

T. van den Brink
Y. Bijl
M. Hübner

**DIFFERENTIATIE
EN
UNIFORMITEIT IN
EU-WETGEVING:
DETACHERING
EN GEGEVENS-
BESCHERMING**

*Differentiatie en uniformiteit in EU-wetgeving:
detachering en gegevensbescherming*

De serie 'Working Papers' omvat studies die in het kader van de werkzaamheden van de WRR tot stand zijn gekomen. De verantwoordelijkheid voor de inhoud en de ingenomen standpunten berust bij de auteurs. Een overzicht van alle publicaties is te vinden op www.wrr.nl.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Buitenhof 34
Postbus 20004
2500 EA Den Haag
Telefoon 070-356 46 00
E-mail info@wrr.nl
Website www.wrr.nl

*Differentiatie en uniformiteit
in EU-wetgeving:
detachering en
gegevensbescherming*

*T. van den Brink
Y. Bijl
M. Hübner*

Vormgeving binnenwerk: Xerox OBT, Den Haag
Omslagafbeelding: Xerox OBT, Den Haag
Working Paper nummer 31

E-ISBN 978-94-90186-73-9
NUR 820

© Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Den Haag 2019

De inhoud van deze publicatie mag (gedeeltelijk) worden gebruikt en overgenomen voor niet-commerciele doeleinden. In alle gevallen van gebruik en overname moet de naam van de auteur en uitgever worden vermeld. De inhoud van de publicatie mag niet worden veranderd.

TEN GELEIDE

WRR Working Paper 31 is geschreven door mr. dr. Ton van den Brink (Universiteit Utrecht), Yannick Bijl LL.M. (Ministerie van Buitenlandse Zaken) en mr. Michael Hübner (Universiteit Utrecht).

In dit Working Paper analyseren de auteurs hoe twee varianten van differentiatie binnen de Europese wetgeving de spanning tussen uniformiteit en diversiteit in de interne markt bepalen. Ze hebben daarvoor de wetgevingsdossiers ‘gegevensbescherming’ (de oude richtlijn en de nieuwe Algemene verordening gegevensbescherming) en ‘grensoverschrijdende detachering’ (de oude de herziene Detacheringsrichtlijn) vanuit een juridisch perspectief onderzocht.

Het onderzoek is verricht ten behoeve van het project ‘Europese Publieke Taken’ dat september 2018 is uitgemond in het WRR-rapport *Europese variaties*. Met de onderzoeken in dit project wil de WRR een constructieve bijdrage leveren aan het debat over de verdere ontwikkeling van relaties tussen EU-lidstaten en de mate waarin de huidige structuren van de EU voldoen.

De serie ‘Working Papers’ omvatten studies die in het kader van de werkzaamheden van de WRR tot stand zijn gekomen. De verantwoordelijkheid voor de inhoud berust bij de auteurs.

Prof. mr. J.E.J. (Corien) Prins
Voorzitter WRR

Prof. dr. F.W.A. (Frans) Brom
Secretaris WRR

INHOUD

Ten geleide	7	
1	Inleiding	11
2	De detacheringsrichtlijn	15
2.1	Doelstellingen	15
2.2	Nationale beleidsruimte	16
2.3	Rol van het hof	20
2.4	De nieuwe detacheringsrichtlijn: een nieuwe balans tussen marktintegratie en sociale bescherming?	20
3	Bescherming van persoonsgegevens	25
3.1	Doelstellingen	25
3.2	Nationale beleidsruimte	26
3.3	Het hof van justitie	27
3.4	De algemene verordening gegevensbescherming	29
4	Vergelijking en discussie	37

1 INLEIDING

Het EU-recht leunt zwaar op de wetgever om de doelstellingen van de interne markt te verwezenlijken. De EU-verdragen bevatten een hele reeks aan bepalingen die de EU-wetgever de bevoegdheid geven om verschillende aspecten van de interne markt te reguleren. De wetgever heeft van die bevoegdheden op uitgebreide schaal gebruik gemaakt, waardoor de interne markt het intensiefst gereguleerde terrein van de EU is geworden.

EU-wetgeving past in een gecentraliseerd model van marktordening.¹ Dat model gaat uit van harmonisatie en daarmee van de creatie van eenvormige, gelijklopende normen voor de gehele EU. Harmonisatie is vooral een geijkte methode op terreinen waar de bescherming van verschillende publieke belangen speelt. Juist nationale maatregelen die dergelijke publieke belangen dienen, kunnen immers als neveneffect hebben dat ze belemmeringen opwerpen voor het goed functioneren van de interne markt.² Internemarktwetgeving heeft dus niet alleen als doel om marktintegratie te bevorderen, maar ook om publieke belangen te waarborgen die marktintegratie raken. Binnen EU-wetgeving vindt een afweging plaats tussen het marktintegratiebelang en andere publieke belangen. De vrijheid van de Europese wetgever om deze publieke belangen af te wegen is aanzienlijk en de uitkomst kan daarom per wetgevingsdossier anders uitvallen. Dat is een bron van differentiatie en variatie. Deze vorm van differentiatie op het niveau van de doelstellingen van internemarktwetgeving is de eerste variant van differentiatie die we in deze bijdrage onderscheiden.

Van het gecentraliseerde model gaat de suggestie uit dat diversiteit in nationale regulering verdwijnt op het moment dat EU-wetgeving verschijnt. De (wetgevings)praktijk laat echter een weerbarstiger, of – in positievere termen – een rijker beeld zien.³ Ook als de EU-wetgever een onderwerp geregeld heeft, kan er op nationaal niveau nog steeds ruimte zijn voor diversiteit (en eigen invulling van EU-wetgeving). De archetypische vorm van EU-wetgeving die de lidstaten ruimte laat is minimumharmonisatie. Dat is een wetgevingsmethode die bijvoorbeeld op het terrein van EU-milieuwetgeving voorkomt en die inhoudt dat de EU-wetgever alleen een basisniveau van bescherming vastlegt. De lidstaten kunnen een eigen afweging maken of ze striktere normen willen vaststellen. De tweede variant van differentiatie die we voor de doeleinden van deze bijdrage onderscheiden, ziet dus op de beleidsruimte die lidstaten binnen EU-wetgeving nog hebben om een eigen afweging van publieke belangen te maken.

Deze bijdrage heeft tot doel te analyseren hoe deze twee varianten van differentiatie de spanning tussen uniformiteit en diversiteit binnen de interne markt bepalen. Daartoe worden twee wetgevingsdossiers geanalyseerd, gegevensbescherming (de oude richtlijn en de nieuwe Algemene verordening gegevensbescherming) en grensoverschrijdende detachering (de oude de herziene Detacheringsrichtlijn). In beide gevallen is er spanning tussen nationale en Europese belangen en tussen het marktintegratiebelang en andere publieke belangen. Bovendien is in beide gevallen een heroverweging aan de orde (geweest) over hoe die belangen moeten worden afgewogen. Dat heeft geresulteerd in nieuwe wetgeving, waarmee in beide gevallen sprake is van zeer actuele onderwerpen.⁴

De twee wetgevingsdossiers worden geanalyseerd vanuit een juridisch perspectief. Bij de analyse van differentiatie in de manier van afwegen van marktintegratie tegen andere publieke belangen kijken we primair naar de doelstellingen van wetgeving die de wetgever zelf heeft bepaald en vastgelegd in specifieke bepalingen. Bovendien wordt de *afweging* tussen publieke belangen in dergelijke specifieke bepalingen zichtbaar. De vaststelling van differentiatie op basis van beleidsvrijheid voor de lidstaten komt eveneens op basis van analyse van de wetgeving zelf tot stand. De rol van het Hof van justitie van de EU (hierna: het Hof) is voor beide onderwerpen van belang. Het Hof spreekt zich uit over de doelstellingen van EU-wetgeving en ook over de aard en omvang van nationale beleidsvrijheid. Om deze eigenstandige rol van het Hof recht te doen wordt die afzonderlijk besproken.

NOTEN

- 1 C. Barnard, *The Substantive Law of the European Union. The four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 25
- 2 Idem, p. 27
- 3 T. van den Brink (2017) 'Refining the Division of Competences in the EU. National Discretion in EU legislation', pp. 251-275 in S. Garben and I. Govaere, *The Division of Competences between the EU and the Member States*, Oxford: Hart Publishing.
- 4 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad 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) (PbEU 2016, L 119/1) (hierna: AVG); Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PbEG 1997, L 18/1) (hierna: Richtlijn 96/71); Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 2018, L 173/16) (hierna: herziene detachingsrichtlijn).

2 DE DETACHERINGSRICHTLIJN

2.1 DOELSTELLINGEN

Richtlijn 96/71 regelt het grensoverschrijdend verkeer van gedetacheerde werknemers. Een gedetacheerde werknemer wordt in de richtlijn gedefinieerd als 'iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een lidstaat die niet de staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt'.¹ Door de grote verschillen tussen de lidstaten in inkomen en overige rechten en verplichtingen van werknemers is de vraag cruciaal of de rechtspositie van gedetacheerde werknemers door het gastland of de thuisstaat moet worden bepaald. Daarbij spelen verschillende belangen een rol. Lage lonen geven ondernemingen een belangrijk concurrentievoordeel bij het verrichten van grensoverschrijdende diensten. Lidstaten met hogere standaarden van werknemersbescherming willen werknemers beschermen die binnen hun territorium werken, maar ook oneerlijke concurrentie tegengaan.² Tegelijkertijd is het belang van marktintegratie in het geding. Nationale voorschriften ter bescherming van werknemers kunnen immers het vrij verkeer van diensten beperken.

