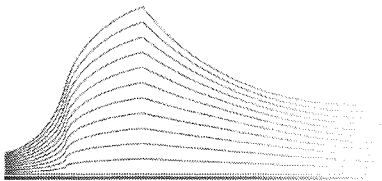


57
§



Repertoriumnummer 2023 / 4583
Datum van uitspraak 14 juni 2023
Rolnummer 2022/AR/723

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

- Registreerbaar
- Niet registreerbaar

Hof van beroep

Brussel

Sectie Marktenhof
19^{de} kamer A

Arrest

Aangeboden op
Niet te registreren

De NV van publiek recht NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE SPOORWEGEN (“NMBS”), met ondernemingsnummer 0203.430.576, met maatschappelijke zetel te 1060 Brussel, Frankrijkstraat 56,

verzoekster,

vertegenwoordigd door mr. WAEM Heidi en mr. VERSCHAEVE Simon, advocaten met kantoor te [...]

tegen

GEGEVENSBEZCHERMINGS AUTORITEIT (“GBA”), met ondernemingsnummer 0694.679.950, met maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Drukpersstraat 35,

verweerder,

vertegenwoordigd door mr. ROETS Joos, mr. CLOOTS Elke en mr. ROES Timothy, advocaten met kantoor te [...]

Gelet op de procedurestukken

:

- de beslissing nr. 71/2022 van de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit van 4 mei 2022 ;
- het verzoekschrift tot beroep zoals ingediend ter griffie van het hof van beroep Brussel door NMBS op 2 juni 2022 ;
- de inleidende zitting van 15 juni 2022 van het Marktenhof ;
- het verzoek van NMBS op grond van artikel 748 Ger W neergelegd op 28 november 2022 ;
- de beschikking van het Marktenhof van 5 december 2022 ;
- de (synthese)conclusies van beide partijen ;
- de neergelegde stukkenbundels van beide partijen ;

Gehoord de advocaten van beide partijen ter terechtzitting van 10 mei 2023 waarna de zaak in beraad werd genomen voor uitspraak op 14 juni 2023.

I. Feiten en procedurele voorgaanden

Het Marktenhof herneemt hier een samengevat feitenrelaas. Voor het beslechten van de zaak, worden evenwel alle door de partijen voorgelegde feiten, stukken en conclusies in acht genomen.

1. De partijen in het onderliggende geschil betreffen de NV van publiek recht Nationale Maatschappij der Belgische Sporen (hierna “**NMBS**” of de “**Verzoekster**”) en de Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna “**GBA**”).
2. NMBS is een autonoom overheidsbedrijf, conform de wet op de overheidsbedrijven,¹ dat zich bezighoudt met verschillende opdrachten van openbare dienst, waaronder het binnenlands vervoer van reizigers met treinen met inbegrip van het onthalen van klanten en het verlenen van informatie aan deze klanten.
3. Naar aanleiding van de COVID-19-crisis, wilde de Federale Staat het gebruik van onder meer het openbaar spoorvervoer promoten. Als gevolg hiervan verkreeg NMBS per Koninklijk Besluit van 28 juli 2020 de taak om de zogenaamde ‘Hello Belgium Railpass’ te verdelen, een gratis 12-rittenkaart voor Belgische inwoners. De kaart kon via elektronische weg worden aangevraagd, waarbij het grootste deel van de aanvragers hun naam en e-mailadres doorgaf aan NMBS.
4. Het KB stelde voorwaarden en modaliteiten voorop waaronder dat het vervoerbewijs diende te worden uitgereikt door NMBS. NMBS moest onder andere het vervoerbewijs uitreiken in de vorm van een kaart op papier op naam van de aanvrager en werd opgedragen dat NMBS bovendien in geval van onder meer veiligheids- en/of gezondheidsrisico’s het gebruik van het vervoerbewijs kon beperken of stopzetten. NMBS nam deze voorwaarden en modaliteiten, zoals gesteld door het Koninklijk Besluit van 28 juli 2020, over in de bijzondere voorwaarden voor het gebruik van de Hello Belgium Railpass.
5. Op 13 oktober 2020 verstuurde NMBS een e-mail aan de houders van deze Hello Belgium Railpass om hen te informeren over het gebruik van het vervoerbewijs. De e-mail bestond uit verschillende onderdelen en bevatte onderaan een disclaimer.
6. De email zag er (deels) uit als volgt :

¹ Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991, *err.* *BS* 20 juli 1991.

Herontdek meer dan 500 bestemmingen in België

VIND INSPIRATIE

MoveSafe-app: jouw veiligheid

Klaar voor je eerste reis?

BEKIK DE VOORWAARDEN

7. Op 19 oktober 2020 bracht de Inspectiedienst van de GBA NMBS ervan op de hoogte dat zij een onderzoek was opgestart naar aanleiding van een discussie op Twitter omtrent het niet faciliteren van het recht op bezwaar.
8. In haar verslag van 9 november 2020 stelde de Inspectiedienst onder meer vast dat er geen rechtsgrond aanwezig was voor de verwerking van de persoonsgegevens van de aanvragers ten behoeve van deze mailing. Bovendien was het recht van bezwaar van de betrokkenen steeds volgens de inspectiedienst niet gefaciliteerd, terwijl de verzonden e-mail als direct marketing moest worden aangemerkt (STUK A.11 van de GBA). Op diezelfde datum werd het dossier overgemaakt aan de Geschillenkamer, overeenkomstig artikel 91, § 2 en artikel 92, 3° WOG (STUKKEN A.11 en A.13 van de GBA).
9. Vervolgens gaf de Geschillenkamer van de GBA aan NMBS te kennen dat het dossier aan haar werd overgemaakt en volgde er een hoorzitting op 28 februari 2022.
10. NMBS verdedigde in de procedure dat de e-mail geen nieuwsbrief uitmaakte, doch slechts een communicatie was, gericht aan de houders van de Hello Belgium Railpass.
11. Per beslissing van 4 mei 2022 (hierna de **“Bestreden Beslissing”**) veroordeelde de Geschillenkamer van de GBA NMBS tot een administratieve geldboete ten belope van 10.000,00 EUR wegens inbreuken op de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna **“AVG”**). De Geschillenkamer oordeelde onder meer dat NMBS geen geldige rechtsgrond had voor de verwerking van de persoonsgegevens van de reizigers die de e-mail ontvingen aangaande de Hello Belgium Railpass en dat de e-mail diende te worden

aangemerkt als zijnde 'direct marketing'. De GBA besliste ook tot de publicatie van de beslissing op de website met vermelding van identificatiegegevens van NMBS.

12. Het is tegen de bovenstaande beslissing van de Geschillenkamer van de GBA dat Verzoekster een beroep tot vernietiging instelde bij het Marktenhof op 2 juni 2022.

II. Voorwerp van de vorderingen

NMBS vraagt het Marktenhof :

Het hoger beroep van appellante ontvankelijk en gegrond te verklaren en vervolgens;

Ten gronde

- In hoofdorde: Vast te stellen dat de Bestreden Beslissing nr. 71/2022 van 4 mei 2022 in zaak nr. DOS-2020-04750 onwettig/ongegrond is, en in elk geval de Bestreden Beslissing te vernietigen.

- In ondergeschikte orde: Vast te stellen dat de Bestreden Beslissing nr. 71/2022 van 4 mei 2022 in zaak nr. DOS-2020-04750 deels onwettig/ongegrond is, en dienvolgens de administratieve geldboete van 10.000 EUR wegens inbreuken op de artikelen 5.1 a) en c), 5.2, 6.1, 12.2, 21.2, 21.3 en 4 AVG te vernietigen.

In elk geval

- In de mate dat Uw Hof de Bestreden Beslissing vernietigt, in casu een nieuwe beslissing te nemen, met name:

- In hoofdorde: Vast te stellen dat de aantijgingen ongegrond zijn, dan wel dat de GBA onbevoegd is om er uitspraak over te doen, en derhalve de buitenvervolginstelling van appellante te bevelen.

- In ondergeschikte orde: Indien zou worden besloten tot enige schending van de AVG, quod non, te oordelen dat eventuele inbreuken die zouden worden vastgesteld niet van dien aard zijn dat een sanctie moet worden opgelegd en derhalve de buitenvervolginstelling te bevelen.

- In meer ondergeschikte orde: Indien zou worden besloten tot enige schending van de AVG, quod non, en Uw Hof oordeelt dat een sanctie dient te worden opgelegd, een alternatieve maatregel zoals een waarschuwing of berisping te formuleren.

- *In uiterst ondergeschikte orde: Indien zou worden besloten tot enige schending van de AVG, quod non, en Uw Hof oordeelt dat alsnog een administratieve geldboete dient te worden opgelegd, om de boete te bevelen onder de modaliteit van de opschorting of, indien niet mogelijk, om deze tot het één (1) euro te beperken.*

- *De kosten, met inbegrip van het rolrecht en de geïndexeerde rechtsplegingsvergoeding, ten laste te leggen van de GBA.*

- *De GBA te bevelen om de door de Bestreden Beslissing opgelegde administratieve geldboete van 10.000 EUR die door appellante werd voldaan, terug te betalen.*

De GBA vraagt het Marktenhof :

Te verklaren dat de vorderingen van NMBS ongegrond zijn;

Hoe dan ook, NMBS te veroordelen tot de kosten van het geding, m.i.v. het geïndexeerde basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor niet in geld waardeerbare vorderingen, te weten 1.680 euro.

III. Middelen en verweermiddelen der partijen

NMBS heeft de volgende middelen ontwikkeld :

EERSTE MIDDEL (in hoofdorde) : *Verwerkingen voor direct marketing via email vallen onder het toepassingsgebied van de e-Privacyregels en de GBA is onbevoegd om die regels te handhaven.*

TWEEDE MIDDEL (in hoofdorde) : *Schending van de rechten van verdediging en het zorgvuldigheidsbeginsel door het toevoegen van nieuwe stukken aan de Bestreden Beslissing die niet aan tegenspraak werden onderworpen.*

DERDE MIDDEL (in hoofdorde) : *Kennelijk onterechte beoordeling van de onderliggende feiten door te oordelen dat de e-mail als direct marketing kwalificeert en dat voor het versturen geen geldige rechtsgrond bestond.*

VIERDE MIDDEL (in hoofdorde) : *Schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel, redelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, onpartijdigheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel.*

VIJFDE MIDDEL (in ondergeschikte orde) : *Schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel, door onvoldoende motivering van de toepasselijkheid van de uitzondering vervat in artikel 83.7 AVG juncto artikel 221.1 GBW.*

ZESDE MIDDEL (in ondergeschikte orde) : *Schending van artikel 221.2 GBW juncto artikel 83.7 AVG doordat NMBS voor deze activiteit geen administratieve geldboete kan worden opgelegd.*

ZEVENDE MIDDEL (in ondergeschikte orde) : *Afwending van bevoegdheid en schending van het motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel door het opleggen van een niet deugdelijk verantwoorde en disproportionele sanctie*

In elk geval: Nemen van nieuwe beslissing door Uw Hof.

De GBA heeft verweermiddelen ontwikkeld : (eigen nadruk)

EERSTE VERWEERMIDDEL : *De AVG is wel degelijk van toepassing op direct marketing via e-mail – de Geschillenkamer was niet verplicht om ambtshalve de e-Privacyrichtlijn toe te passen – de Geschillenkamer heeft hoe dan ook afdoende gemotiveerd dat NMBS zich niet kan beroepen op de in artikel 13, lid 2, van de e-Privacyrichtlijn bedoelde soft opt-in (verweer tegen het eerste middel van NMBS).*

Eerste onderdeel : *de AVG is wel degelijk van toepassing op de feiten die aan de basis liggen van de Bestreden Beslissing*

Tweede onderdeel : *de GBA is wel bevoegd om de e-Privacyrichtlijn toe te passen*

Derde onderdeel : *de Geschillenkamer was niet verplicht om ambtshalve de e-Privacyrichtlijn toe te passen*

Vierde onderdeel : *de Geschillenkamer heeft hoe dan ook afdoende gemotiveerd waarom NMBS de eerder verkregen persoonsgegevens niet mocht verwerken ten behoeve van direct marketing*

TWEEDE VERWEERMIDDEL : *Er werden geen nieuwe stukken toegevoegd en in ieder geval werden de rechten van verdediging niet miskend (verweer tegen het tweed middel.*

DERDE VERWEERMIDDEL : *De geviseerde e-mail maakt direct marketing uit (verweer tegen het derde middel en het eerste en tweede onderdeel van het vierde middel van NMBS).*

Eerste onderdeel : *de Bestreden Beslissing heeft correct geoordeeld dat de hoofdboodschap van de verstuurde e-mail het aanprijzen van diensten of producten was*

Tweede onderdeel : *het feit dat NMBS forfaitair werd vergoed voor het verdelen van de Hello Belgium Railpass sluit geenszins uit dat promotie van de Railpass direct marketing uitmaakt*

Derde onderdeel : de Bestreden Beslissing oordeelt correct dat de verstuurde e-mail niet buiten de definitie van direct marketing valt als ‘mededeling van een overheidsdienst’ of ‘het promoten op initiatief van overheidsinstanties’

VIERDE VERWEERMIDDEL : De Geschillenkamer kan geen partijdigheid ten aanzien van NMBS worden verweten (verweer tegen het derde onderdeel van het vierde middel).

