke regeling „moeten” de verwerkingsverantwoordelijken een functionaris voor gegevensbescherming [**Or. 11**] (Engelse versie: „shall”) aanwijzen, indien dat lidstaatrechtelijk is verplicht. Mocht artikel 37, lid 4, eerste volzin, tweede zinsnede, AVGB in die zin uit te leggen zijn, dan zou – voor zover de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord – de naar nationaal recht geldende opzegbescherming niet zijn toegestaan, zelfs wanneer de aanwijzing van de functionaris voor gegevensbescherming niet op grond van artikel 37, lid 1, AVGB maar enkel op grond van het nationale recht verplicht is.

WERKDOCUMENT

IV. Toelichting op de derde prejudiciële vraag

1. Voor het geval de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord, wenst de Senat te vernemen of artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB 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, dan wel of er bij gebreke van een dergelijke rechtsgrondslag beletselen voor de geldigheid ervan bestaan.

2. Volgens artikel 5, leden 1 en 2, VEU geldt voor de Europese Unie het beginsel van bevoegdheidstoedeling. Dit beginsel wordt nader uitgewerkt in artikel 2 VWEU en volgende. Krachtens dit beginsel handelt de Unie enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toegedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken.

a) De AVGB is met name vastgesteld op basis van artikel 16 VWEU (*zie inleidende overweging en overweging 12 van de AVGB*). Volgens de Senat kunnen Unierechtelijke regelingen inzake de gegevensverwerking door particulieren uitsluitend worden gebaseerd op de in artikel 16, lid 2, eerste volzin in fine, VWEU gebezigde term „vrij verkeer van [persoons-]gegevens". 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] [verwijzing naar rechtsliteratuur]. In zijn rechtspraak [**Or. 12**] over richtlijn 95/46/EG en artikel 100 A EG-Verdrag is het Hof van Justitie tot dusverre niet van een dergelijke enge uitlegging uitgegaan (*zie arrest HvJ van 20 mei 2003, C-465/00 [Österreichischer Rundfunk e.a., ECLI:EU:C:2003:294], punt 39 e.v.*).

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-Verdrag, arrest HvJ van 20 mei 2003, C-465/00 [Österreichischer Rundfunk e.a., ECLI:EU:C:2003:294], punt 39 e.v.).* Artikel 114, lid 2, VWEU bepaalt echter onder meer dat lid 1 niet van toepassing is op de bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers, hetgeen eraan in de weg zou kunnen staan dat artikel 114, lid 1, VWEU als rechtsgrondslag wordt ingeroepen voor artikel 38, lid 3, tweede volzin, AVGB. Dit zou alleen dan geen belemmering hoeven te zijn, indien de AVGB 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] [verwijzing naar rechtsliteratuur].

WERKDOCUMENT

3. Hoewel de Senat zich niet kan vinden in de hiernavolgende kanttekeningen die de nationale doctrine bij de geldigheid van de AVGB plaatst, verzoekt hij het Hof van Justitie om, ter verduidelijking van de Unierechtelijke rechtssituatie en omwille van de rechtszekerheid, niettemin daarop in te gaan.

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, VEU*) [OMISSIS] [verwijzing naar rechtsliteratuur]. Uitgaande van deze visie heeft de Duitse Bundesrat bij besluit van 30 maart 2012 [OMISSIS] [vindplaats] een grief op basis van het subsidiariteitsbeginsel tegen het oorspronkelijke ontwerp van de AVGB geuit op grond van artikel 12, onder b), VEU, juncto artikel 6 van het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid (*PB 2007, C 306, blz. 150*).

b) Tot slot wordt de AVGB in de nationale doctrine sporadisch ongeldig beschouwd wegens schending van het in artikel 5, lid 4, eerste alinea, VEU neergelegde evenredigheidsbeginsel [OMISSIS] [verwijzing naar rechtsliteratuur]. **[Or. 13]**

[OMISSIS]

[OMISSIS] [schorsing van de procedure]

[OMISSIS] [ondertekeningen]

WERKDOCUMENT