In de doelstellingen van de oude Detacheringsrichtlijn komt deze spanning terug. In het oorspronkelijke voorstel uit 1991 stelde de Commissie dat 'het zaak is evenwicht te vinden tussen twee beginselen die met elkaar in tegenspraak zijn. Enerzijds is er de handhaving van de vrije concurrentie tussen firma's, onder meer op het niveau van de grensoverschrijdende onderaanneming, zodat alle voordelen van de interne markt kunnen worden gerealiseerd (...). Anderzijds kunnen lidstaten besluiten om op hun grondgebied geldende minimumlonen vast te stellen en toe te passen teneinde een minimale levensstandaard te waarborgen die aan de omstandigheden van het betreffende land is aangepast'.³ Tegelijk is echter duidelijk dat het marktintegratiebelang voor de Commissie het dominante belang was. De voltooiing van de interne markt was volgens de Commissie moeilijk voor te stellen zonder harmonisatie van regels op het gebied van detachering.⁴ Bovendien vereiste het voorstel slechts de garantie van een zekere *minimum*bescherming.⁵ Daarnaast werd benadrukt dat het voorstel in essentie geen arbeidswetgeving was, maar nauw verband hield met het vrij verkeer van diensten.⁶

In de uiteindelijk aangenomen richtlijn is minder te vinden over de weging van de onderliggende belangen. Uit overweging 5 blijkt simpelweg dat eerlijke mededinging, vrij verkeer van diensten en de bescherming van werknemers de drie doelstellingen van de richtlijn zijn.⁷

De specifieke bepalingen van de richtlijn maken echter duidelijk hoe de verschillende belangen onderling worden gewogen. Een cruciale bepaling in dit verband is artikel 3 van de detachingsrichtlijn. Dat geeft een limitatieve opsomming van onderwerpen waarvoor lidstaten van ontvangst eisen mogen opleggen aan ondernemingen die werknemers detacheren. Daardoor is het voor lidstaten in beginsel⁸ niet langer mogelijk aanvullende eisen te stellen op andere gebieden.⁹ Het limitatieve karakter van deze onderwerpen beperkt de inbreuk op het vrij verkeer van diensten. Behalve de bescherming van werknemers staat daar ook de bevordering van eerlijke mededinging tegenover. Immers, door werknemers op de benoemde terreinen extra bescherming te bieden, kunnen de ernstigste vormen van *social dumping* worden voorkomen.¹⁰

Ook het Hof heeft zich uitgesproken over de doelstellingen van de richtlijn. Het ziet in het marktintegratiebelang (in dit geval vrij verkeer van diensten) de dominante beleidsdoelstelling, net als de Commissie in het oorspronkelijke voorstel. In de zaak *Riffert* overwoog het Hof dat voorzichtig moest worden omgesprongen met nationale maatregelen die een belemmering konden vormen voor het functioneren van de interne markt. De richtlijn strekt immers volgens het Hof 'met name' tot verwezenlijking van de vrijheid van dienstverrichting. Die opvatting werd ondersteund door de toevoeging dat het vrij verkeer van diensten 'één van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden' is.¹¹ De literatuur ondersteunt dus de visie dat de doelstellingen van de Detacheringsrichtlijn niet gelijkwaardig zijn en vooral dat de bescherming van werknemers slechts een secundair doel van de richtlijn vormt.¹²

2.2 NATIONALE BELEIDSRUIMTE

De eerste vorm van beleidsruimte die de richtlijn biedt, ziet op het genoemde artikel 3 dat de lidstaten van ontvangst toestaat om aan detacherende ondernemingen eisen op te leggen ter bescherming van de werknemer (deels ook via cao's).¹³ Het gaat om de volgende aangelegenheden: maximale werk en minimale rustperiodes, betaalde vakantiedagen, minimumlonen (inclusief vergoedingen voor overwerk), voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers (uitzendbureaus), gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk, beschermende maatregelen met betrekking tot kinderen en jongeren en zwangere of pas bevallen vrouwen, gelijke behandeling van mannen en vrouwen, en overige bepalingen inzake niet-discriminatie.¹⁴ Omdat het om een limitatieve lijst gaat, zijn eisen op andere terreinen in beginsel niet toegestaan.¹⁵ Toch heeft het Hof ook ruimte gegeven aan de lidstaten om in het belang van de bescherming van de openbare orde nog aanvullende eisen op te leggen.¹⁶ Wel gaat het Hof daarbij uit van een restrictieve uitleg van het begrip openbare orde.¹⁷

De status van artikel 3, en daarmee van de mogelijkheden voor de lidstaten om werknemers bescherming te bieden, is cruciaal. Artikel 3 lid 7 van de richtlijn stelt: 'De leden 1 tot en met 6 (van artikel 3, red.) vormen geen beletsel voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger voor de werknemers zijn.'¹⁸ Met Advocaat-Generaal Bot kan deze bepaling zo worden gelezen dat die voorziet in minimumbescherming aan gedetacheerde werknemers en dat ontvangende lidstaten dus strengere eisen mogen stellen.¹⁹ Het Hof heeft echter duidelijk gemaakt dat artikel 3 lid 7 niet op een dergelijke wijze kan worden uitgelegd. Het Hof stelt dat artikel 3 lid 7 er enkel op ziet dat als er in de lidstaat van herkomst strengere arbeidsvoorwaarden gelden dan in de ontvangende lidstaat, die strengere arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn op de gedetacheerde werknemer.²⁰ De ontvangende lidstaat kan enkel de minimale arbeidsvoorwaarden opleggen die in artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub a tot en met g, zijn omschreven. Een uitzondering is alleen de situatie waarbij de detacherende onderneming vrijwillig aansluiting zoekt bij een cao in de ontvangende lidstaat die verdergaande bescherming biedt dan de minimumvoorwaarden.²¹ Bij deze uitleg gaf het Hof ook aan dat richtlijn 96/71 dient te worden gelezen in het licht van het vrij verkeer van diensten.²² Met deze lijn legt het Hof grote nadruk op het vrij verkeer van diensten. Barnard kwalificeert deze benadering qua werknemersbescherming als een plafond en niet als vloer.²³ De beleidsvrijheid van de lidstaten wordt hierdoor beperkt, waardoor de detacheringsrichtlijn op dit punt gekwalificeerd kan worden als volledige harmonisatie.²⁴ De detacheringsrichtlijn staat echter nog wel toe dat er verschillende arbeidsvoorwaarden gelden in verschillende lidstaten, want een lidstaat mag wel strengere minimumarbeidsvoorwaarden hebben zo lang het één minimumstandaard betreft voor alle ondernemingen.²⁵

In artikel 3 zijn verschillende vormen van nationale beleidsruimte te onderscheiden. Ten eerste kunnen de lidstaten zelf de *methode* bepalen waarmee ze bescherming willen bieden. Dat geeft ruimte om aan te sluiten bij de manier waarop werknemersbescherming in de lidstaten doorgaans wordt vormgegeven en daarmee bijvoorbeeld recht te doen aan de rol die werknemers- en werkgeversorganisaties daarin hebben. Zo kunnen de lidstaten besluiten om de bescherming van werknemers op basis van cao's onder de bescherming van artikel 3 te laten vallen door dergelijke cao's algemeen verbindend te verklaren (artikel 3 lid 1). Artikel 3 lid 8 biedt lidstaten bovendien de mogelijkheid om zelfs cao's onder de bescherming van de bepaling te brengen als het nationale arbeidsrecht niet voorziet in de mogelijkheid om cao's algemeen verbindend te verklaren.' Momenteel is de mogelijkheid om cao's onder de bescherming van artikel 3 te laten vallen nog beperkt tot de bouwsector.²⁶ De herziene detacheringsrichtlijn beoogt dit voor alle sectoren van de economie mogelijk te maken (zie daarvoor paragraaf 2.4).

De uitspraak van het Hof in één van de belangrijkste zaken over de Detacheringsrichtlijn, de zaak *Laval*, geeft goed weer wat de grenzen zijn van deze beleidsruimte.²⁷ Meer in algemene zin laat deze zaak zien hoe lastig het soms is om de dwingende eisen die het Europese recht stelt te onderscheiden van de beleidsruimte die de lidstaten hebben. Deze zaak betrof een Lets bedrijf dat een bouwcontract in Zweden won via een aanbestedingsprocedure. Het bod was vooral succesvol omdat het bedrijf aanzienlijk lagere loonkosten had hoeven te begroten: de Letse werknemers van het bedrijf waren een stuk goedkoper dan de Zweedse werknemers van de concurrenten. De Zweedse vakbonden organiseerden in reactie hierop een collectieve actie in de vorm van een blokkade om het betreffende bouwbedrijf te dwingen aan te sluiten bij een Zweedse cao. In deze cao zouden onder meer het minimumloon van gedetacheerde werknemers worden vastgelegd.