VIJFDE VERWEERMIDDEL : De door artikel 6, lid 1, onder f, AVG voorgeschreven belangenafweging en de noodzakelijkheidsvoorwaarde uit artikel 6, lid 1, onder b, AVG werden juist toegepast en de schending ervan werd afdoende gemotiveerd; ook de schending van artikel 21, lid 3, AVG werd afdoende gemotiveerd (verweer tegen het vierde onderdeel van het vierde middel)..36

Eerste onderdeel : De belangenafweging in artikel 6, lid 1, onder f, AVG werd afdoende gemotiveerd

Tweede onderdeel : de vastgestelde inbreuk op de noodzakelijkheidsvoorwaarde uit artikel 6.1, onder b, AVG schendt de formele motiveringsplicht niet 37

Derde onderdeel : de schending van artikel 21, lid 3, AVG werd afdoende gemotiveerd

ZESDE VERWEERMIDDEL : NMBS valt niet onder de uitzondering uit artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming juncto artikel 83, lid 7, AVG – de Bestreden Beslissing schendt op dit punt noch de formele noch de materiële motiveringsplicht (verweer tegen het vijfde en zesde middel).

Eerste onderdeel : de Bestreden Beslissing schendt de formele motiveringsplicht niet

Tweede onderdeel : de Bestreden Beslissing schendt de materiële motiveringsplicht en artikel 221, § 2, van de Wet Gegevensbescherming juncto artikel 83, lid 7, AVG niet

ZEVENDE VERWEERMIDDEL : de sanctie werd behoorlijk in feite en naar recht verantwoord met toepassing van de criteria van artikel 83, lid 2, AVG – de opgelegde administratieve geldboete is allermindst disproportioneel in het licht van de vastgestelde inbreuken op de basisbeginselen van de AVG en de omstandigheden van de zaak (verweer tegen het zevende middel van NMBS).

IV. Wetgevend kader

Artikel 4 WOG :²

Art. 4. § 1. De Gegevensbeschermingsautoriteit is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de grondbeginselen van de bescherming van de persoonsgegevens, in het kader van deze wet en van de wetten die bepalingen bevatten inzake de bescherming van

² Wet 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit, BS 10 januari 2018.

de verwerking van persoonsgegevens.

Onverminderd de bevoegdheden van de Gemeenschaps- of Gewestregeringen, van de Gemeenschaps- of Gewestparlementen, van het Verenigd College of van de Verenigde Vergadering bedoeld in artikel 60 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, oefent de Gegevensbeschermingsautoriteit deze opdracht uit op het grondgebied van het hele Koninkrijk, ongeacht welk nationaal recht op de betrokken verwerking van toepassing is.

§ 2. [...]

De Gegevensbeschermingsautoriteit is de bevoegde toezichthoudende autoriteit wanneer geen andere wet anders bepaalt.

Onverminderd deze wet en de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, kan bij geen enkele andere wet een autoriteit worden opgericht die beschikt over de macht en de bevoegdheden die bij de Verordening aan een gegevensbeschermingsautoriteit worden toegekend.

[...]

§3. [...]

Artikelen 5 en 6 **AVG**

Artikel 21 **AVG**

Art. 21. 1. De betrokkene heeft te allen tijde het recht om vanwege met zijn specifieke situatie verband houdende redenen bezwaar te maken tegen de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens op basis van artikel 6, lid 1, onder e) of f), met inbegrip van profilering op basis van die bepalingen. De verwerkingsverantwoordelijke staakt de verwerking van de persoonsgegevens tenzij hij dwingende gerechtvaardigde gronden voor de verwerking aanvoert die zwaarder wegen dan de belangen, rechten en vrijheden van de betrokkene of die verband houden met de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering.

2. Wanneer persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing worden verwerkt, heeft de betrokkene te allen tijde het recht bezwaar te maken tegen de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens voor dergelijke marketing, met inbegrip van profilering die betrekking heeft op direct marketing.

3. Wanneer de betrokkene bezwaar maakt tegen verwerking ten behoeve van direct marketing, worden de persoonsgegevens niet meer voor deze doeleinden verwerkt.

4. *Het in de leden 1 en 2 bedoelde recht wordt uiterlijk op het moment van het eerste contact met de betrokkene uitdrukkelijk onder de aandacht van de betrokkene gebracht en duidelijk en gescheiden van enige andere informatie weergegeven.*

5. *In het kader van het gebruik van diensten van de informatiemaatschappij, en niettegenstaande Richtlijn 2002/58/EG, mag de betrokkene zijn recht van bezwaar uitoefenen via geautomatiseerde procedés waarbij wordt gebruikgemaakt van technische specificaties.*

6. [...]

Artikel 95 AVG :

Art. 95. Deze verordening legt natuurlijke personen of rechtspersonen geen aanvullende verplichtingen op met betrekking tot verwerking in verband met het verstrekken van openbare elektronische-communicatiediensten in openbare communicatienetwerken in de Unie, voor zover zij op grond van Richtlijn 2002/58/EG onderworpen zijn aan specifieke verplichtingen met dezelfde doelstelling.

Artikel 1 e-Privacyrichtlijn :³

Art. 1. 1. Deze richtlijn voorziet in de harmonisering van de regelgeving van de lidstaten die nodig is om een gelijk niveau van bescherming van fundamentele rechten en vrijheden – met name het recht op een persoonlijke levenssfeer en vertrouwelijkheid – bij de verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie te waarborgen en om te zorgen voor het vrij verkeer van dergelijke gegevens en van elektronischecommunicatieapparatuur en -diensten in de Gemeenschap.

2. Voor op de doelstellingen van lid 1 vormen de bepalingen van deze richtlijn een specificatie van en een aanvulling op Richtlijn 95/46/EG. Bovendien voorzien zij in bescherming van de rechtmatige belangen van abonnees die rechtspersonen zijn.

Artikel 13 e-Privacyrichtlijn :

Art. 13. 1. Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst (automatische oproepapparaten), fax of e-mail met het oog op direct marketing kan alleen worden toegestaan met betrekking tot abonnees die daarin vooraf hebben toegestemd.

³ 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, *Pb.L* 31 juli 2002, 201/37.

2. *Onverminderd lid 1 kan een natuurlijke of rechtspersoon die van zijn klanten elektronische contactgegevens voor elektronische post verkrijgt in het kader van de verkoop van een product of een dienst, overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG, die elektronische contactgegevens gebruiken voor direct marketing van eigen gelijkaardige producten of diensten mits de klanten duidelijk en expliciet de gelegenheid wordt geboden kosteloos en op gemakkelijke wijze bezwaar te maken tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens bij het verzamelen ervan en, ingeval de klant zich in eerste instantie niet tegen dat gebruik heeft verzet, bij elke boodschap.*

3. *De lidstaten nemen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat, zonder kosten voor de abonnee, ongevroegde communicatie met het oog op direct marketing in andere dan de in de leden 1 en 2 genoemde gevallen niet toegestaan is zonder toestemming van de betrokken abonnees, of ten aanzien van abonnees die dergelijke communicatie niet wensen te ontvangen, waarbij de keuze tussen deze mogelijkheden door de nationale wetgeving wordt bepaald.*

[...]

Artikel 15bis e-Privacyrichtlijn :

Art. 15bis. 1. [...]

2. *Onverminderd de mogelijkheid tot beroep op de rechter zorgen de lidstaten ervoor dat de bevoegde nationale instantie en, in voorkomend geval, andere nationale organen bevoegd zijn de in lid 1 bedoelde overtredingen te doen ophouden.*

3. *De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde nationale instantie en, in voorkomend geval, andere nationale organen over de nodige onderzoeksbevoegdheden en -middelen beschikken, met inbegrip van de bevoegdheid alle relevante informatie op te vragen die zij nodig kunnen hebben om de overeenkomstig deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen te monitoren en na te doen leven.*

Artikel XII.13 WER :

Art. 13. § 1 Het gebruik van elektronische post voor reclame is verboden zonder de voorafgaande, vrije, specifieke en geïnformeerde toestemming van de geadresseerde van de boodschappen.

Op de gezamenlijke voordracht van de Minister en van de Minister bevoegd voor Justitie, kan de Koning voorzien in uitzonderingen op het verbod als bepaald in het eerste lid.

§ 2 Bij het versturen van reclame per elektronische post zorgt de dienstverlener voor het volgende:

1° hij verschaft duidelijke en begrijpelijke informatie over het recht zich te verzetten tegen het ontvangen, in de toekomst, van reclame;

2° hij duidt een geschikt middel aan om dit recht langs elektronische weg efficiënt uit te oefenen en stelt dit middel ter beschikking.

Op de gezamenlijke voordracht van de Minister en van de Minister bevoegd voor Justitie, bepaalt de Koning de modaliteiten volgens dewelke de dienstverleners de wil van de bestemming respecteren om niet langer reclame via elektronische post te ontvangen.

[...]

Artikel 221, §2 **GBW** :⁴

Art. 221. § 1. [...]

§ 2. Het artikel 83 van de Verordening is niet van toepassing op de overheid en hun aangestelden of gemachtigden, tenzij het gaat om een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt.

Koninklijk Besluit van 28 juli 2020 tot wijziging van het koninklijk besluit van 21 december 2013:

Artikel 1. In het koninklijk besluit van 21 december 2013 tot vaststelling van de voorlopige regels die als beheerscontract van Infrabel en NMBS gelden, laatstelijk gewijzigd bij het besluit van 9 april 2020, wordt een artikel 4/5 ingelast, dat luidt als volgt:

Art. 4/5. § 1. Naar aanleiding van de COVID-19-crisis wil de federale Staat het gebruik van het spoorvervoer, en de toeristische, recreatieve, culturele en economische sectoren promoten door enerzijds aan de NMBS te vragen om een nieuw gratis vervoerbewijs te verdelen voor het binnenlandse reizigersvervoer, nl. de 12-TRAJECTEN-PASS, en door anderzijds het gratis meenemen van de fiets op de trein tijdelijk toe te laten.

⁴ Wet 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, BS 5 september 2018, 68616.

V. Beoordeling door het Marktenhof

Ontvankelijkheid beroep

De Bestreden Beslissing werd genomen door de Geschillenkamer van de GBA en ter kennis gebracht van Verzoekster op 4 mei 2022.

Geen der partijen betwist de ontvankelijkheid van het beroep. Het verzoekschrift werd ingediend ter griffie van het hof van beroep te Brussel binnen de termijn van 30 dagen, zoals voorgeschreven in artikel 108, §2 van de wet van 3 december 2017 tot oprichting van de gegevensbeschermingsautoriteit (hierna “WOG”).

Het beroep is *ontvankelijk*.

EERSTE MIDDEL NMBS : Verwerkingen voor direct marketing via e-mail vallen onder het toepassingsgebied van de e-Privacyregels en de GBA is onbevoegd om die regels te handhaven.

Eerste verweermiddel GBA.