In Zweden bestond ten tijde van de zaak een systeem van collectieve actie waarbij de vaststelling van arbeidsvoorwaarden zoals de hoogte van het loon in handen van de sociale partners lag. De overheid was hier niet bij betrokken in de vorm van algemeen verbindendverklaring van de gemaakte afspraken – ook niet achteraf. Het Hof oordeelde dat de loonafspraken om die reden niet onder de bescherming van artikel 3 vielen.²⁸ De uitzondering uit artikel 3 lid 8 van de detacheringsrichtlijn om gebruik te maken van cao's om afspraken vast te leggen moest door de lidstaat zelf worden toegepast. Daar was in dit geval geen sprake van omdat er geen concrete actie of maatregel van de Zweedse regering was met dat doel.²⁹ Bovendien kwalificeerden de gemaakte loonafspraken volgens het Hof niet als afspraken over minimumloon. Ook daarmee verviel de bescherming die de richtlijn biedt.³⁰ Het Hof concludeerde vervolgens dat de afspraken een belemmering van het vrij verkeer van diensten vormden die niet gerechtvaardigd konden worden op grond van bescherming van werknemers.³¹

De zaak leidde tot een grote controverse, met name vanwege de verstoring van het 'Zweedse model'.³² Ook is de uitkomst lastig te verenigen met het beginsel dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het recht van de lidstaten om collectieve actie te beschermen.³³ De zaak geeft daarmee aan dat het bestaan van beleidsvrijheid niet te snel verondersteld mag worden, zelfs niet als EU-wetgeving uitdrukkelijke bepalingen bevat die de lidstaten eigen keuzeruimte toekennen en zelfs als de nationale keuzes zijn gemaakt met het oog op de bescherming van publieke belangen die ook door de betreffende EU-wetgeving zelf beoogd worden.

Een vergelijking tussen de zaken *Rüffert* en *RegioPost* laat nog beter zien hoe lastig de scheidslijn valt te trekken tussen dwingende eisen uit EU-wetgeving en keuzeruimte voor de lidstaten. In de zaak *Rüffert* ging het om een Duitse regeling die voorschreef dat een aanbestedende dienst overheidsopdrachten enkel mag gunnen aan ondernemingen die zich bij de inschrijving schriftelijk verbinden om hun werknemers bij de uitvoering van het werk minstens het loon te betalen dat is vastgesteld in de collectieve arbeidsovereenkomst geldend op de plaats van uitvoering ervan.³⁴

Het Hof oordeelde dat deze regeling geen wettelijke bepaling was die zelf het minimumloon vaststelt, noch dat er sprake was van een algemeen verbindend verklaarde cao. Artikel 3 lid 8 betreft enkel situaties in landen die geen stelsel kennen van algemeen verbindend verklaren van cao's.³⁵ Duitsland kent wel de mogelijkheid om cao's algemeen verbindend te verklaren, maar had daarvan bij de cao bouwnijverheid geen gebruik gemaakt. De wettelijke regeling kon dus niet gerechtvaardigd worden met een beroep op deze uitzonderingen.

In de zaak *RegioPost* kon een vergelijkbare Duitse regeling echter wel door de beugel. Het ging om een verplichting voor inschrijvers in een aanbestedingsprocedure om aan het personeel dat het uiteindelijke werk zou verrichten een bij die wettelijke regeling vastgesteld minimumloon van €8,50 te betalen. Nu de wettelijke bepaling zelf de hoogte van het minimumloon voorschreef (en dat dus niet aan de sociale partners overliet) kon Duitsland wel een beroep doen op de mogelijkheden van artikel 3 van de richtlijn.³⁶ Anders dan bij *Laval* deed zich hier niet het probleem voor dat het niet om het vaststellen van minimumloon ging. Er waren immers geen andere bepalingen van Duits recht die een lager loon voorschreven, dus stelde het Hof vast dat het hier daadwerkelijk ging om de vaststelling van het minimumloon.³⁷

Het minimumloon is één van de belangrijkste punten waarop gastlanden extra bescherming aan werknemers willen bieden. De zaak *Laval* laat zien dat de invulling van dat begrip minder vrij is dan wordt gesuggereerd door de tekst van de richtlijn – het gastland bepaalt de invulling. Op zich is het wel aan de lidstaten overgelaten welke elementen van beloning precies worden inbegrepen. De richtlijn is immers niet bedoeld om het nationale arbeidsrecht te harmoniseren. Toch zijn er grenzen aan aspecten die mee mogen tellen en welke niet. Lidstaten moeten rekening houden met de EU-verdragen, algemene beginselen van Unierecht en in het bijzonder het vrij verkeer van diensten.³⁸ Verder bepaalt de richtlijn zelf al dat vergoedingen voor daadwerkelijk gemaakte onkosten zoals reis- en verblijfskosten en kosten voor voeding niet mogen worden inbegrepen bij het minimumloon.³⁹ Ook heeft het Hof in een aantal uitspraken nog weer andere beperkingen van het begrip minimumloon geformuleerd.⁴⁰ Vergoedingen voor overwerk mogen bijvoorbeeld niet vallen onder het begrip minimumloon.⁴¹ Ten slotte is er een inherente beperking van de beleidsvrijheid in het begrip minimumloon zelf. Het moet daadwerkelijk gaan om minimumloon, dat betekent dat er geen andere wettelijke bepalingen of bepalingen van een cao een lager loon mogen voorschrijven.⁴²

Toch biedt de richtlijn ondanks deze beperkingen wel de mogelijkheid aan de lidstaten om zelfstandig te bepalen welk niveau van bescherming ze willen bieden aan werknemers. In de zaak *Sähköalojen ammattiliitto* ging het om een Finse cao die bepaalde dat het minimumloon onder meer een dagvergoeding van 34-36 euro (deze toeslag was vastgesteld ter compensatie van de nadelen van detachering), een

reistijdvergoeding ter compensatie van reizen langer dan een uur en een verplichte minimumvakantiegeld omvatte.⁴³ Deze ruime bescherming van gedetacheerde werknemers viel volgens het Hof wel binnen de vrijheid van de lidstaten om de inhoud van het begrip ‘minimumloon’ te bepalen.

2.3 ROL VAN HET HOF

Hierboven bleek al dat de rol van het Hof moeilijk kan worden overschat. Ook al is het primair aan de Europese wetgever om keuzes te maken over de verhouding tussen marktintegratie en andere belangen, in de praktijk ligt een deel van die keuzes onmiskenbaar bij het Hof. Op dat punt wordt echter niet de nadruk gelegd in de kritiek die in de academische literatuur is geuit op de jurisprudentie van het Hof over de Detacheringsrichtlijn. Uitzonderingen hierop vormen De Schutter, die de zaak *Laval* beschreef als ‘judicial imposition of regulatory competition’⁴⁴ en Garben, die zich zorgen maakt over de politieke legitimiteit van het Hof.⁴⁵ De kritiek luidt eerder dat het Hof het marktintegratiebelang te zeer laat prevaleren boven het sociale belang. Vooral de zaken *Laval* en *Rüffert* hebben tot deze kritiek aanleiding gegeven. Zo vragen Joerges en Rodl zich naar aanleiding van de zaak *Laval* af of het gerechtvaardigd is dat het Zweedse systeem van onderhandelen over het minimumloon, onderdeel van de Zweedse constitutie, moet wijken voor een wat zij omschrijven als een ‘daring’ interpretatie van de detacheringsrichtlijn.⁴⁶ Lindstrom ziet in de uitspraak in de zaak *Laval* een klap voor krachten in Europa die meer sociale bescherming voorstaan.⁴⁷

2.4 DE NIEUWE DETACHERINGSRICHTLIJN: EEN NIEUWE BALANS TUSSEN MARKTINTEGRATIE EN SOCIALE BESCHERMING?

De Commissie heeft op 8 maart 2016 een voorstel ingediend ter wijziging van de detacheringsrichtlijn. In de overwegingen bij dat voorstel geeft de Commissie aan waarom de richtlijn moet worden gewijzigd: ‘Het doel van de herziening is oneerlijke praktijken aan te pakken en het beginsel ingang te doen vinden dat hetzelfde werk op dezelfde plaats op dezelfde manier moet worden bezoldigd.’⁴⁸ Daarin verschilt de herziene detacheringsrichtlijn aanzienlijk van de oude, waarin voor hetzelfde werk op dezelfde plaats alleen het minimumloon in de ontvangende lidstaat moest worden betaald en het beginsel van gelijke beloning dus niet gold. Met de herziening beoogt de Commissie een beter evenwicht te bereiken tussen het vrij verrichten van diensten en het creëren van een gelijk speelveld enerzijds en bescherming van ter beschikking gestelde werknemers anderzijds.⁴⁹ ‘Betere’ bescherming van deze werknemers is noodzakelijk om te zorgen dat het vrij verrichten van diensten zonder belemmeringen kan plaatsvinden, omdat met de bescherming misbruik van de verdragsrechten kan worden voorkomen.⁵⁰

De eerste belangrijke inhoudelijke wijziging ziet op de duur van detachering. In de oude detacheringsrichtlijn werd daarover niets bepaald. Een werknemer kon dus

voor bijvoorbeeld 5 jaar gedetacheerd worden in een andere lidstaat en daar slechts aanspraak maken op de minimumbescherming. In de herziene detacheringsrichtlijn is geregeld dat de arbeidswetgeving van het gastland volledig toegepast wordt op de gedetacheerde werknemer bij een detachering die langer duurt dan 12 maanden (met mogelijkheid tot verlenging tot 18 maanden).⁵¹ De nationale wetgeving moet echter wel verenigbaar zijn met de vrijheid van dienstverlening.⁵² Wanneer een gedetacheerde werknemer voor dezelfde functie wordt vervangen door een andere gedetacheerde werknemer worden detachingsperioden bij elkaar opgeteld om draaideurconstructies tegen te gaan.⁵³ Dit betekent dat een werknemer maar voor een periode van in beginsel 12 maanden als (grensoverschrijdende) gedetacheerde werknemer wordt aangemerkt en daarna als volwaardig werknemer in het gastland wordt behandeld.

Een tweede belangrijke wijziging is de vervanging van het begrip ‘minimumloon’ door het begrip ‘beloning’. Door deze wijziging moeten de bezoldigingsvoorschriften die gelden voor lokale werknemers ook gelden voor gedetacheerde werknemers. Voorheen kon slechts het voor de sector geldende minimumloon worden voorgeschreven. Door deze wijziging voldoet het voorstel aan de doelstelling om ‘hetzelfde werk op dezelfde plaats’ gelijk te belonen. Dat betekent dat ook vergoedingen voor bijvoorbeeld overwerk of bepaalde bonussen onder het begrip kunnen vallen. Vanuit de noodzaak van transparantie voor detacherende ondernemingen zijn ontvangende lidstaten verplicht om informatie te verschaffen over de componenten van bezoldiging in de betreffende lidstaat.⁵⁴

Andere wijzigingen betreffen het voorstel dat cao’s die algemeen verbindend zijn verklaard niet alleen in de bouwsector verplicht zijn voor gedetacheerde werknemers maar in alle sectoren van de economie. Ten slotte kunnen nationale regels voor uitzendkrachten van toepassing worden verklaard op uitzendbureaus in het buitenland wanneer zij werknemers detacheren.⁵⁵

In de nieuwe richtlijn worden de belangen van marktintegratie en sociale bescherming anders gewogen. De richtlijn bevat verdergaande sociale bescherming (en mogelijkheden daartoe voor de lidstaten). Het vrij verkeer van diensten wordt daartoe gerelativeerd. In de preambule stelt de wetgever dat een evenwichtig kader gecreëerd wordt waarbij tevens de diversiteit van de nationale arbeidsverhoudingen geëerbiedigd wordt.⁵⁶ De lidstaten kunnen de cao-uitzondering ook buiten de bouwsector toepassen en de vervanging van het begrip ‘minimumloon’ door ‘beloning’ geeft meer ruimte om gedetacheerde werknemers te beschermen.

Niet alle lidstaten zien de hogere mate van werknemersbescherming echter als een verbetering. Zo vonden Polen en Hongarije dat de herziening leidt tot protectionisme en een onevenredige beperking van het vrij verkeer van diensten.⁵⁷

NOTEN

- 1 Artikel 2 (1) richtlijn 96/71.
- 2 Catherine Barnard, 'Viking and Laval: An Introduction', in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* CUP:2007, p. 463-492, p. 464; Mia Rönnmar, 'Labour and equality law' in Steve Peers & Catherine Barnard (eds) *European Union Law* OUP:2017, p. 608.
- 3 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verlenen van diensten (*PbEU* 1991, C 225/05), p. 9.
- 4 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verlenen van diensten (*PbEU* 1991, C 225/05), p. 13.
- 5 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verlenen van diensten (*PbEU* 1991, C 225/05), p. 19.
- 6 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verlenen van diensten (*PbEU* 1991, C 225/05), p. 24.
- 7 Overweging 5 richtlijn 96/71
- 8 Artikel 3 lid 10 richtlijn 96/71 laat een kleine mogelijkheid open om op grond van de openbare orde aanvullende eisen te stellen voor aangelegenheden anders dan die opgesomd in artikel 3 lid 1 sub a tot en met g richtlijn 96/71. In HVJ EG 19 juni 2008, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 (*Commissie v. Luxemburg*) punt 49 maakt het Hof echter duidelijk dat artikel 3 lid 10 van de detacheringsrichtlijn beperkt moet worden uitgelegd omdat het een uitzondering is op het stelsel als vastgesteld door de detacheringsrichtlijn en een afwijking is van het fundamentele beginsel van het vrij verrichten van diensten.
- 9 HVJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*) punten 33-34; HVJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri*) punt 81.
- 10 Paragraaf 2.4.
- 11 HVJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*) punt 36.
- 12 P. Craig & G. de Burca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, OUP:2015, p. 835.
- 13 Artikel 3 lid 1, richtlijn 96/71.
- 14 Artikel 3 lid 1 sub a tot en met g richtlijn 96/71.
- 15 HVJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*) punten 33-34; HVJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri*) punt 81.
- 16 Artikel 3 lid 10, richtlijn 96/71.
- 17 HVJ EG 19 juni 2008, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 (*Commissie v. Luxemburg*), punt 49.
- 18 Artikel 3 lid 7 richtlijn 96/71; de bepalingen betreffende minimumbescherming zijn opgenomen in artikel 3 lid 1 richtlijn 96/71.
- 19 Conclusie van Advocaat-Generaal Y. Bot 20 september 2007, C-346/06, ECLI:EU:C:2007:541 (*Rüffert*) punt 83.
- 20 HVJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*) punten 33-34, HVJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri*) punten 80-81.
- 21 *Ibid.*
- 22 HVJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*) punt 36.
- 23 C. Barnard, 'Viking and Laval: An Introduction', in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* CUP:2007, p. 463-492, p. 475.

- 24 Mia Rönömar, 'Labour and equality law' in Steve Peers & Catherine Barnard (eds) *European Union Law*, OUP:2017, p. 609.
- 25 Monika Schlachter, 'Posting of Workers in the EU', *Pecsi Munkajogi Kozlemenyek* 2010, 87(3), p. 87-94, p. 90.
- 26 Zie artikel 3 lid 1 jo. bijlage 1 richtlijn 96/71.
- 27 HVJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri*) punt 65.
- 28 Joerges & F. Rodl, 'Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*', *European Law Journal* 2009, 15(1), p. 1-19, p. 16.
- 29 HVJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri*) punten 67-68.
- 30 HVJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri*) punten 69-70.
- 31 HVJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval un Partneri*) punt 108.
- 32 P. Craig & G. de Burca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, OUP:2015, p. 837.
- 33 Overweging 22 Richtlijn 96/71.
- 34 HVJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*) punt 17.
- 35 HVJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*) punten 24, 25, 27.
- 36 HVJ EU 17 november 2015, C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 (*RegioPost*) punt 62.
- 37 HVJ EU 17 november 2015, C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 (*RegioPost*) punt 76.
- 38 HVJ EG 18 juli 2007, C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430 (*Commissie v Duitsland*) punt 19.
- 39 Artikel 3 lid 7 richtlijn 96/71.
- 40 Zo vallen toeslagen en bijslagen niet onder het minimumloon die volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld geen bestanddeel van het minimumloon zijn en die een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt. Enkel loonbestanddelen die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, kunnen daarom in aanmerking worden genomen voor de berekening van het minimumloon in de zin van richtlijn. HVJ EG 14 april 2005, C-341/02, ECLI:EU:C:2005:220 (*Commissie v Duitsland*) punt 39 en HVJ EU 7 november 2013, C-522/12, ECLI:EU:C:2013:711 (*Isbir*) punt 40.
- 41 HVJ EG 18 juli 2007, C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430 (*Commissie v Duitsland*) punt 40.
- 42 HVJ EU 17 november 2015, C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 (*RegioPost*) punt 76.
- 43 HVJ EU 12 februari 2015, C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 (*Sähköalojen ammattiliitto*).
- 44 O. de Schutter, 'Transborder provision of Services and "Social Dumping": Rights-Based Mutual Trust in the Establishment of the Internal Market', in I. Lianos and O. Odudud (eds.), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO Trust Distrust and Economic Integration*, CUP:2011, p. 357.
- 45 S. Garben, 'The Constitutional (Im)balance between "the market" and "the social" in the European Union' *European Constitutional Law Review* 2017, 13(1), p. 23-61, p. 42-43.
- 46 C. Joerges & F. Rodl, 'Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*', *European Law Journal* 2009, 15(1), p. 1-19, p. 17-18.

- 47 N Lindstrom, 'Service Liberalization in the Enlarged EU: A Race to the Bottom or the Emergence of Transnational Political Conflict?', *JCMS* 2010, 48, p. 1307-1327, p. 1307.
- 48 Commissiedocument 128 van 2016, laatste definitieve versie: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten COM/2016/0128 final. (hierna COM(2016)128 def.)
- 49 Overweging 4 herziene detacheringsrichtlijn.
- 50 Overweging 10 herziene detacheringsrichtlijn.
- 51 Artikel 1(2)(b) herziene detacheringsrichtlijn.
- 52 Overweging 10 herziene detacheringsrichtlijn.
- 53 Overweging 10 en artikel 1(2)(b) herziene detacheringsrichtlijn.
- 54 Artikel 1(2)(a) herziene detacheringsrichtlijn.
- 55 Artikel 1(1)(c) herziene detacheringsrichtlijn.
- 56 Overweging 24 herziene detacheringsrichtlijn.
- 57 Verklaring van Hongarije en Polen t.a.v. de herziene detacheringsrichtlijn, ST 9383 2018 ADD 1.