Samenvatting middel NMBS

Waar de Geschillenkamer van de GBA in de Bestreden Beslissing uitsluitend verwijst naar de AVG en haar eigen Aanbeveling 1/2020 betreffende direct marketing, kan zij niet worden gevolgd. Zo handelend gaat zij immers volledig voorbij aan de toepasselijke wetgeving voor het versturen van direct marketing of reclame via elektronische post. Artikel 13 e-Privacyrichtlijn⁵ werd naar Belgisch recht omgezet in artikel XII.13 WER. Tevens werd het KB elektronische post ingevoerd dat in uitzonderingen voorzag op de regel in artikel XII.13, §2 e-Privacyrichtlijn (de zogenaamde ‘*soft opt-in*’).

Wanneer men de mail als direct marketing bestempelt, vallen de verwerkingen onder het toepassingsgebied van de e-Privacyrichtlijn. De AVG geldt vervolgens als *lex generalis* ten opzichte van de e-Privacyrichtlijn en het principe *lex specialis derogate legi generali* stelt dat de bijzondere bepalingen van de e-Privacyrichtlijn voorrang verkrijgen boven de algemene regels van de AVG.

Specifieke voorwaarden inzake e-Privacy

Ten eerste verwijst slechts één artikel van de AVG, met name artikel 21, expliciet naar de notie direct marketing, terwijl artikel 13 e-Privacyrichtlijn specifieke voorwaarden inzake de rechtmatigheidsgrond voor onder meer het gebruik van e-mail voor direct marketing oplegt. Voor elk artikel, voor elke regel, dient een afzonderlijke toetsing te worden verricht. *In casu* dient artikel 13 e-

⁵ 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 (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *Pb.L.* 31 juli 2002, 201/37.

Privacyrichtlijn te worden afgetoetst tegen artikel 6.1 van de AVG. Daar het Hof van Justitie in de zaak *Proximus* oordeelde dat er sprake moet zijn van ‘aanwijzingen aangaande de modaliteiten, de uitvoering en de gevolgen [...]’, dient de invulling van wat vereist is om van een specifieke regel in de e-Privacyrichtlijn te kunnen spreken aldus samen te worden beschouwd met de aard van de bepaling in de AVG en die mate van detail.

Ten tweede geldt hetzelfde voor de beoordeling van het recht van verzet of bezwaar tegen direct marketing in het kader van de geviseerde e-mails. Alleen het artikel 21 AVG voorziet in een recht van bezwaar inzake direct marketing. In de e-Privacyrichtlijn, het WER en het KB elektronische post zijn voor wat betreft het recht van verzet of bezwaar tegen direct marketing specifieke regels opgenomen.

Concluderend hebben alle bijzondere bepalingen voorrang boven de algemene regels en moet de Bestreden Beslissing worden vernietigd wegens ernstige tekortkomingen in de motivering vermits de GBA enkel de AVG beoordeelt en daarbij de relevante e-Privacyregels buiten beschouwing heeft gelaten.

GBA heeft geen bevoegdheid

De handavings- en toezichtsbevoegdheid behoort (exclusief) tot de FOD Economie, conform artikel XV.2, §1 WER. De GBA is bijgevolg in België niet bevoegd om de verwerkingsactiviteiten van NMBS te beoordelen waarop de regels van artikel XII.13 WER en het KB elektronische post van toepassing zijn.

Samenvatting verweermiddel GBA

Specifieke voorwaarden

De AVG is wel degelijk van toepassing op direct marketing via e-mail – de Geschillenkamer was niet verplicht om ambtshalve de e-Privacyrichtlijn toe te passen – de Geschillenkamer heeft hoe dan ook afdoende gemotiveerd dat NMBS zich niet kan beroepen op de in artikel 13, lid 2, van de e-Privacyrichtlijn bedoelde *soft opt-in* (verweer tegen het eerste middel van NMBS).

Bevoegdheid GBA

De GBA is bevoegd om de e-Privacyrichtlijn toe te passen. De wetgever omschreef de bevoegdheid van de GBA in artikel 4, §1 WOG ruim net om het duidelijk te maken dat diens materiële bevoegdheid niet beperkt is tot de AVG.

Waar NMBS beweert dat de FOD Economie exclusief bevoegd is voor de handhaving van de nationale omzetting van de relevante bepalingen van de e-Privacyrichtlijn, maakt zij een juridische fout. Krachtens artikel 15bis, derde lid e-Privacyrichtlijn belet immers niets een lidstaat om meerdere nationale organen aan te stellen om de bepalingen te handhaven. Per slot van rekening voldoet de FOD Economie, in tegenstelling tot de GBA, niet aan de vereisten van artikel 8 van het HGrEU.

Beoordeling door het Marktenhof

De toepasselijkheid van de e-Privacyrichtlijn in combinatie met de AVG

De discussie omtrent de toepasselijkheid en eventuele prioriteit van de e-Privacyrichtlijn wordt voor het eerst voor het Marktenhof gevoerd. In de Bestreden Beslissing is daarvan geen sprake.

Artikel 13, tweede lid, van de e-Privacyrichtlijn, dat bepaalt onder welke voorwaarden direct marketing via e-mail kan plaatsvinden, stipuleert uitdrukkelijk dat de AVG⁶ daarbij eveneens gerespecteerd moet worden.

Wat direct marketing aangaat, bevat de AVG verschillende bepalingen die uitdrukkelijk het gebruik van persoonsgegevens voor direct marketing regelen. Ten eerste stipuleert artikel 21, tweede tot vierde lid, AVG dat de betrokkene, “wanneer persoonsgegevens ten behoeve van direct marketing worden verwerkt”, te allen tijde bezwaar moet kunnen maken tegen het gebruik van zijn gegevens. Indien hij dat doet, mogen de gegevens niet langer worden gebruikt voor direct marketing. Dit recht van bezwaar moet uiterlijk op het moment van het eerste contact met de betrokkene uitdrukkelijk onder de aandacht van de betrokkene worden gebracht en duidelijk gescheiden van enige andere informatie worden weergegeven. Ten tweede verduidelijkt overweging 47 van de preambule van de AVG dat toestemming niet de enige mogelijke rechtsgrond is voor een verwerking ten behoeve van direct marketing. De verwerkingsverantwoordelijke kan zich ook op een gerechtvaardigd belang beroepen in de zin van artikel 6, eerste lid, onder f AVG. Overweging 47 AVG spreekt zich hier enkel uit over de eerste stap van de drieledige toets van artikel 6, eerste lid, onder f AVG (doeltoets, noodzakelijkheidstoets, belangenafweging) en geeft dus eenvoudigweg te kennen dat direct marketing moet worden aanvaard als een legitiem doel, meer bepaald als een gerechtvaardigd belang van de verwerkingsverantwoordelijke.

Het uitgangspunt van artikel 95 AVG en overweging 10 van de richtlijn moeten dus ook hier gelden, namelijk dat de AVG en de richtlijn *beiden* van toepassing zijn.

In tegenstelling tot wat het geval is voor de verwerking van verkeersgegevens, bevat de AVG verschillende bepalingen die specifiek betrekking hebben op direct marketing : voor direct marketing kan volgens overweging 47 AVG beroep worden gedaan op de rechtsgrond van het gerechtvaardigd belang en artikel 21, tweede lid AVG heeft specifiek betrekking op het bezwaarrecht in de context van direct marketing. Bovendien heeft het Hof van Justitie intussen het arrest *Proximus* (HvJ 27 oktober 2022, C-129/21, *Proximus*, ECLI:EU:C:2022:833) gewezen, waaruit duidelijk blijkt dat, zelfs wanneer de e-Privacyrichtlijn specifieke bepalingen bevat over de toegestane rechtsgrond, *alsnog*

⁶ Destijds: 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, *Pb.L.* 23 november 1995, L. 281.

artikel 6, eerste lid, AVG moet worden toegepast. Ook de verwijzing door NMBS naar de Aanbeveling Direct Marketing van de GBA is niet dienstig. Het betreft slechts een aanbeveling en het Marktenhof is gebonden door de uitleg van het EU-recht verstrekt door het Hof van Justitie in het *Proximus*-arrest waarin het Hof van Justitie onder meer hierover uitspraak deed na de prejudiciële verwijzing door het Marktenhof en waarover partijen nog de kans kregen aanvullend te concluderen.

De bevoegdheid van de GBA

Volgens NMBS zou de GBA niet bevoegd zijn om de (nationale omzetting van de) e-Privacyrichtlijn te handhaven omdat deze bevoegdheid door de Belgische wetgever aan de FOD Economie werd toegewezen. Bovendien zou uit het advies 5/2019 van het Europees Comité voor Gegevensbescherming blijken dat de GBA haar onderzoek in een dergelijk geval moet beperken tot de verwerkingshandelingen die niet onder bijzondere regels van de e-Privacyrichtlijn vallen.

De algemene opdracht van de GBA wordt door art. 4 WOG bepaald als *“het toezicht op de naleving van de grondbeginselen van de bescherming van de persoonsgegevens, in het kader van deze wet en van de wetten die bepalingen bevatten inzake de bescherming van de verwerking van persoonsgegevens”*. De GBA is dus in beginsel niet alleen bevoegd voor toezicht op de naleving van de AVG, of de algemene wetgeving inzake gegevensbescherming (zoals bijvoorbeeld de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, hierna: *“WVG”*), maar kan eveneens toezicht uitoefenen over de naleving van andere, meer specifieke wet- of regelgeving zoals bijvoorbeeld de nationale omzetting van de e-Privacyrichtlijn.

Uit de voorbereidende werken van de WOG blijkt overigens dat de wetgever, na opmerkingen van de Raad van State in die zin, bewust heeft gekozen voor een formulering van de bevoegdheid van de GBA die veel ruimer was dan louter de bevoegdheid om de AVG te handhaven : (eigen nadruk)

“De Raad van State haalt terecht aan dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer krachtens de wet op de persoonlijke levenssfeer materieelrechtelijk een ruimere bevoegdheid heeft dan degene die wordt toegekend aan de Gegevensbeschermingsautoriteit op basis van de Verordening 2016/679. Los van de toekomstige kaderwet ter vervanging van de wet op de persoonlijke levenssfeer stelt zich dus de algemeen de vraag naar de verhouding van de Gegevensbeschermingsautoriteit tot deze bijkomende materieelrechtelijke dimensie, niet alleen ten opzichte van de wet op de persoonlijke levenssfeer maar ook ten aanzien van andere wetgeving krachtens dewelke bijkomende opdrachten toekomen aan de autoriteit die toezicht houdt op wetgeving die bepalingen bevatten inzake de verwerking van persoonsgegevens. Om hieraan tegemoet te komen werd verduidelijkt dat de Gegevensbeschermingsautoriteit verantwoordelijk is voor het toezicht op de naleving van de grondbeginselen van de bescherming van de

persoonsgegevens in het kader van deze wet en andere wetgeving die de verwerking van persoonsgegevens omvatten.” (Parl. St. Kamer 2016-2017, nr. 54-2648/001, 9)

Het werd dus wenselijk geacht dat de materiële bevoegdheid van de GBA ruimer zou zijn dan het toezicht op de naleving van de AVG. De materiële bevoegdheid moest zo worden omschreven dat de GBA ook toezicht kon houden op andere wetgeving inzake gegevensbescherming en zelfs op de naleving van bepalingen inzake de verwerking van persoonsgegevens in enige andere wetgeving.

NMBS leidt de onbevoegdheid van de GBA af uit het feit dat het Wetboek Economisch Recht (hierna “**WER**”) de handhaving van de nationale omzetting van de relevante bepalingen van de e-Privacyrichtlijn aan de FOD Economie zou toewijzen. Deze bevoegdheidstoedeling zou de bevoegdheid van de GBA uitsluiten. NMBS meent voor deze visie steun te vinden in het advies 5/2019 van het Europees Comité voor Gegevensbescherming. Zoals blijkt uit artikel 15bis, derde lid e-Privacyrichtlijn belet niets een lidstaat om desgevallend meerdere nationale organen aan te stellen om de bepalingen van die richtlijn te handhaven. Uit een eventuele bevoegdheidstoedeling aan de FOD Economie kan dus geenszins worden afgeleid dat de GBA automatisch onbevoegd zou zijn om de handhaving van de e-Privacyrichtlijn te verzekeren. Eerder dan dit tegen te spreken bevestigt het voormelde advies 5/2019 net dat de lidstaten meerdere autoriteiten mogen aanwijzen die toezicht houden op de naleving van het nationaal recht tot omzetting van de e-Privacyrichtlijn. Bovendien onderstreept het advies dat de gegevensbeschermingsautoriteiten in ieder geval bevoegd zijn om de AVG toe te passen op gegevensverwerkingen, ook in de context waarin andere autoriteiten krachtens de nationale omzetting van de e-Privacyrichtlijn bevoegd zouden zijn om toezicht te houden op bepaalde elementen van de verwerking van persoonsgegevens :

De gegevensbeschermingsautoriteiten zijn bevoegd om de AVG te handhaven. Het enkele feit dat een subgedeelte van de verwerking binnen het toepassingsgebied van de e-[P]rivacyrichtlijn valt, beperkt de bevoegdheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten uit hoofde van de AVG niet.” (Europees Comité voor Gegevensbescherming (EDPB), Advies 5/2019 over de wisselwerking tussen de e-privacyrichtlijn en de algemene verordening gegevensbescherming, met name wat betreft de taken en bevoegdheden van gegevensbeschermingsautoriteiten, 12 maart 2019, § 69, beschikbaar op https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_gd_pr_interplay_nl.pdf).