3 BESCHERMING VAN PERSOONSGEGEVENS

In de digitale samenleving delen burgers in toenemende mate persoonsgegevens met overheidsinstanties en marktpartijen. Daarmee neemt het belang van de bescherming van persoonlijke gegevens toe. Tegelijkertijd zijn die persoonsgegevens waardevolle economische objecten. De handel daarin kan bijdragen aan de groei van welvaart. Persoonsgegevens raken daarmee aan zowel de grondrechten als aan belangen van marktintegratie. Natuurlijke personen hebben op grond van het Unierecht recht op bescherming van hun persoonsgegevens, maar tegelijkertijd is het vrij verkeer van deze gegevens een economische activiteit die beschermd wordt door het Unierecht. Het oude raamwerk van gegevensbescherming bestond ten eerste uit een algemene richtlijn, Richtlijn 95/46¹, die in 2018 is vervangen door de Algemene verordening bescherming persoonsgegevens (hierna: AVG).² Daarnaast was (en is er nog steeds) op deelterreinen specifieke EU-wetgeving van toepassing. Zo geldt voor de verwerking van data in het kader van strafrechtelijke opsporing Richtlijn 2016/680/EU.³ Ook is er een specifieke richtlijn van kracht voor de bescherming van online persoonsgegevens.⁴ In het hiernavolgende blijft de analyse beperkt tot het algemene kader van databeschermingsrecht.

Het databeschermingsrecht bevindt zich in een overgangsfase. Daarom analyseren we zowel het oude als het nieuwe reguleringskader om te laten zien hoe de (af)weging van doelstellingen en de beleidsruimte voor de lidstaten zich hebben ontwikkeld. Bovendien kan het nieuwe reguleringskader beter worden begrepen vanuit de oude richtlijn omdat verschillende begrippen en uitgangspunten daaruit terugkomen in de nieuwe verordening.

3.1 DOELSTELLINGEN

De twee doelstellingen van de AVG zijn dezelfde als die van de richtlijn. Het gaat om de ‘bescherming van natuurlijke personen betreffende de persoonsgegevens van deze personen’ (het grondrechtenbelang) en ‘het stellen van regels voor het vrij verkeer van deze gegevens’ (het marktintegratiebelang). Het Hof legde in zijn vroege rechtspraak over de richtlijn de nadruk op het marktintegratiebelang.⁵ In *Österreichischer Rundfunk* stelde het Hof zelfs dat de harmonisatie van de fundamentele rechtenaspecten dient om het vrij verkeer van persoonsgegevens te bevorderen.⁶ Evenals bij de Detacheringsrichtlijn moet de verklaring voor deze benadering van het Hof primair gezocht worden in de rechtsbasis. Ook de Richtlijn gegevensbescherming (richtlijn 95/46) was immers gebaseerd op een interne-marktrechtsgrondslag (artikel 100A EG, nu artikel 114 Wv).

Toch was de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van individuen geen ondergeschikte doelstelling van de richtlijn. De doelen van de richtlijn moesten juist als wederzijds versterkend worden gezien. Volgens het Hof draagt een hoog niveau van bescherming van persoonsgegevens binnen de Unie als geheel bij aan het vrij verkeer van deze gegevens.⁷ In de literatuur is dan ook beargumenteerd dat de richtlijn de twee doelstellingen in gelijke mate nastreeft, hoewel de internemarktrechtsbasis niet uitsluitend kan worden gebruikt om natuurlijke personen te beschermen bij de verwerking van hun persoonsgegevens.⁸

De AVG heeft een andere rechtsgrondslag. Artikel 16 Wv, een nieuwe rechtsbasis sinds het Verdrag van Lissabon, maakt het mogelijk EU-wetgeving aan te nemen ter bescherming van natuurlijke personen ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens en het vrij verkeer van deze gegevens. De tweeledige doelstelling van de oude richtlijn heeft daarmee verdragsstatus gekregen. Duidelijk is daarmee dat wetgeving die op dit artikel wordt gebaseerd beide doelstellingen moet dienen.⁹ In paragraaf 3.4 komt dit nader aan de orde.

3.2 NATIONALE BELEIDSRUIMTE

Richtlijn 95/46 gaf lidstaten aanzienlijke ruimte bij de omzetting van de richtlijn. Verschillende normen van de richtlijn konden (en moesten soms) nader ingevuld worden. Artikel 5 gaf de lidstaten zelfs een vrij algemeen gestelde bevoegdheid om binnen de grenzen van de richtlijn de voorwaarden te bepalen voor rechtmatige verwerking van persoonsgegevens. De lidstaten hadden ook de ruimte om zelf invulling te geven aan de toezichthoudende autoriteit en de sancties die deze kon opleggen. Artikel 28 van de richtlijn bepaalde dat er per lidstaat een toezichthoudende autoriteit aangewezen moet worden en dat deze moet beschikken onderzoeksbevoegdheden, effectieve bevoegdheden om in te grijpen en de bevoegdheid om in rechte op te treden. Voorts bepaalde artikel 24 van de richtlijn dat lidstaten passende maatregelen moeten treffen om de onverkorte toepassing van de bepalingen van de richtlijn te garanderen en de sancties vast te stellen die gelden bij inbreuken.

Het is dan ook niet vreemd dat de algemene opvatting was dat de richtlijn er onvoldoende in slaagde om de bescherming van persoonsgegevens te harmoniseren.¹⁰ De AVG bepaalt gedetailleerder wat de bevoegdheden en taken van de toezichthoudende autoriteit zijn, in welke gevallen er een sanctie opgelegd moet worden en hoe hoog die sanctie is.¹¹ Ook is gekozen voor een verordening. Daardoor is de AVG nu rechtstreeks van toepassing in alle lidstaten en kunnen individuen de bepalingen ervan rechtstreeks invoeren tegenover overheidsinstanties en marktpartijen.¹²

Toch is zeker niet alle beleidsruimte voor lidstaten verdwenen. Hieronder worden drie voorbeelden van beleidsruimte in de AVG besproken.¹³

In de eerste plaats geeft artikel 6 van de AVG lidstaten de ruimte om de toepassing van de AVG aan te passen in het kader van de bescherming van – nationale – publieke belangen.¹⁴ Daarbij kunnen een flink aantal voorschriften van de AVG worden aangepast, zoals de voorwaarden voor rechtmatige verwerking van gegevens, de soorten te verwerken gegevens, op welke betrokkenen de bepalingen zien, opslagperioden en (de overige) verwerkingsactiviteiten en -procedures. Te denken valt aan verplichtingen voor werkgevers om salarisgegevens aan de belastingdienst te geven of het verzamelen en verwerken van gegevens met het oog op het monitoren van epidemieën.¹⁵ De eisen voor toepassing van deze bepaling zijn echter streng en de aanpassing van de AVG moet evenredig zijn aan het (erkende) doel van algemeen belang.¹⁶

Een tweede voorbeeld van nationale beleidsruimte betreft de bescherming van persoonsgegevens in het kader van arbeidsverhoudingen. Artikel 88 AVG bepaalt dat lidstaten aan werknemers aanvullende bescherming kunnen bieden.¹⁷ Bij wet of collectieve overeenkomst kunnen regels worden aangenomen om de AVG aan te vullen die onder meer kunnen zien op de transparantie van de verwerking en de doorgifte van deze gegevens binnen concerns en ondernemingsgroepen.¹⁸ Artikel 88 AVG geeft lidstaten dus aanzienlijke vrijheid om te besluiten of ze werknemers aanvullende bescherming willen bieden en zo ja, *hoever* deze bescherming zou moeten gaan (met inachtneming van de overigens ruim geformuleerde grenzen van artikel 88 AVG).

Een derde voorbeeld is artikel 9 AVG dat lidstaten de mogelijkheid biedt om een hoger niveau van bescherming te bieden ten aanzien van zogeheten gevoelige persoonsgegevens.¹⁹ Verwerking van deze gegevens is in beginsel verboden, maar de AVG voorziet in enkele uitzonderingen. Voor de verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens of gegevens over gezondheid mogen lidstaten echter bijkomende voorwaarden hanteren.²⁰

3.3 HET HOF VAN JUSTITIE

Het Hof heeft in verschillende zaken uitspraken gedaan over de richtlijn die ook onder het regime van de AVG van belang blijven. Dan gaat het vooral over de reikwijdte van de richtlijn, maar ook over de invulling van enkele kernbegrippen uit de richtlijn en de AVG.

WERKINGSFEEER VAN DE RICHTLIJN EN DE AVG

De AVG heeft de bepalingen over de reikwijdte van de verordening overgenomen van de richtlijn.²¹ De richtlijn bevatte een aantal uitzonderingen: niet onder de richtlijn vielen bijvoorbeeld de verwerking van persoonsgegevens door de staat die betrekking heeft op de openbare veiligheid, defensie, en veiligheid van de staat. Evenmin was de richtlijn van toepassing op verwerking van persoonsgegevens voor persoonlijke of huishoudelijke doeleinden. Het Hof heeft bepaald dat de uitzonderingen op de werkingssfeer uitputtend zijn opgenomen in de richtlijn. De lidstaten hadden dus niet het recht om eigen beperkingen op de toepassing van de richtlijn te maken.²²

Bovendien heeft het Hof de werkingssfeer van de richtlijn breed uitgelegd. In de zaak *Österreichischer Rundfunk*²³ ging het om een nationale regeling die vereiste dat salarissen van hooggeplaatste ambtenaren bekend moesten worden gemaakt aan de nationale rekenkamer, het parlement en het publiek. Deze regeling had geen gevolgen voor het functioneren van de interne markt omdat het een puur interne situatie betrof. Toch moest de richtlijn volgens het Hof worden toegepast. De richtlijn vereist niet dat voor elke handeling die onder de richtlijn valt een daadwerkelijk verband met het vrij verkeer tussen de lidstaten bestaat.²⁴ Dit betekent dat de toepasselijkheid van richtlijn 95/46 niet afhankelijk kan worden gesteld van de vraag of concrete situaties direct verband houden met het vrij verkeer.²⁵ Een andere uitleg zou te veel onzekerheden geven over de toepassing van de richtlijn.

In de zaak *Lindqvist* ging het om de website van een kerkelijke gemeente en de persoonsgegevens die daarop geplaatst werden. Hoewel het niet ging om economische activiteiten (in de zin van het internemarktrecht) verklaarde het Hof ook in dit geval de richtlijn van toepassing.²⁶ Onder verwijzing naar *Österreichischer Rundfunk* bepaalde het Hof dat het niet nodig is om voor elke specifieke activiteit na te gaan of er wel een link bestaat met de interne markt. De uitzonderingen op de reikwijdte van de richtlijn werden vervolgens juist beperkt uitgelegd. Hoewel het om een kerkelijke gemeente ging waarbij de website door vrijwilligers werd beheerd, maakte het enkele feit dat gegevens van personen openbaar toegankelijk werden gemaakt op internet al dat de uitzondering die ziet op de verwerking van persoonsgegevens door personen in het kader van het persoonlijke of gezinsleven niet kon worden ingeroepen.²⁷ In latere zaken werd de restrictieve uitleg van deze uitzondering bevestigd. Zo viel bijvoorbeeld het gebruik van een camerasysteem dat iemand aan zijn gezinswoning had bevestigd ook niet onder deze uitzondering.²⁸

KERNBEGRIPPEN UIT DE RICHTLIJN EN DE AVG

Voor de vraag of richtlijn 95/46 van toepassing is, zijn verder de begrippen ‘persoonsgegevens’ en ‘verwerking’ bepalend. Artikel 3 lid 1 van de richtlijn geeft immers aan dat de richtlijn van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke verwerking van persoonsgegevens, en op niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens

die in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om daarin te worden opgenomen. Het Hof heeft het begrip persoonsgegevens in het kader van richtlijn 95/46 casuïstisch ingevuld. In de zaak *Y.S.* bepaalde het Hof dat een juridische analyse over de rechtspositie van een persoon als zodanig niet kan worden aangemerkt als persoonsgegeven, maar specifieke informatie over die persoon uit de analyse wel.²⁹ Ook IP-adressen kunnen persoonsgegevens zijn.³⁰ Aanbieders van onlinemediadiensten die IP-adressen registreren van websitebezoekers moeten die adressen als persoonsgegevens beschouwen ook al kunnen zij die adressen niet zelf koppelen aan specifieke personen.³¹ Zelfs als personen dus slechts indirect te identificeren zijn (via de internetprovider van de bezoekers), kan er dus sprake zijn van persoonsgegevens.

Ook de term ‘verwerking’ was bepalend voor de toepassing van de richtlijn (en nu voor de AVG). De richtlijn noemde een heel scala aan activiteiten die als verwerking golden zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, en verspreiden van gegevens. Het Hof heeft aansluiting gezocht bij deze ruime definitie. In de bekende uitspraak *Google Spain* oordeelde het Hof dat zoekverrichtingen van zoekmachines om gegevens te verzamelen en aan te bieden aan gebruikers valt te kwalificeren als ‘verwerking’ in de zin van de richtlijn.³² Ook niet-geautomatiseerde verwerking kan onder de AVG vallen. Veel aandacht heeft in dit verband de uitspraak *Nowak* gekregen. Daarin oordeelde het Hof dat scholen examenwerk en opmerkingen van examinatoren moeten behandelen als persoonsgegevens.³³

Al met al kan de rol van het Hof moeilijk overschat worden. De werkingsfeer van de richtlijn en van de AVG is aanzienlijk verbreed, hoewel sommige begrippen uit de richtlijn (zoals het begrip ‘verwerking’) al zeer duidelijk wezen in de richting van een ruime toepassing. Dat laatste gold niet voor de toepassing van de richtlijn op interne situaties, wat gegeven de rechtsbasis in de interne markt zeker niet vanzelfsprekend was. De lidstaten hadden daardoor al onder het oude regime weinig ruimte om eigen keuzes te maken ten aanzien van het toepassingsbereik.

3.4 DE ALGEMENE VERORDENING GEGEVENSBESCHERMING

Sinds mei 2018 is de richtlijn vervangen door de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). De oude richtlijn voldeed niet langer. Niet alleen vergden technologische ontwikkelingen aanpassingen, maar bovenal was er behoefte aan een reguleringskader dat grondrechten beter zou beschermen. Ook was de ‘Digitale Interne Markt’ intussen een beleidsproject in de EU geworden. De AVG vormt van dit alles de weerslag.³⁴ De Commissie gaf de aftrap voor de discussie over de herziening.³⁵ De rechten van zowel personen als bedrijven waren voor de Commissie in het geding.³⁶ Voor burgers was het vaak onduidelijk wat er met hun gegevens

gebeurde en hoe zij hun rechten konden effectueren. Dit kon volgens de Commissie negatieve effecten hebben op de economie, doordat het hun weerstand om gegevens te delen vergrootte hetgeen het vrij verkeer van gegevens belemmerde.³⁷ Vanuit het oogpunt van bedrijven was de koppeling tussen het marktintegratiebelang en de bescherming van fundamentele rechten nog directer: verschillen in beschermingsregimes tussen de lidstaten beïnvloeden de werking van de interne markt op een negatieve manier.³⁸ De koppeling tussen beide publieke belangen is dus intact gebleven. Beide belangen zijn voor de Commissie wederzijds versterkend. Toch ligt het accent veel sterker op de bescherming van persoonsgegevens. In het hiernavolgende worden drie van de belangrijkste elementen van de AVG besproken in het licht van de verschuivende balans tussen het marktintegratiebelang en het gegevensbeschermingsbelang.

HET RECHT TE WORDEN VERGETEN

Het recht om te worden vergeten (vaak wordt de Engelse term: *right to be forgotten* gebruikt)³⁹ uit de AVG vindt zijn oorsprong in de rechtspraak van het Hof. In de zaak *Google Spain* oordeelde het Hof dat zoekmachines links uit zoekresultaten moeten verwijderen als deze bijvoorbeeld onjuist of niet langer relevant zijn.⁴⁰ Het Hof oordeelde dat de EU-grondrechten op bescherming van persoonsgegevens en privacy voorgaan op het economisch belang van de exploitant van de zoekmachine en op het recht van het publiek om informatie te kunnen verzamelen.⁴¹ Ook het recht op vrije meningsuiting was in het geding, maar dat veranderde niets aan de uitkomst.⁴² Het recht om te worden vergeten leidt daarmee ontegenzeggelijk tot een lastenverzwaring voor bedrijven.⁴³

In de AVG is het recht om te worden vergeten versterkt en gedetailleerder uitgewerkt.⁴⁴ De betreffende bepaling specificeert in welke gevallen persoonsgegevens moeten worden gewist. Ook legt de AVG een verplichting op aan verwerkingsverantwoordelijken om andere verwerkingsverantwoordelijken te informeren over het verzoek tot wissen van de persoonsgegevens.⁴⁵ Daarmee wordt de verantwoordelijke tot 'schakel tussen de betrokkene en derden' (andere verantwoordelijken).⁴⁶ Toch is het recht om te worden vergeten niet absoluut. De AVG specificeert ook een aantal situaties waarin persoonsgegevens niet gewist hoeven te worden. Bijvoorbeeld wanneer de vrije meningsuiting en het recht op informatie (toch) voorgaan op het recht van het individu om vergeten te worden.⁴⁷

Al met al is het recht om vergeten te worden niet enkel een codificatie van het recht dat door het Hof is geïntroduceerd. De nadere uitwerking en aanscherping van dit recht in de AVG verschuift de balans verder in de richting van het privacybelang. Daarmee wordt tevens de ruimte verkleind voor een eigen belangenafweging op nationaal niveau en de mogelijkheid van differentiatie in rechtsregels tussen de lidstaten.