Het eerste middel van NMBS is *ongegegrond*.

TWEEDE MIDDEL NMBS : Schending van de rechten van verdediging en het zorgvuldigheidsbeginsel door het toevoegen van nieuwe stukken aan de Bestreden Beslissing die niet aan tegenspraak werden onderworpen.

Tweede verweermiddel GBA.

Samenvatting middel NMBS

Krachtens artikel 6 EVRM moeten de rechten van verdediging, dewelke kwalificeren als een algemeen rechtsbeginsel, worden gewaarborgd in alle fasen van het geding.

De Bestreden Beslissing omvat als bijlage schermafbeeldingen van de website van NMBS. Hieruit blijkt dat de Geschillenkamer van de GBA bij het nemen van de Bestreden Beslissing rekening heeft gehouden met nieuwe stukken die geen deel uitmaakten van het dossier, en waarop NMBS aldus geen tegenspraak heeft kunnen voeren.

De schermafbeeldingen hebben betrekking op de kwalificatie van de inhoud van de geïmprimeerde e-mail en bleken van doorslaggevend belang te zijn vermits alle vastgestelde inbreuken op de AVG eruit voortvloeiden. Daar de schermafbeeldingen geen deel uitmaakten van het administratief dossier en niet aan tegenspraak werden onderworpen, zijn de rechten van verdediging geschonden.

Samenvatting verweermiddel GBA

Het toevoegen in de Bestreden Beslissing van schermafbeeldingen van de webpagina waarop men terecht komt wanneer men in de e-mail de knop met de titel 'Vind inspiratie' aanklikt, betreft geen schending van de rechten van verdediging, noch van het zorgvuldigheidsbeginsel. De Bestreden Beslissing baseert zich eenvoudigweg op de bewoordingen die NMBS zelfs gebruikt (in de e-mail zelf alsook op de webpagina waarop men terecht komt middels het gebruiken van de hyperlink).

Het louter afbeelden van een NMBS-wegpagina, waarnaar NMBS zelf verwijst in de e-mail, in een bijlage bij de Bestreden Beslissing, schendt de rechten van verdediging geenszins. Daar de e-mail deel uitmaakte van het administratief dossier, kon NMBS zich hiertegen ten volste verweren. Hoe dan ook heeft de Geschillenkamer van de GBA zich slechts op de tekst van de e-mail gebaseerd en niet op de schermafbeeldingen.

Beoordeling door het Marktenhof

De desbetreffende passage uit de Bestreden Beslissing stelt het volgende :

29. Voor de Geschillenkamer staat buiten twijfel dat het garanderen van de sanitaire veiligheid van de treinreizigers een noodzakelijk element is voor de uitvoering van de overeenkomst waarvan sprake.

Echter, de e-mail bevat ook algemene informatie (die eerder promotioneel van aard is) waarin niet enkel en specifiek wordt gecommuniceerd over de sanitaire situatie op dat ogenblik en de voorzorgsmaatregelen die genomen dienen te worden teneinde de veiligheid te waarborgen. Er wordt melding gemaakt van de grote hoeveelheid aanvragen van een

Hello Belgium Railpass. Dit is echter -zoals hierboven omschreven - niet de enige informatie die in de e-mail wordt gegeven. [...]

30. De Geschillenkamer oordeelt – in overeenstemming met de vaststellingen van de Inspectiedienst - dat de e-mail dus ook algemene promotionele informatie bevat die geen betrekking heeft op de specifieke sanitaire situatie. Daarom kan de e-mail volgens de Geschillenkamer, anders dan door verweerder is betoogd, niet worden aangemerkt als “Een officiële herinnering aan enkele van de wezenlijke voorwaarden van de vervoersovereenkomst met de reiziger, in het bijzonder de verplichting om het vervoersbewijs correct te gebruiken en om als reiziger steeds op de eigen veiligheid toe te zien ...”. De nieuwsbrief bevat immers naast een verwijzing naar de Move Safe app en mededelingen over het juist gebruik van de Hello Belgium Railpass, ook blogs om inspiratie op te doen om bepaalde plaatsen te ontdekken.

Uit deze tekst van de Bestreden Beslissing kan niet worden afgeleid dat de GBA haar beoordeling deed op grond van de schermafbeeldingen. Integendeel, de Bestreden Beslissing baseert zich hier duidelijk op de bewoordingen die NMBS gebruikte. De e-mail verwijst de aanvragers van de Railpass middels een hyperlink door naar wat NMBS zelf omschrijft als blogs met reisideeën die reizigers moeten inspireren. De Bestreden Beslissing steunt dus niet daadwerkelijk op de inhoud van deze blogs noch op hun vormgeving.

De rechten van verdediging, zoals neergelegd in artikel 6, eerste lid EVRM, vereisen dat de Geschillenkamer zich in haar beoordeling van de feiten uitsluitend baseert op de stukken uit het dossier waarover tegenspraak werd gevoerd door de partijen. Welnu, NMBS heeft zich kunnen verweren aangezien de geviseerde e-mail deel uitmaakte van het administratief dossier (STUK A.6 van de GBA), dat haar vóór de hoorzitting werd bezorgd.

NMBS is overigens de beheerder van de bewuste webpagina. Zij omschrijft de inhoud van deze webpagina zelf in de geviseerde e-mail en zij heeft de e-mailontvangers zeer nadrukkelijk naar deze pagina toe geleid middels een grote knop met de titel ‘Vind inspiratie’. Men kan in die specifieke context bezwaarlijk spreken van een schending van het recht op tegenspraak betreffende deze schermafbeeldingen.

Tot slot werd de URL van deze webpagina reeds uitdrukkelijk vermeld als een relevant feit in de beslissing van de Inspectiedienst van 19 oktober 2020 tot opening van het onderzoek. In dezelfde passage werd vastgesteld dat de inhoud van deze pagina onder de verantwoordelijkheid van NMBS valt (STUK A.2 van de GBA, p. 2-3).

Het Marktenhof concludeert dat de gelaakte schermafbeeldingen geen nieuwe stukken waren in het dossier en dat er geen afdoende bewijs voorligt van een schending in dit verband van de rechten van verdediging of van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het tweede middel van NMBS is *ongegrond*.

DERDE MIDDEL NMBS : Kennelijk ontorechte beoordeling van de onderliggende feiten door te oordelen dat de e-mail als direct marketing kwalificeert en dat voor het versturen geen geldige rechtsgrond bestond.

Derde verweermiddel GBA betreft het derde middel van NMBS en het 1^{ste} en 2^{de} onderdeel van het vierde middel van NMBS.

Samenvatting middel NMBS

De Bestreden Beslissing berust op foutieve premisses en gevolgtrekkingen vermits voor de beoordeling pertinente feiten niet of onvoldoende in beschouwing werden genomen. Er dient een speciale aandacht te worden geschonken aan de volgende punten :

1. De Bestreden Beslissing focust zich op één onderdeel van de e-mail, terwijl zij een *in globo* beoordeling diende te verrichten ;
2. NMBS is als overheidsbedrijf aan een specifiek regelgevend kader onderworpen ;
3. De geviseerde e-mail werd verzonden in tijden van crisis (COVID-19) ;
4. NMBS moest haar diensten correct, veilig en te goeder trouw uitvoeren. Wanneer de aanvang van de geldigheidsduur van de Hello Belgium Railpassen bleek samen te zullen vallen met de start van de ‘tweede coronagolf’ bestond een objectieve noodzaak voor NMBS om dit in goede banen te leiden en waar mogelijk drukte te vermijden. Het was bijgevolg noodzakelijk om betrokkenen te informeren over hoe ze de Hello Belgium Railpass dienden in te vullen om te vermijden dat ze ritten zouden verliezen wegens beperkte of stopgezette dienstverlening ;
5. NMBS verkreeg namens het KB een forfaitaire vergoeding voor haar diensten in het kader van de Hello Belgium Railpass. Van enige financiële of economische overwegingen bij het versturen van de e-mail kan dan ook geen sprake zijn ;
6. NMBS kon er rechtmatig op vertrouwen dat zij onder de uitzondering voor (promotionele) communicatie door overheden over hun taken van openbare dienst zou vallen, ongeacht of de e-mail theoretisch als ‘direct marketing’ kon worden beschouwd (quod non). Het feit dat het vervoersbewijs gratis was voor de gebruiker en het al dan niet gebruik geen invloed had op de inkomsten van NMBS wijst op het bestaan van een openbare dienstverplichting in hoofde van NMBS ;
7. NMBS heeft bedachtzaam gehandeld en op basis van een analyse van het toepasselijk kader omtrent gegevensbescherming een weloverwogen keuze gemaakt, ondanks de precaire omstandigheden ;
8. De GBA hanteert een buitengewoon ruime interpretatie van het begrip ‘direct marketing’. Waar de Bestreden Beslissing oordeelt dat zelfs de voorlichtende onderdelen van de e-mail het bedrijfsimago van NMBS ten goede kwamen en dat het verstrekken van de diensten in het kader van de Hello Belgium Railpass onrechtstreeks ook andere diensten van Verzoekster konden bevorderen en zelfs van particuliere dienstverleners, gaat zij te ver.

De Geschillenkamer van de GBA maakt bijgevolg een kennelijk onterechte beoordeling van de onderliggende feiten. De Bestreden Beslissing dient derhalve te worden vernietigd.

Samenvatting verweermiddel GBA

Begrip direct marketing

Er bestaat geen Unierechtelijke definitie van het begrip ‘direct marketing’. Derhalve dient de Aanbeveling Direct Marketing van de GBA te worden gehanteerd door de Geschillenkamer, die voortbouwt op de omschrijving van het begrip ‘directmarketingberichten’ in een voorstel van de Europese Commissie voor een verordening die de huidige Privacyrichtlijn in elektronische communicatie moet vervangen.

Er is sprake van direct marketing wanneer een communicatie is gericht op de promotie van diensten, ongeacht of deze tegen betaling worden verstrekt en ongeacht een al dan niet commerciële context.

De boodschap verspreid via de mail door NMBS bestond erin dat: *de diensten van [NMBS] treinreizigers toelaten om (1) meer dan 500 Belgische bestemmingen te herontdekken, (2) comfortabel en veilig te reizen en (3) gemakkelijk hun Railpass te gebruiken*. Het is omwille van het beginsel van de minimale gegevensverwerking dat de Geschillenkamer diende te eisen dat elk onderdeel van de e-mail zou bijdragen aan het verwerkingsdoeleinde waarop NMBS zich beriep. NMBS had ervoor kunnen kiezen om de e-mail te beperken tot de duidelijke boodschap die ze beweert te hebben willen overbrengen (met name het informeren over veiligheidsrisico's, drukbezette treinen en de aanmoediging om daarbij rekening te houden bij de keuze van een reisbestemming).

Invloed forfaitaire vergoeding

Het promoten van gratis diensten doet geen afbreuk aan de mogelijkheid dat een boodschap ressorteert onder de notie direct marketing. Het begrip ‘marketing’ dient niet noodzakelijk te worden opgevat als een boodschap met een commercieel oogmerk of lucratieve doeleinden.

Bovendien promoveerde de e-mail *meer dan 500 bestemmingen in België* en de bijhorende bezienswaardigheden, die niet allemaal bezocht konden worden met de twaalf gratis ritten waarop de Hello Belgium Railpass recht gaf. Ook bracht het gebruik ervan allicht de aanschaf van bijkomende producten of diensten met zich mee, zoals vervoersbewijzen voor huisdieren of parking bij het station, het aankopen van snacks of dranken in de stations. Concluderend werd op die manier ook de aanschaf van betalende producten aangeprezen.

‘Mededeling van een overheidsdienst’ of ‘het promoten op initiatief van overheidsinstanties’

Bepaalde rechtstreekse communicatie van een overheid valt niet onder het begrip ‘direct marketing’. Dit betreffen ‘mededelingen van overheidsdiensten’ en de ‘promotie van diensten op initiatief van overheidsinstanties’. Dergelijke communicatie kwalificeert wel als direct marketing indien er (ook) diensten of producten van particuliere dienstverleners mee worden aangeprezen. In het geval van de tweede categorie moet het gaan om *promotie die wordt uitgevoerd op initiatief van overheidsinstanties die strikt handelen in het kader van hun wettelijke verplichtingen of openbare dienstverleningstaken voor diensten waarvoor zij alleen verantwoordelijk zijn* (de Aanbeveling Direct Marketing van de GBA beschikbaar op haar website).

NMBS heeft niet strikt gehandeld in het kader van de haar opgelegde wettelijke verplichting om de Hello Belgium Railpass te verdelen en evenmin in het kader van het aanbieden van een openbare dienst.

Beoordeling door het Marktenhof

De vraag of de bewuste e-mail kwalificeert als direct marketing

Het Marktenhof stelt vast dat er inderdaad geen Unierechtelijke definitie bestaat van het begrip ‘direct marketing’.

De GBA stelt de volgende definitie voor in haar eigen Aanbeveling nr. 1/2020 :⁷

Elke communicatie, in welke vorm dan ook, gevraagd of ongevraagd, afkomstig van een organisatie of persoon en gericht op de promotie of verkoop van diensten, producten (al dan niet tegen betaling), alsmede merken of ideeën, geadresseerd door een organisatie of persoon die handelt in een commerciële of niet-commerciële context, die rechtstreeks gericht is aan een of meer natuurlijke personen in een privé- of professionele context en die de verwerking van persoonsgegevens met zich meebrengt.

NMBS heeft klaarblijkelijk een eigen norm inzake ‘direct marketing’ (het betreft het stuk 10 uit de bundel stukken die NMBS neerlegde bij de Geschillenkamer en dat zich in de bundel van de GBA bevindt onder stuk 18.10 en in de bundel van NMBS onder nummer 11). Die norm stelt het volgende :

⁷ GBA, Aanbeveling nr. 1/2020 van 17 januari 2020 betreffende de verwerking van persoonsgegevens voor direct marketingdoeleinden, p. 9,
<https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/aanbeveling-nr.-01-2020.pdf>.

<p>Is direct marketing beperkt tot het opsturen van commerciële informatie?</p>	<p><i>Er wordt ten onrechte gedacht dat direct marketing enkel het versturen van commerciële boodschappen naar een zo groot mogelijk publiek is. Direct marketing (of "direct prospecting") omvat in werkelijkheid alle activiteiten – waaronder maar niet beperkt tot het versturen van reclameboodschappen – die erop gericht zijn producten of diensten aan te bieden aan bevolkingssegmenten om een reactie uit te lokken. Hieronder vallen ook nieuwsbrieven, tevredenheidsonderzoeken en e-mails waarin de ontvangers gevraagd worden of zij wel of geen direct marketing wensen te ontvangen.</i></p>
<p>Beperkt direct marketing zich tot het opsturen van documenten?</p>	<p><i>Direct marketing omvat eveneens alle activiteiten die voorafgaan aan het versturen van een reclamebericht, zoals het opstellen van een klantenprofiel (profilering), de aanpassing van een prijs op basis van een klantenprofiel, enz.</i></p>
<p>Gaat het enkel om commerciële boodschappen?</p>	<p><i>Het gaat niet enkel om commerciële boodschappen, maar ook om niet-commerciële boodschappen die er bijvoorbeeld op gericht zijn om de doelstellingen en idealen van een organisatie bv. politieke partijen, stichtingen, vzw's, ngo's, enz.) te promoten.</i></p>

In het kader van de e-Privacyrichtlijn, sprak het Hof van Justitie zich reeds uit over enkele substantiële elementen inzake direct marketing. Zo moet er eerst sprake zijn van een communicatie, waaronder dient te worden begrepen dat het alle informatie omvat die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen via een openbare elektronische-communicatiedienst.⁸ *In casu* voeren partijen geen ernstige betwisting over het feit dat er gebruik werd gemaakt van een e-mail, gericht aan de abonnees en/of gebruikers van de Hello Belgium Railpass.

Vervolgens moet worden nagegaan of de communicatie ook werkelijk direct marketing tot doel heeft. Met andere woorden moet men controleren of de communicatie een commercieel doel dient, aldus gericht op de promotie of verkoop van onder meer diensten of producten, en rechtstreeks en individueel tot een consument is gericht.⁹

Het is met betrekking tot dit tweede punt dat partijen het oneens zijn.

⁸ HvJ 25 november 2021, C-102/20, *StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH tegen eprimo GmbH*, randnr. 35, ECLI:EU:C:2021:954.

⁹ HvJ 25 november 2021, C-102/20, *ibidem*, randnr. 47, ECLI:EU:C:2021:954.

De relevante passage uit de Bestreden Beslissing luidt als volgt:

50. De Geschillenkamer is van oordeel dat de verzonden e-mail (die ook algemene informatie bevat die geen betrekking heeft op de specifieke sanitaire situatie of die niet specifiek geldig is bij het gebruik van de Hello Belgium Railpass maar ook van toepassing zou kunnen zijn bij het gebruik van andere vervoersbewijzen) niet kan worden aangemerkt als promotie die strikt beperkt was tot het uitvoeren van de opgelegde wettelijke verplichting aan NMBS in het kader van het aanbieden van de Hello Belgium Railpass of die beperkt was tot het aanbieden van een openbare dienst. De Geschillenkamer wijst er bovendien op dat er in de verzonden e-mail ook sprake kan zijn van het (eventueel indirect) promoten van diensten of producten die door particuliere dienstverleners worden aangeboden, wat een bijkomende aanwijzing is dat de e-mail niet uitsluitend betrekking had op een openbare dienstverlening.

51. Ook indien ervan uit zou worden gegaan dat het een mededeling betreft die afkomstig was van een overheidsdienst, kan de inhoud van die mededeling niet onbegrensd zijn. Het verweer dat de e-mail die werd verstuurd geen direct marketing zou zijn omdat NMBS de taak als overheidsdienst had om de reizigers te verwittigen treft volgens de Geschillenkamer geen doel. Het zou verweerder vrij hebben gestaan om in het kader van haar wettelijke taak / taak van algemeen belang, de reizigers te verwittigen en in te lichten met betrekking tot de bijzondere sanitaire situatie vanwege de pandemie. Derhalve had verweerder in de mail kunnen opnemen dat er drukte op de stations werd verwacht en dat deze drukte gevaar met zich mee zou kunnen brengen. Daarbij had zij zich moeten beperken tot het inlichten van de reizigers omtrent dit gevaar.

52. Naar het oordeel van de Geschillenkamer kan de inhoud van de e-mail echter niet worden opgevat als louter feitelijke voorlichting over de toenmalige sanitaire situatie waarin reizigers werden gewaarschuwd en gevraagd voorzichtigheid te betrachten en zoveel mogelijk te spreiden. Integendeel, de e-mail had door de (door)verwijzingen en inhoud die soms weinig te maken had met de sanitaire situatie, (ook) een aanprijzend karakter gekregen, teneinde te bewerkstelligen dat er zoveel mogelijk personen gebruik zouden maken van de Railpass (en van andere diensten of producten, of (indirect) zelfs van andere vervoersbewijzen).

53. Derhalve is door verweerder dus niet aangetoond dat de e-mails er strikt toe dienden om de reizigers aan te moedigen om te kiezen voor minder druk bezochte steden. Alhoewel er wel tips gegeven worden om bepaalde steden te bezoeken, is de hoofdboodschap van de e-mail volgens de Geschillenkamer wel degelijk de promotie van de Hello Belgium Railpass of zelfs andere vervoersbewijzen en diensten of producten (alhoewel niet altijd expliciet vernoemd). Daarbij is niet van belang dat NMBS daar geen geldelijk voordeel uit zou halen. Immers, er wordt bij de verzending van de e-mails gewezen op de bijzondere diensten die door NMBS worden geleverd, hetgeen het bedrijfsimago ten goede komt. De Geschillenkamer is het dus met de Inspectiedienst eens, waar deze stelt dat er sprake is van promotie: De boodschap is immers dat de diensten van de VV treinreizigers toelaten om (1) meer dan 500 Belgische bestemmingen te herontdekken, (2) comfortabel en veilig te reizen en (3) gemakkelijk hun Railpass te gebruiken.”

Het Marktenhof overweegt dat de Geschillenkamer op basis van alle voorliggende elementen redelijkerwijze de bewuste e-mail als 'direct marketing' kon kwalificeren. De eigen norm van NMBS inzake 'direct marketing' zoals hiervoor geciteerd bevestigt deze kwalificatie.

De GBA stelt ook terecht dat het betalend karakter van de aangeprezen diensten geen constitutief element is voor het weerhouden van de direct marketing-kwalificatie.

De openbare dienstverplichting van NMBS

Aangaande het argument van NMBS dat de verstuurde e-mail het algemene treinaanbod promootte omdat dit deel uitmaakte van haar openbare dienstverplichting, stelt de Geschillenkamer in het kader van de Bestreden Beslissing :

33. Hoewel niet strikt noodzakelijk, aangezien NMBS zich beroept op artikel 6.1.b, toetst de Geschillenkamer ambtshalve en ten overvloede of verweerder eventueel een geslaagd beroep toekomt op de rechtsgronden van artikel 6. 1 c, e en f van de AVG . De Geschillenkamer merkt op dat verweerder zich voor de geviseerde verwerking beriep op artikel 6.1 b, (de uitvoering van de overeenkomst) maar anderzijds ook het volgende stelde : "Ten tweede kadert de e-mail inzake de Hello Belgium Railpass binnen de uitvoering van de overheidstaken van NMBS. NMBS heeft een openbardienstverplichting inzake het binnenlands reizigersvervoer via het spoor. Zoals hoger vermeld, kreeg NMBS bij KB 28 juli 2020 van de Koning de opdracht om de Hello Belgium Railpassen aan de Belgische bevolking ter beschikking te stellen en de treinritten te verzorgen waarvoor deze titel kon worden gebruikt." Verweerder kreeg van de Koning de opdracht om de Railpassen ter beschikking te stellen en diende daarvoor persoonsgegevens te verwerken om de aanvragen van de Railpassen juist af te kunnen handelen. Het Koninklijk besluit bevatte echter geen duidelijk omschreven bepalingen over de verdere verwerking van de persoonsgegevens nadat de aanvragen werden afgehandeld. Een eventueel beroep op artikel 6.1 sub c kan reeds om deze reden niet slagen.

34. Artikel 6. 1 e bevat de rechtsgrond taak van algemeen belang of een taak ter uitvoering van het openbaar gezag. Zoals hierboven reeds is aangegeven geldt ook voor deze rechtsgrond dat er sprake moet zijn van noodzakelijkheid voor de verwerking. De Geschillenkamer acht niet aannemelijk dat de (inhoud van de) e-mail noodzakelijk was om de taak van algemeen belang (het ter beschikking stellen van de Hello Belgium Railpassen) te dienen.

Het Marktenhof overweegt dat een promotie vanwege een overheidsdienst wel degelijk direct marketing kan uitmaken indien zij naast deze overheidsdienst ook de diensten of producten (van particulieren) promoot. Dat was hier volgens de Geschillenkamer het geval en het wordt niet overtuigend weerlegd door NMBS.