VERPLICHTING VAN GEGEVENSBESCHERMINGSEFFECTBEOORDELING

Een nieuw element uit de AVG betreft de verplichting om een effectbeoordeling ('impact assessment') uit te voeren bij bepaalde (nieuwe) vormen van gegevensverwerking. De nationale toezichthouders kunnen bepalen voor welk soort verwerkingen deze verplichting geldt (en ook voor welke verwerkingen een dergelijke effectbeoordeling niet nodig is). Toezichthouders moeten dergelijke beslissingen openbaar maken en delen met het Europees Comité voor gegevensbescherming (de opvolger van de Werkgroep artikel 29).⁴⁸ Als deze beslissingen invloed kunnen hebben op het vrij verkeer, met name het vrije dataverkeer, dan mogen nationale toezichthouders niet zelfstandig bepalen wanneer een effectbeoordeling verplicht is. In dat geval moeten zij daarbij samenwerken met het Europees Gegevensbeschermingscomité.⁴⁹ De AVG bevat de eisen waaraan de effectbeoordeling moet voldoen, zoals een risicoanalyse van de effecten van de beoogde verwerking op de rechten en vrijheden van de betrokkenen en een inventarisatie van de te nemen maatregelen om de risico's te mitigeren en te voldoen aan de bepalingen van de AVG.⁵⁰ Ook kan het nodig zijn om degenen van wie gegevens mogelijk worden verwerkt en de toezichthouder bij de effectbeoordeling te betrekken.⁵¹

De verplichting om in bepaalde gevallen een gegevensbeschermingseffectbeoordeling uit te voeren is in de plaats gekomen van de meldingsplicht (aan de toezichthouder) die onder Richtlijn 95/46 bestond.⁵² De verplichting betekent een flinke belasting voor bedrijven en moet om die reden worden beperkt tot beoogde verwerkingen die waarschijnlijk grote risico's voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen met zich brengen.⁵³

BOETES

Anders dan de richtlijn (die slechts een algemene sanctiebepaling bevatte) kent de AVG een uitgebreid stelsel van administratieve boetes. Dergelijke boetes dienen doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn (de algemene EU-eisen aan sancties). Ze worden opgelegd door de toezichthouders.⁵⁴ Bovendien hebben de lidstaten de vrijheid om overtredingen ook nog aan andere sancties te onderwerpen.⁵⁵ De AVG bepaalt met welke factoren rekening moet worden gehouden bij het opleggen van boetes, zoals de aard van de overtreden bepalingen; of er opzet in het spel was; de aard, de ernst en de duur van de inbreuk; en de categorieën van persoonsgegevens waarop de inbreuk betrekking heeft.⁵⁶ De AVG legt tevens de maximumbedragen van de op te leggen boetes vast.⁵⁷ Ten opzichte van voordien in de Wet Bescherming Persoonsgegevens⁵⁸ (en ook in andere EU-lidstaten)⁵⁹ vastgelegde boetemaxima voorziet de AVG in een substantiële verhoging. Bovendien geeft de verordening aan welke overtredingen in aanmerking komen voor het opleggen van de maximumboetes. Dat is met name het geval voor overtredingen die de rechten van betrokkenen schenden of (verdere) verwerking buiten de controle van de toezichthouders plaatsen. Het huidige sanctiestelsel heeft daarmee sterkere

prikkels voor effectieve naleving dan het regime van de oude richtlijn.⁶⁰ Daarmee geeft ook het aspect van boetes uiting aan de verschuiving naar meer bescherming van persoonsgegevens en meer uniformiteit van het reguleringskader.⁶¹

Het recht om te worden vergeten, de verplichting een effectbeoordeling uit te voeren en het nieuwe boetestelsel zijn daarmee alle elementen die symptomatisch zijn voor het hogere niveau van bescherming van persoonsgegevens dat de AVG biedt ten opzichte van de oude richtlijn. Toch blijven ook marktintegratiebelangen meespelen, vanuit de belangen van zowel burgers als ondernemingen voor wie een uniform reguleringskader niet alleen een belasting vormt maar ook voordelen biedt. Ze worden daardoor immers niet langer geconfronteerd met verschillen in rechtsregels en verschillen in de handhaving daarvan tussen de lidstaten. Andere elementen uit de AVG dienen bovendien het marktintegratiebelang op een directere manier. Een voorbeeld is het *one-stop-shop*-beginsel dat betekent dat bij grensoverschrijdende gegevensverwerking één toezichthouder als hoofdautoriteit fungeert. Dit ontlast de gegevensverwerker aanzienlijk. Dit alles heeft echter wel de ruimte voor de lidstaten verkleind om de in het geding zijnde belangen (gedeeltelijk) zelfstandig te wegen.

NOTEN

- 1 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad 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 (*PbEU* 1995, L 281) (hierna richtlijn 95/46).
- 2 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad 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) (*PbEU* 2016, L 119/1) (hierna AVG).
- 3 Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad (*PbEU* 2016, L 119/89).
- 4 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (e-Privacy richtlijn). Momenteel ligt er ook een voorstel bij de Raad voor een e-Privacy verordening (COM (2017) 10) die de richtlijn moet vervangen.
- 5 HVJ EG 20 mei 2003, C-465/00, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*) punt 39; Lindqvist 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*) punt 41; HVJ EU 9 maart 2010, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 (*Commissie v Duitsland*) punt 20.
- 6 HVJ EG 20 mei 2003, C-465/00, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*) punten 39-41.
- 7 HVJ EU 9 maart 2010, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 (*Commissie v Duitsland*) punt 22.
- 8 Orla Lynskey, 'From Market-Making Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis' in *EU Data Protection Coming of Age*, Dordrecht: Springer 2013, p. 64.
- 9 Zie ook H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy - The Story of Art 16 TFEU*, Switzerland: Springer 2016, p. 267-268.
- 10 J. P. de Jong, 'De Algemene Verordening Gegevensbescherming - De Rechtsopvolger van de Wbp', *RegelMaat* 2015, 30(1), p. 6-18, p. 8; Overweging 9 van de Verordening.
- 11 Zie artikel 51-59 AVG (toezichthoudende autoriteit) en artikelen 83-84 AVG (sancties).
- 12 De keuze voor een verordening betekent echter niet dat er geen ruimte voor nationale beleidsruimte meer zou zijn: T. van den Brink, 'The Impact of EU Legislation on National Legal Systems: Towards a New Approach to EU - Member State Relations', in *Cambridge Yearbook of International Legal Studies*, CUP:2017, p. 1-25.

- 13 Chen heeft maar liefst 37 elementen van nationale beleidsvrijheid in de AVG geïdentificeerd: J Chen, 'How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation', *International Data Privacy Law* 2016/6(4), p. 310-323 (p. 314). Zie voorts een uitgebreide analyse van de verschillende vormen van beleidsruimte die de verordening biedt het 'Advies wetsvoorstel Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming' van de Autoriteit Persoonsgegevens, 20 maart 2017, https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/advies_uitvoeringswet_avg.pdf
- 14 Overweging 9 en 10 AVG.
- 15 Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG (WP 217), p. 23; Overweging 45 en 46 AVG.
- 16 Artikel 6 lid 3 AVG.
- 17 Artikel 88 lid 1 AVG.
- 18 Artikel 88 lid 2 AVG.
- 19 Het betreft gegevens over ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, vakbondslidmaatschap, genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, gegevens over gezondheid en gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid: Artikel 9 AVG.
- 20 Artikel 9 lid 4 AVG.
- 21 Artikel 2 lid 1 AVG luidt: 'Deze verordening is van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.' De bepaling is identiek aan artikel 3 lid 1 van richtlijn 95/46. Voor wat betreft de materiele reikwijdte van de AVG verandert er daarmee niets. Wel heeft de AVG ten opzichte van richtlijn 95/46 extraterritoriale effecten, deze zullen in deze studie niet verder aan bod komen.
- 22 HVJ EG 16 december 2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (*Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*) punt 46.
- 23 HVJ EG 20 mei 2003, C-465/00, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*).
- 24 HVJ EG 20 mei 2003, C-465/00, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*) punten 40/41.
- 25 HVJ EG 20 mei 2003, C-465/00, ECLI:EU:C:2003:294 (*Österreichischer Rundfunk*) punt 42.
- 26 HVJ EG 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*).
- 27 HVJ EG 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 (*Lindqvist*) punten 46-47.
- 28 HVJ EU 11 december 2014, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 (*Ryneš*).
- 29 HVJ EU 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS e.a.*) punt 48.
- 30 HVJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*).
- 31 HVJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*).
- 32 HVJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, (*Google Spain and Google*) punt 28.
- 33 HVJ EU 20 december 2017, zaak C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994 (*Nowak*).
- 34 J. P. de Jong, 'De Algemene Verordening Gegevensbescherming - De Rechtsopvolger van de Wbp', *RegelMaat* 2015, 30(1), p. 6-18, 7.