Alle andere contextuele elementen aangehaald door NMBS doen geen afbreuk aan de kwalificatie van de e-mail als 'direct marketing' en aan de terechte vaststellingen :

- dat de inhoud van de e-mail zich niet beperkte tot de openbare dienstverplichting zoals die werd omschreven door het hogervermelde KB ;
- dat NMBS zich diende te houden aan het beginsel van minimale gegevensverwerking ;
- dat uit de interne communicatie tussen de functionaris voor gegevensbescherming en NMBS-medewerkers blijkt dat NMBS zich ervan bewust was en moest zijn dat blogs met reisideeën voor onder meer citytrips veel verder gingen dan het waarschuwen van reizigers voor de toen geldende sanitaire situatie en het informeren van reizigers over het correct gebruik van de Railpass.

NMBS voerde voor de inspectiedienst en voor de Geschillenkamer aan dat de rechtsgrond voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het versturen van een communicatie naar haar klanten de volgende is: *“uitvoering of voorbereiding van een overeenkomst” zoals opgenomen in artikel 6, 1. b. van de AVG*”.

De GBA heeft in de Bestreden Beslissing ook andere mogelijke rechtsgronden ambtshalve onderzocht en is tot de terechte bevinding gekomen dat dezen in deze bijzondere context geen afbreuk deden aan de vaststelling van een inbreuk door NMBS op de AVG.

Gelet op het voorgaande, is het derde middel van NMBS *ongegrond*.

VIERDE MIDDEL NMBS : Schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel, redelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, onpartijdigheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel.

Vierde en vijfde verweermiddel GBA.

Samenvatting middel NMBS

NMBS verwijt de Geschillenkamer vooringenomenheid omdat zij de bewuste e-mail (hiervoor gedeeltelijk weergegeven) verschillende keren een 'nieuwsbrief' heeft genoemd. Zij betoogt dat een nieuwsbrief volgens de Aanbeveling Direct Marketing als direct marketing wordt aangemerkt waardoor de conclusie van de Geschillenkamer reeds per definitie in het gebruik van deze term vervat zat. Dit zou volgens NMBS ook gebleken zijn uit het feit dat tijdens de hoorzitting zo goed als elke vraag van de leden van de Geschillenkamer over de verstuurde e-mail was ingegeven vanuit de insteek dat de e-mail direct marketing uitmaakte en NMBS derhalve voor een onjuiste rechtsgrond zou hebben geopteerd.

Op minstens de volgende vlakken is er sprake van een schending van verschillende beginselen van behoorlijk bestuur:

1. Contra legem interpretatie van het begrip ‘overheid’ uit de GBW ;
2. Striktere opvatting van uitzondering uit eigen Aanbeveling Direct Marketing van GBA ;
3. Proportionaliteit van de procedure ;
4. Indeplaatsstelling van het oordeel ;
5. Partijdigheid van de Geschillenkamer ;
6. Ernstige gebreken in de motivering ;

Samenvatting verweermiddel GBA

Ten eerste kan de Geschillenkamer geen partijdigheid worden verweten, louter omdat ze de term ‘nieuwsbrief’ heeft gebruikt. De term ‘nieuwsbrief’ is een correcte werkomschrijving van de inhoud van de verstuurde e-mail. Er dient bovendien te worden benadrukt dat de Aanbeveling Direct Marketing allesbehalve een nieuwsbrief automatisch kwalificeert als zijnde direct marketing. Het **onpartijdigheidsbeginsel** is derhalve geenszins geschonden (vierde verweermiddel).

Ten tweede kan de Geschillenkamer geen schending van de **motiveringsverplichting** worden verweten. Zo kan men NMBS niet volgen waar zij opwerpt dat de belangenafweging in artikel 6, eerste lid, f) AVG niet afdoende werd gemotiveerd. De materiële motiveringsplicht vereist immers dat de opgegeven ondersteunende motieven, in samenhang gelezen, voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing in redelijkheid te staven. Dit is in deze het geval. Mede gelet op de positieve verantwoordingsplicht van de verwerkingsverantwoordelijke, is de Geschillenkamer niet verplicht om uit eigen beweging te onderzoeken of de betrokken rechtsgrond door NMBS had kunnen worden ingeroepen. Doordat niet was voldaan aan één van de drie elementen van de driedelige toets, m. n. de noodzakelijkheidstoets (doeltoets, noodzakelijkheidstoets, afwegingstoets), kon de Geschillenkamer correct motiveren dat artikel 6, eerste lid, f) AVG geen mogelijke rechtsgrond kon uitmaken.

Ook kan men NMBS niet volgen waar zij een schending van de formele motiveringsplicht inroept met betrekking tot de vastgestelde inbreuk op de noodzakelijkheidsvoorwaarde uit artikel 6, eerste lid, b) AVG. Het bestuur is er in dat geval tot gehouden om de motieven op grond waarvan de bestuurshandeling wordt genomen op een afdoende wijze op te nemen in de bestuurshandeling zelf. De Bestreden Beslissing dient ‘draagkrachtige motieven’ te omvatten. Een beknopte, duidelijke weergave van de motieven in de beslissing zelf volstaat.

Tot slot kan NMBS niet worden gevolgd waar zij betoogt dat de Bestreden Beslissing de schending van artikel 21, derde lid AVG op geen enkele wijze motiveert. De inbreuken op het tweede en derde lid van artikel 21 AVG zijn immers inherent met elkaar verweven. Door te stellen dat het recht van

bezwaar niet werd toegekend door NMBS, motiveerde de Geschillenkamer zowel de schending van het recht vermeld in artikel 21, tweede lid AVG, alsook de schending van de overeenkomstige plicht in het derde lid van hetzelfde artikel.

Beoordeling door het Marktenhof

Interpretatie begrip overheid

De overheid wordt vrijgesteld van de toepassing van administratieve geldboetes, “*tenzij het gaat om een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt*”. Wat wordt hiermee bedoeld?

Overheidsinstanties die met private spelers op de markt in concurrentie treden, worden aan dezelfde regels onderworpen dan die private spelers en kunnen dus ook een administratieve geldboete opgelegd krijgen.

NMBS is (net zoals bijvoorbeeld Proximus) krachtens de voorbereidende werken (“*dit bedrijf voert marketing voor zijn vervoersdiensten die concurreren met private spelers die hetzelfde (zullen gaan) doen*” (verantwoording bij amendement nr. 3, *Parl.St.* Kamer 2017-2018, nr. 54K3126002, 5-6)) een overheid die goederen en diensten aanbiedt op een markt. Ook NMBS heeft zich te houden aan de materiële verplichtingen van de AVG en wordt hierin niet anders behandeld dan het bedrijfsleven. Zij is dus ook niet principieel vrijgesteld van administratieve geldboetes. In die zin volgt het Marktenhof de redenering van de Geschillenkamer in de Bestreden Beslissing.

In tegenstelling tot wat NMBS stelt,¹⁰ blijft de juridische kwalificatie als ‘dienst’ uiteraard ook gelden voor wat betreft het spoorvervoer in het kader van de Hello Belgium Railpass. Volgens het Koninklijk Besluit van 28 juli 2020 betrof het “*een nieuw gratis vervoerbewijs (...) voor het binnenlandse reizigersvervoer*”.¹¹ Het aanbieden van reizigersvervoer per spoor houdt niet plots op een ‘dienst’ te zijn louter omdat NMBS een prijskorting verleent of – zoals in dit geval – zelfs een aantal treinritten gratis aanbiedt onder welbepaalde voorwaarden. Het is voor de kwalificatie als economische activiteit geen beletsel dat NMBS met publieke middelen wordt gefinancierd of dat de Hello Belgium Railpass gratis aan de reiziger werd verstrekt. Het is immers vaste rechtspraak sinds het arrest-*Höfner* dat “*het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*” (eigen nadruk).¹²

¹⁰ Syntheseconclusie NMBS dd. 4 januari 2023, pp. 96-97.

¹¹ Art. 4/5, § 1 KB 21 december 2013 tot vaststelling van de voorlopige regels die als beheerscontract van Infrabel en NMBS gelden, zoals ingevoegd door het KB 28 juli 2020.

¹² HvJ 23 april 1991, C-41/90, *Höfner en Elsnér*, ECLI:EU:C:1991:161, § 21; *Zie meer recent* Ger. 17 september 2007, T-201/04, § 969, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289.

NMBS is een autonoom overheidsbedrijf dat diensten aanbiedt op een markt, met name reizigersvervoer per spoor, en dus een economische activiteit verricht, waardoor niet zonder meer kan worden uitgesloten dat haar mededelingen direct marketing doeleinden nastreven.

NMBS maakt ook niet aannemelijk, dat zij met de **promotie** van de Hello Belgium Railpass, een *overheidsprerogatief* zou hebben uitgeoefend.

Uitzondering uit eigen Aanbeveling Direct Marketing van GBA

NMBS verwijst vervolgens naar de volgende uitzondering die zij leest in de Aanbeveling Direct Marketing van de GBA :

“§23. Tot slot worden mededelingen van overheidsdiensten die bepaalde campagnes voeren (bv. Vaccinatiecampagnes) of diensten (bv. Telefooncentra voor bijstand aan personen in moeilijkheden) promoten waarvoor zij wettelijk verantwoordelijk zijn of die zij als openbare dienst aanbieden, niet beschouwd als direct marketingcommunicatie, tenzij zij tegelijkertijd specifieke diensten of producten promoten die door particuliere dienstverleners worden aangeboden.”

De Geschillenkamer heeft deze uitzondering in de Bestreden Beslissing terecht strikt geïnterpreteerd, waardoor NMBS zich er alleen op kon beroepen om te communiceren over de sanitaire veiligheid. Deze interpretatie gaat volgens het Marktenhof niet in tegen de hogervermelde Aanbeveling (die ook alleen maar een aanbeveling is en conform dient te blijven aan het EU-recht zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, onder meer, in het hoger geciteerde *Proximus*-arrest en schendt dus niet het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel op dit punt zoals NMBS ten onrechte voorhoudt.

Proportionaliteit van de procedure

Volgens NMBS schendt de GBA de beginselen van behoorlijk bestuur die vereisen dat discretionaire bevoegdheden zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig handelend bestuur worden uitgeoefend. Steeds volgens NMBS schendt de Inspectiedienst de beginselen van behoorlijk bestuur door (i) onderzoek in deze omstandigheden op te starten en (ii) om na uitgebreid en onmiddellijk antwoord van NMBS de inbreuken te weerhouden en schendt de Geschillenkamer de beginselen van behoorlijk bestuur door in deze omstandigheden alle inbreuken te weerhouden en NMBS op te dragen zich tegen elk van de inbreuken te verdedigen. Zelfs wanneer zij oordeelde dat de e-mail direct marketing was, had de Geschillenkamer een buitenvervolginstelling of sepot kunnen bevelen.

Bedrijven waaronder NMBS moeten er zich echter van bewust zijn dat één bepaald incident (bv. zoals *in casu* een klacht van een gebruiker omtrent het ontbreken van de mogelijkheid om bezwaar aan te tekenen tegen het verwerken ervan) aanleiding kan geven tot een integrale inspectie en substantiële controle van de AVG-naleving van een onderneming of organisatie, die op zijn beurt dan

weer kan leiden tot sancties wegens de niet-naleving van bepaalde AVG-verplichtingen, die initieel niet de trigger waren van de inspectie.

Ook al stelt het Marktenhof vast dat de beslissing van de Geschillenkamer inzake de inbreuk strikt is in het licht van, onder meer, de toen geldende sanitaire situatie, toch ligt er geen afdoende bewijs voor dat de Geschillenkamer haar discretionaire bevoegdheid op een buitensporige wijze zou hebben uitgeoefend.

Partijdigheid en indeplaatsstelling in hoofde van de Geschillenkamer

De Bestreden Beslissing gebruikt op een aantal plaatsen het woord ‘nieuwsbrief’ in plaats van het (meer correcte) woord ‘e-mail’ maar zij verbindt op geen enkel moment enige juridische conclusie aan het gebruik van de term nieuwsbrief.

Uit het administratief dossier blijkt bovendien dat de verstuurde e-mail als een *newsletter* (nieuwsbrief) werd omschreven door de Twitter-gebruiker die de Inspectiedienst attent heeft gemaakt op het feit dat NMBS met haar mailing mogelijk de AVG had geschonden (STUK A.1 van de GBA). De Inspectiedienst heeft deze term overgenomen in haar verslag en de Geschillenkamer heeft dat verslag vervolgens als startpunt genomen voor de uiteenzetting van de feiten in de Bestreden Beslissing.