- 35 Commissiedocument 9 van 2012 laatste definitieve versie: Mededeling van de Commissie
aan het Europees Parlement, De Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het
Comité van de Regio's. Privacywaarborging in het online tijdperk; een Europees gegevens-
beschermingskader voor de 21e eeuw COM(2012) 9 def., 3. (hierna COM(2012)9 def.)
- 36 COM(2012)9 def. p. 3.
- 37 COM(2012)9 def. p. 5.
- 38 COM (2012) 11 def. par 6; tegelijkertijd wijdde de Commissie ook verschillende paragrafen aan
de noodzaak om de rechten van burgers te beschermen zie o.a. paragrafen 10 en 11.
- 39 Dat het recht om te worden vergeten wellicht niet de meest correcte titel is: Christiana
Markou, 'The 'Right to be forgotten': Ten Reasons Why it should be forgotten', in S.
Gutwirth, R. Leenes & P. de Hert (eds), *Reforming European Data Protection Law*,
Dordrecht: Springer 2015, p. 203.
- 40 HVJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, (*Google Spain and Google*) punt 99.
- 41 Rechtsoverweging 97 van het in de vorige voetnoot genoemde arrest. Het Hof koos in deze uit-
spraak voor een benadering die natuurlijke personen in staat stelt zelf te bepalen hoe zij worden
weergegeven op het internet. Deze benadering onderscheidt zich van de Amerikaanse benade-
ring die meer vrijheid-georiënteerd is. Zie over deze dichotomie: James Q. Whitman, 'The Two
Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty', *Faculty Scholarship Series Paper* 2004,
649.
- 42 M.L. Rustad en S. Kulevska, 'Reconceptualizing the Right to Be Forgotten to Enable
Transatlantic Data Flow', *Harvard Journal of Law & Technology* 2015, 28 (2), p. 349-417,
p. 352 - 54.
- 43 Panos Koutrakos, 'To Strive, to Seek, to Google, to Forget' *European Law Review* 2014, 39(3),
p. 293-294, p. 293.
- 44 I.P.V. van Schelven en P.C. van Schelven, 'Europese gegevensbescherming: van richtlijn naar
verordening' in *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2016, 3, p. 99 – 108, p. 103.
- 45 Artikel 17 lid 2 AVG.
- 46 I.P.V. van Schelven en P.C. van Schelven, 'Europese gegevensbescherming: van richtlijn naar
verordening' in *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2016, 3, p. 99 – 108, p. 103.
- 47 Artikel 17 lid 3 AVG.
- 48 Artikel 35 lid 4 AVG; deze verplichting is ook interessant in het kader van de beleidsvrijheid
van lidstaten. Het vereisen van een effectbeoordeling kan vergaande bescherming bieden
voor categorieën van verwerkingen.
- 49 Artikel 35 lid 6 AVG.
- 50 Artikel 35 lid 7 AVG.
- 51 Artikel 35 lid 9 AVG.
- 52 Overweging 89 AVG en artikel 18 richtlijn 95/46.
- 53 Overweging 89 AVG.
- 54 Artikel 83 AVG.

- 55 Stefano Varotto & Colin James, 'The European General Data Protection Regulation and its potential impact on businesses: some critical notes on the strengthened regime of accountability and the new sanctions' *Communications Law* 2015, 20(3), p. 78-85, p. 81-82; Rob Corbet, 'Sanctions under the GDPR' *Privacy and Data Protection* 2016, 16(5), p. 13-14.
- 56 Artikel 83 lid 2 van de AVG.
- 57 Het maximumbedrag is 20 miljoen EUR of, voor een onderneming, tot 4 % van de totale wereldwijde jaaromzet in het voorgaande boekjaar, indien dit cijfer hoger is: artikel 83 lid 5 AVG.
- 58 Artikel 66 Wbp.
- 59 Zie hierover: Stefano Varotto & Colin James, 'The European General Data Protection Regulation and its potential impact on businesses: some critical notes on the strengthened regime of accountability and the new sanctions' *Communications Law* 2015, 20(3), p. 78-85, p. 82.
- 60 Stefano Varotto & Colin James, 'The European General Data Protection Regulation and its potential impact on businesses: some critical notes on the strengthened regime of accountability and the new sanctions' *Communications Law* 2015, 20(3), p. 78-85, p. 81-82.
- 61 Marek Szydło, 'The Independence of data protection authorities in EU law: between safeguarding of fundamental rights and ensuring the integrity of the internal market' *European Law Review* 2017, 42(3), p. 369-387, p. 377.

4 VERGELIJKING EN DISCUSSIE

De twee casestudies laten verschillende bewegingen zien. In de eerste plaats zijn in beide dossiers andere publieke belangen dan het marktintegratiebelang versterkt. Daarmee is zichtbaar dat de interne markt niet (langer) een terrein is waar marktintegratiebelangen de boventoon voeren of dat zelfs exclusief beperkt is tot marktintegratiebelangen. De EU-interne markt is juist een domein waarbinnen marktintegratiebelangen en andere publieke en private belangen tot uitdrukking komen. Dat vergt soms complexe afwegingen die bovendien door de tijd kunnen wijzigen – zo heeft de geanalyseerde wetgeving laten zien. Daarmee vormt internemarktwetgeving niet een systeem van technische rechtsregels die simpelweg de verdragsdoelstellingen inzake de vier vrijheden nader uitwerken. De interne markt als domein van EU-recht kent juist een fundamentele openheid voor andere dan marktintegratiebelangen. Verschillen in afweging tussen publieke (en private) belangen door de tijd, tussen en binnen EU-wetgeving maken de interne markt tot een terrein waarvan variatie een essentieel kenmerk is.

Behalve variatie in de wijze waarop publieke belangen gestalte krijgen in EU-wetgeving, laten de casestudies ook variatie zien in de vorm van nationale beleidsruimte. Het bestaan van EU-wetgeving veronderstelt niet per se het ontstaan van een uniform reguleringskader. De EU-wetgever laat sommige beleidskeuzes aan de lidstaten, bijvoorbeeld door te kiezen voor minimumharmonisatie, door open, niet-gedefinieerde normen en begrippen te hanteren of door bepaalde aspecten simpelweg niet te reguleren. Dat geeft de lidstaten de mogelijkheid om deels zelf keuzes te maken in de afweging van publieke belangen. De casestudies demonstreren de grote variëteit in nationale beleidsruimte in EU-wetgeving.

Op het gebied van gegevensbescherming bevat de AVG echter wel aanzienlijk minder nationale beleidsruimte dan haar voorganger. Daarvoor zijn verschillende redenen. Het belang om een gelijk speelveld te creëren en om de rechtspositie van individuen te verhelderen en te verstevigen zijn de belangrijkste in dit verband – naast het marktintegratiebelang. Juist in de gevallen van detacherings- en gegevensbeschermingswetgeving – waarbij complexe belangenafwegingen aan de orde zijn, spelen dergelijke argumenten een belangrijke rol. In geval van de AVG gaat het niet alleen om de inhoudelijke normering, maar is ook de handhaving voor een aanzienlijk deel op EU-niveau geregeld. Toch blijft er nog steeds ruimte voor de lidstaten, soms ook om beleidskeuzes te maken die raken aan onderliggende waarden (zoals in het geval van de AVG het niveau van bescherming van persoonsgegevens van minderjarigen).

Het Hof van Justitie heeft in dit alles een niet te onderschatten rol. Op beide terreinen valt op hoezeer het Hof vooral vormen van nationale beleidsruimte heeft ingeperkt. De reikwijdte van EU-wetgeving is door het Hof vergroot en begrippen die de EU-wetgever niet (precies) had gedefinieerd, zijn door het Hof nader ingevuld. Het Hof gebruikt daarvoor meestal de doelstellingen van de betreffende wetgeving, doorgaans de vier vrijheden (of grondrechten). Daardoor kan de balans verschuiven tussen het marktintegratiebelang en andere belangen. Dit roept democratische vragen op en maakt dit de toepassing van EU-wetgeving minder voorspelbaar. Bovendien belemmert deze benadering de behoefte om differentiatie meer te accommoderen. Over de nieuwe wetgeving op beide terreinen is er nog geen belangwekkende rechtspraak. Het valt te verwachten dat het Hof terughoudender zal zijn, omdat de nieuwe wetgeving nadrukkelijker het resultaat is van een complexe politieke belangenafweging (de AVG heeft zelfs een nieuwe rechtsbasis). Dat maakt het minder voor de hand liggend om de nieuwe wetgeving (exclusief) te interpreteren in het licht van de vier vrijheden. Wel is de algemene tendens dat het Hof zich nadrukkelijker opstelt als hoeder van de grondrechten. Dat kan ook op deze terreinen zijn weerslag krijgen, met name sinds het in werking treden van het Handvest voor de grondrechten.

De EU-wetgever heeft met de nieuwe wetgeving ook al minder ruimte gegeven voor rechterlijke interpretatie, zeker in het geval van de AVG. Veel elementen van de nieuwe wetgeving zijn specifiek en concreter ingevuld. Dat geldt ook voor de aspecten die nadrukkelijk aan de lidstaten zijn overgelaten. Dat kan worden gekwalificeerd als een uiting van een systematischer aanpak van de balans tussen uniformiteit en differentiatie, zowel ten aanzien van de weging van beleidsdoelstellingen en publieke belangen als ten aanzien van EU en lidstatelijke belangen.

WRR

WETENSCHAPPELIJKE RAAD VOOR HET REGERINGSBELEID