In tegenstelling tot wat NMBS voorhoudt, leidt de Bestreden Beslissing echter nergens uit de term ‘nieuwsbrief’ af dat het hier om ‘direct marketing’ zou gaan en is de Geschillenkamer dus niet partijdig geweest op dit vlak. Zoals hierboven aangetoond, leidt de Geschillenkamer de kwalificatie ‘direct marketing’ af uit een inhoudelijke analyse van de tekst van de e-mail. Aangezien het gebruik van de term nieuwsbrief geen motief vormt waarop de Bestreden Beslissing steunt, kan het zoals de GBA stelt, de wettigheid van de Bestreden Beslissing niet aantasten.

Er ligt ook geen bewijs voor dat de Geschillenkamer haar eigen opinie over de intenties van NMBS achter de e-mail in de Bestreden Beslissing naar voren zou hebben geschoven zoals ten onrechte wordt aangevoerd door NMBS.

De motivering van de Bestreden Beslissing

Volgens NMBS kon de Geschillenkamer bij de beoordeling van de inroepbaarheid van de rechtsgrond uit artikel 6, eerste lid, onder f AVG niet volstaan met een verwijzing naar haar eerdere overwegingen over de beschikbaarheid van minder restrictieve alternatieven in het kader van de beoordeling van artikel 6, eerste lid, onder b AVG. NMBS wijst erop dat in het kader van artikel 6, eerste lid, onder b AVG de verwerking noodzakelijk moet zijn “voor de uitvoering van de overeenkomst”, terwijl de verwerking in het kader van artikel 6, eerste lid, onder f AVG noodzakelijk moet zijn “voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde”.

Daarnaast voert NMBS aan dat de Bestreden Beslissing ook wat betreft de noodzakelijkheidstoets onder artikel 6, eerste lid, onder b AVG onvoldoende gemotiveerd is. De Bestreden Beslissing zou niet ingaan op alle argumenten die NMBS had aangedragen en waaruit bleek dat NMBS-website, NMBS-app en mondelinge en/of schriftelijke aankondigingen in de stations geen afdoende alternatief boden voor een rechtstreekse e-mail.

NMBS betoogt tot slot dat de inbreuk op artikel 21, derde lid AVG op geen enkele wijze wordt gemotiveerd in de Bestreden Beslissing.

De vraag of (en in hoeverre) de Geschillenkamer in de Bestreden Beslissing zelf diende te antwoorden op alle door NMBS aangedragen argumenten, betreft de formele motiveringsplicht. In het kader van de formele motiveringsplicht is het bestuur ertoe gehouden om de motieven, op grond waarvan de bestuurshandeling wordt genomen, op een “afdoende” wijze op te nemen in de bestuurshandeling zelf. Dit betekent echter enkel dat de Bestreden Beslissing de zogenaamde ‘draagkrachtige motieven’ moet opnemen in de beslissing, met name de motieven die de beslissing op een positieve wijze rechtvaardigen. De formele motiveringsplicht vereist dus geen overdreven formalisme. Een beknopte, maar duidelijke weergave van de motieven in de beslissing zelf volstaat.

De Geschillenkamer heeft haar beslissing dat NMBS niet beschikte over een rechtmatige grondslag voor de geïmagineerde verwerking, met draagkrachtige motieven onderbouwd. De Geschillenkamer is daarbij zelfs veel verder gegaan dan dat het motiveringsbeginsel van haar verlangt (hetgeen ook weer risico’s op meer betwisting inhoudt). Niet alleen heeft de Geschillenkamer aangetoond dat de door NMBS aangevoerde grondslag niet volstond, zij heeft daarenboven uit eigen beweging onderzocht of NMBS zich niet op een andere rechtsgrond vermeld in artikel 6, eerste lid AVG kon beroepen.

De materiële motiveringsplicht vereist dat de opgegeven ondersteunende motieven – in samenhang gelezen – voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing in redelijkheid te staven. Dit is in dezen inzake de vaststelling van een inbreuk op de AVG het geval.

NMBS zelf heeft voor de Geschillenkamer geen elementen aangedragen die aannemelijk maken dat zij zich kon beroepen op een gerechtvaardigd belang onder artikel 6, eerste lid, onder f AVG. NMBS stelt (*in tempore non suspecto*) daarentegen : *Zoals hierboven reeds uiteengezet werd, is deze communicatie niet gebaseerd op het legitiem belang van NMBS als rechtvaardigingsgrond* (stuk 4 NMBS).

De inbreuken op leden 2 en 3 van artikel 21 AVG zijn inherent met elkaar verweven. Waar het tweede lid het recht van de betrokkene weergeeft, bevat het derde lid de corresponderende verplichting voor de verwerkingsverantwoordelijke. Het gaat om twee kanten van dezelfde medaille. Artikel 21, vierde lid AVG, tot slot, betreft de concrete uitwerking van het voornoemde recht van de betrokkene, in de vorm van een eenvoudige mogelijkheid tot uitschrijven. Door in overweging 58 van

de Bestreden Beslissing vast te stellen dat het recht van bezwaar niet werd toegekend aan de betrokkenen – NMBS had zich namelijk op het standpunt gesteld dat betrokkenen een dergelijk recht niet konden laten gelden (Bestreden Beslissing, § 56) – motiveerde de Geschillenkamer niet alleen de schending van het recht vermeld in artikel 21, tweede lid AVG, maar evenzeer de schending van de overeenkomstige plicht uit artikel 21, derden lid AVG.

Het vierde middel van NMBS is *ongegrond*.

VIJFDE MIDDEL NMBS : Schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel, door onvoldoende motivering van de toepasselijkheid van de uitzondering vervat in artikel 83.7 AVG juncto artikel 221.1 GBW en ZESDE MIDDEL NMBS : Schending van artikel 221.2 GBW juncto artikel 83.7 AVG doordat NMBS voor deze activiteit geen administratieve geldboete kan worden opgelegd.

Zesde verweermiddel GBA.

Samenvatting middelen NMBS

NMBS kan zich beroepen op artikel 83, zevende lid AVG juncto artikel 221, §1 GBW. Het aanbieden van de Hello Belgium Railpass valt binnen de openbaarheidsverplichting van NMBS als autonoom overheidsbedrijf.

Motivering

Wat betreft de motivering van de Bestreden Beslissing, volstaat het niet om in één zin te stellen dat NMBS diensten aanbiedt op een markt. De beslissing had moeten aangeven welke feiten en omstandigheden werden meegewogen (en met welke waarde) en hoe deze de beslissing konden dragen. De sanctie is bijgevolg niet naar behoren gemotiveerd.

Toepassing art. 221, §2 GBW

Bovendien kon aan NMBS geen administratieve geldboete worden opgelegd op grond van artikel 221, §2 GBW. Dit artikel betreft een omzetting van artikel 83, zevende lid AVG naar Belgisch recht, hetgeen lidstaten de keuze aanreikt om in een uitzondering op het opleggen van de administratieve geldboete te voorzien voor overheidsinstanties. Zodoende kan aan een *overheid* geen administratieve geldboete worden opgelegd, *tenzij* het een *publiekrechtelijke rechtspersoon* is die *goederen of diensten aanbiedt op een markt*. Wat betreft het tweede aspect moet worden benadrukt dat NMBS geen goederen of diensten aanbod op een markt. Het volgt uit recente en vaste rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Gerecht dat bij publiekrechtelijke rechtspersonen de kwalificatie als economische activiteit voor elke activiteit afzonderlijk dient te worden onderzocht. Zo dient volgens het Hof de *“kwalificatie als activiteit die tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoort of als economische activiteit [...] immers voor elke door*

een bepaalde entiteit uitgeoefende activiteit afzonderlijk [te] gebeuren.’¹³ De geviseerde e-mail werd door NMBS verstuurd in verband met haar taken, zoals opgelegd per KB van 28 juli 2020. Bijgevolg zijn de relevante diensten waarvan de kwalificatie als ‘economische activiteit’ dient te worden onderzocht, diegene die betrekking hebben op de opdrachten inzake de Hello Belgium Railpass op grond van het KB. Ten eerste kadert de Hello Belgium Railpass binnen de uitvoering van de openbare dienst van Verzoekster. Zij heeft een openbaredienstverplichting inzake het binnenlands reizigersvervoer via het spoor.¹⁴ Hieruit volgt dat diensten in het kader van een openbaredienstverplichting betreffende het openbaar personenvervoer per spoor niet worden ‘aangeboden op een markt’ vermits de exploitant deze zonder de openbaredienstverplichting op grond van eigen commerciële overwegingen per definitie niet, of niet in dezelfde mate of onder dezelfde voorwaarden, zou leveren. Ook het Hof van Justitie stelt dat activiteiten inzake de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag of algemeen belang geen economisch karakter hebben,¹⁵ en dat het volstaat dat de geviseerde diensten niet van de opdrachten van algemeen belang kunnen worden losgekoppeld opdat de diensten geen economisch karakter zouden hebben.¹⁶ De e-mail kan zonder twijfel niet worden losgekoppeld van de opdracht van algemeen belang van NMBS. De Hello Belgian Railpass werd bovendien gratis aangeboden doordat deze volledig of hoofdzakelijk onderhevig was aan een financiering met overheidsmiddelen (forfaitaire vergoeding).

Daarenboven mag de ratio legis van artikel 221, §2 GBW niet worden vergeten, met name dat de wetgever die publiekrechtelijke rechtspersonen wenste aan te spreken, juist omdat ze deelnemen aan het economische leven en in concurrentie treden met privaatrechtelijke actoren en dus principieel aan dezelfde regels als privaatrechtelijke ondernemingen moeten worden onderworpen.

Daar NMBS als een overheid dient te worden beschouwd en als publiekrechtelijke rechtspersoon geen goederen of diensten aanbod op de markt (conform art. 221, §2 GBW), kon de Geschillenkamer van de GBA geen administratieve geldboete opleggen.

Samenvatting verweermiddel GBA

Motivering

¹³ HvJ (Grote kamer) 27 juni 2017, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, §44; HvJ 1 juli 2008, C-49/01, *MOTOE*, §25, ECLI:EU:C:2008:376; *Zie in dezelfde zin ook*: Gerecht 20 september 2019, T-696/17, *Havenbedrijf Antwerpen NV*, ECLI:EU:T:2019:652.

¹⁴ Zoals mede gereguleerd door de Europese Verordening nr. 1370/2007.

¹⁵ HvJ (2e k.) 26 maart 2009, C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati*, §§118-119, ECLI:EU:C:2009:191; HvJ 1 juli 2008, C-49/01, *MOTOE*, §24, ECLI:EU:C:2008:376: "Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof hebben activiteiten houdende uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag rechtvaardigt."; *Zie in dezelfde zin*: Hof van Justitie 19 januari 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, §§ 30 en 31, ECLI:EU:C:1994:7.

¹⁶ *Zie o.a.* HvJ. (2e k.) 26 maart 2009, C-113/07, ECLI:EU:C:2009:191, *SELEX Sistemi Integrati*, §§ 76-77 en 118-119 ; *Zie in dezelfde zin*: HvJ (3e k.) 12 juli 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH*, §§37-38, ECLI:EU:C:2012:449.

De GBA merkt op dat NMBS dit middel voor de eerste keer opwerpt voor het Marktenhof. Hoe dan ook is NMBS een publiekrechtelijke rechtspersoon die diensten aanbiedt op een markt. De motieven in de Bestreden Beslissing (m.n. NMBS heeft publiekrechtelijk karakter én biedt diensten aan op de markt) schragen onmiskenbaar de conclusie van de Geschillenkamer dat NMBS niet onttrokken is aan het personele toepassingsgebied van de administratieve geldboeten conform artikel 221, §2 GBW. Hierdoor heeft de Geschillenkamer onmiskenbaar voldaan aan de formele motiveringsplicht. Het doel van de formele motiveringsplicht is bereikt: NMBS verneemt de reden waarom de Geschillenkamer meent dat NMBS niet kan genieten van de vrijstelling voorzien in het voornoemd artikel.

Daar de Geschillenkamer in de Bestreden Beslissing vaststelt dat NMBS valt onder de rubriek van 'publiekrechtelijke rechtspersoon die diensten aanbiedt op een markt', diende de Geschillenkamer niet bijkomend te vermelden of NMBS als een 'overheid' kwalificeerde in de zin van artikel 5 GBW.

Toepassing art. 221, §2 GBW

Het aanbieden van reizigersvervoer per spoor houdt niet plots op een 'dienst' te zijn louter omdat NMBS een prijskorting verleent of, zoals in casu, een aantal treinritten gratis aanbiedt onder welbepaalde voorwaarden.

Waar NMBS beweert dat zij de diensten niet aanbiedt op een markt, kan zij niet worden gevolgd. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie betreft de notie 'goederen of diensten aanbieden op een markt' een criterium dat toelaat om, onafhankelijk van de rechtsvorm, te bepalen of en rechtspersoon handelt als een overheid dan wel als een marktdeelnemer. De parlementaire voorbereidingen van artikel 221, §2 GBW doen blijken dat de wetgever overwoog dat *overheidsbedrijven actief op de markt van het vervoer [ook] aan administratieve geldboeten [konden] worden onderworpen, ook als ze geen private tegenhanger hebben*.

Bovendien omvat het begrip 'economische activiteit' volgens het Hof van Justitie elke activiteit die door een private onderneming met winst oogmerk kan worden uitgeoefend,¹⁷ en dient het voorgaande ruim te worden geïnterpreteerd.¹⁸ Dat een bepaalde lidstaat de markt voor die activiteit (nog) niet heeft opengesteld voor concurrentie sluit niet uit dat het om een economische activiteit gaat.¹⁹ Bijgevolg kwalificeert het vervoer van passagiers per trein onmiskenbaar als een economische activiteit. Waar NMBS argumenteert dat de verdeling van de Hello Belgium Railpass los moet worden gezien van de andere activiteiten van NMBS, doet zij afbreuk aan datgeen wat het Hof van Justitie net niet wenste te doen, met name om bepaalde activiteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen

¹⁷ HvJ 16 november 1995, C-244/94, *FFSA*, § 21, ECLI:EU:C:1995:392.

¹⁸ HvJ, 23 april 1991, C-41/90, *Höfner*, §22, ECLI:EU:C:1991:161.

¹⁹ HvJ 23 april 1991, C-41/90, *Höfner*, §21-22, ECLI:EU:C:1991:161; *Zie bijvoorbeeld* HvJ 18 juni 1991, C-260/89, *ERT*, 18 juni 1991, §§10 en 12, ECLI:EU:C:1991:254; HvJ C-553/12 P, *Commissie t. DEI*, ECLI:EU:C:2014:2083; HvJ 8 september 2022, C-614/20, *Lux Express*, ECLI:EU:C:2022:641.

aan het mededingingsrecht te onttrekken. Hoe dan ook vormt het voor de kwalificatie als zijnde een economische activiteit geen beletsel dat NMBS met publieke middelen wordt gefinancierd of dat de Railpass gratis aan de reizigers werd verstrekt. Het is immers de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie sinds het hiervoor reeds geciteerde arrest *Höfner* (H.v.J., C-41/90, *Höfner en Elsner*, 23 april 1991, EU:C:1991:161, § 21) dat het *begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*.

Waar NMBS opwerpt dat zij een openbardienstverplichting uitvoert, kan zij opnieuw niet worden gevolgd daar dit geenszins tot de conclusie kan leiden dat NMBS geen diensten zou aanbieden op een markt. Openbardienstverplichtingen veranderen niets aan de kwalificatie van de activiteit als een economische activiteit, zoals conform de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Ambulanz Glöckner*.

Concluderend bood NMBS diensten aan op de markt en was zij derhalve niet vrijgesteld van de administratieve geldboete overeenkomstig artikel 221, §2 GBW juncto artikel 83, zevende lid AVG. Het middel van NMBS is aldus ongegrond.

Beoordeling door het Marktenhof

De uitzondering (openbardienstverplichting) en de vrijstelling van administratieve geldboetes zouden kunnen gelden moest NMBS zich zeer strikt gehouden hebben aan haar wettelijke verplichting zijnde de pure verdeling van de railpass in een sanitaire gezondheidscontext zoals die er toen bestond. NMBS heeft zich in de bewuste email echter tevens ingelaten met de ‘promotie van diensten op initiatief van overheidsinstanties’, waarbij er (ook) diensten of producten van particuliere dienstverleners mee werden aangeprezen zoals de Geschillenkamer in de Bestreden Beslissing benadrukt (onder meer in § 48 en volgende). Het Marktenhof heeft begrip voor de situatie waarin NMBS zich bevond maar is gehouden een dergelijke uitzondering (die bijvoorbeeld niet bestaat in Nederland) strikt te interpreteren zoals de GBA terecht betoogt.

Het Marktenhof verwijst verder naar hetgeen hiervoor werd geoordeeld naar aanleiding van het vierde middel van NMBS. Het Marktenhof heeft reeds geoordeeld dat NMBS diensten aanbiedt op de markt en dat zij derhalve niet principieel vrijgesteld is van de administratieve geldboete overeenkomstig artikel 221, §2 GBW juncto artikel 83, zevende lid AVG.

Het vijfde en het zesde middel van NMBS zijn *ongegrond*.

ZEVENDE MIDDEL NMBS (in ondergeschikte orde) : Afwijking van bevoegdheid en schending van het motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel door het opleggen van een niet deugdelijk verantwoorde en disproportionele sanctie

Zevende verweermiddel van de GBA

Samenvatting middel NMBS

In haar zevende middel verwijt NMBS de Geschillenkamer dat zij de administratieve geldboete van 10.000,00 EUR ondeugdelijk heeft verantwoord en dat zowel de keuze voor een geldboete als de hoogte ervan het evenredigheidsbeginsel schendt. NMBS argumenteert dat de Bestreden Beslissing onvoldoende rekening heeft gehouden met het feit dat zij meermaals het advies van haar functionaris voor gegevensbescherming heeft ingewonnen en de fundamentele beginselen van de AVG dus niet flagrant heeft miskend. Voorts meent NMBS dat het consulteren van de functionaris alsook de subtiele grens tussen feitelijke voorlichting en direct marketing erop wijzen dat het niet om een ernstige inbreuk op de AVG gaat. Ten slotte voert NMBS aan dat de Bestreden Beslissing onvoldoende gewicht heeft toegekend aan het feit dat het een eenmalige mailing in erg specifieke omstandigheden betrof, dat het haar eerste inbreuk op de AVG betrof en dat herhaling onwaarschijnlijk was.

Samenvatting verweermiddel GBA

De Geschillenkamer heeft een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen van de sancties op inbreuken op het gegevensbeschermingsrecht die zij vaststelt, waarbij zij uiteraard de grenzen van het evenredigheidsbeginsel moet respecteren. *In casu* toont NMBS niet aan dat de Geschillenkamer een sanctie heeft opgelegd die onvoldoende gemotiveerd en/of manifest buiten proportie zou zijn.

Beoordeling door het Marktenhof

De Bestreden Beslissing stelt in verband met de opgelegde administratieve geldboete het volgende :
(eigen nadruk)

Rekening houdend met artikel 83 AVG en de rechtspraak van het Marktenhof, motiveert de Geschillenkamer het opleggen van een administratieve sanctie in concreto:

De ernst van de inbreuk: Vaststaat dat de verweerder verschillende inbreuken heeft begaan op de beginselen van de artikelen 5 en 6 van de AVG en op de rechten van de betrokkenen in artikelen 12 en 21 van de AVG. Dergelijke inbreuken vormen in belangrijke mate een inbreuk op de doelstellingen van de verordening namelijk het beschermen van de grondrechten en de fundamentele vrijheden van natuurlijke personen en met name hun recht op bescherming van persoonsgegevens. Bovendien schrijft artikel 83 .5 voor dat de hoogste administratieve boetes opgelegd kunnen worden voor schendingen van voornoemde artikelen. NMBS heeft zich gedurende het onderzoek wel meewerkend opgesteld.

De duur van de inbreuk: het verzenden van de nieuwsbrief aan de aanvragers van de Hello Belgium Railpass gebeurde in oktober 2020. Het gaat derhalve om een eenmalige overtreding, hetgeen het relatief lage bedrag van de boete rechtvaardigt.

De omvang : Zoals uit de verzonden geviseerde nieuwsbief zelf blijkt zijn er 3,6 miljoen Hello Belgium Railpassen aangevraagd. Het gaat hier derhalve om bijna een derde van de hele Belgische bevolking waardoor de omvang van de inbreuk uitzonderlijk groot is.

De nodige afschrikwekkende werking om verdere inbreuken te voorkomen.

Uit dit dossier blijkt dat onvoldoende rekening werd gehouden met de persoonsgegevensbescherming van betrokkenen, hetgeen eigenlijk centraal zou moeten staan gezien het businessmodel van de verweerder. Het verwerken van persoonsgegevens maakt immers een belangrijk deel uit van de activiteit van verweerder. Het is van cruciaal belang dat dergelijke ondernemingen de regels betreffende gegevensbescherming naleven. De feiten en vastgestelde inbreuken nopen daarom tot een boete die tegemoetkomt aan de nood om een voldoende afschrikwekkende werking te hebben, waarbij de verweerder voldoende sterk wordt gesanctioneerd, opdat praktijken met dergelijke inbreuken niet zouden worden herhaald, en opdat de verweerder voortaan meer aandacht zou besteden aan persoonsgegevensbescherming.

De relevante bepaling van de AVG luidt als volgt:

Artikel 83 Algemene voorwaarden voor het opleggen van administratieve geldboeten :

1. *Elke toezichthoudende autoriteit zorgt ervoor dat de administratieve geldboeten die uit hoofde van dit artikel worden opgelegd voor de in de leden 4, 5 en 6 vermelde inbreuken op deze verordening in elke zaak doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.*
2. *Administratieve geldboeten worden, naargelang de omstandigheden van het concrete geval, opgelegd naast of in plaats van de in artikel 58, lid 2, onder a) tot en met h) en onder j), bedoelde maatregelen. Bij het besluit over de vraag of een administratieve geldboete wordt opgelegd en over de hoogte daarvan wordt voor elk concreet geval naar behoren rekening gehouden met het volgende:*
 - a) *de aard, de ernst en de duur van de inbreuk, rekening houdend met de aard, de omvang of het doel van de verwerking in kwestie alsmede het aantal getroffen betrokkenen en de omvang van de door hen geleden schade;*
 - b) *de opzettelijke of nalatige aard van de inbreuk;*
 - c) *de door de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker genomen maatregelen om de door betrokkenen geleden schade te beperken;*
 - d) *de mate waarin de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker verantwoordelijk is gezien de technische en organisatorische maatregelen die hij heeft uitgevoerd overeenkomstig de artikelen 25 en 32;*
 - e) *eerdere relevante inbreuken door de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker;*
 - f) *de mate waarin er met de toezichthoudende autoriteit is samengewerkt om de inbreuk te verhelpen en de mogelijke negatieve gevolgen daarvan te beperken;*
 - g) *de categorieën van persoonsgegevens waarop de inbreuk betrekking heeft;*

- h) de wijze waarop de toezichthoudende autoriteit kennis heeft gekregen van de inbreuk, met name of, en zo ja in hoeverre, de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker de inbreuk heeft gemeld;*
- i) de naleving van de in artikel 58, lid 2, genoemde maatregelen, voor zover die eerder ten aanzien van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker in kwestie met betrekking tot dezelfde aangelegenheid zijn genomen;*
- j) het aansluiten bij goedgekeurde gedragscodes overeenkomstig artikel 40 of van goedgekeurde certificeringsmechanismen overeenkomstig artikel 42; en*
- k) elke andere op de omstandigheden van de zaak toepasselijke verzwarende of verzachtende factor, zoals gemaakte financiële winsten, of vermeden verliezen, die al dan niet rechtstreeks uit de inbreuk voortvloeien.*

Het Marktenhof tracht te detecteren welke methodologie de Geschillenkamer hanteert die haar toelaat de keuze van sanctie waaronder de hoogte van eventuele boetes te objectiveren.

Het Marktenhof treedt NMBS bij in haar stelling dat de Geschillenkamer bij het vaststellen van de hoogte van de boete alleszins op manifest onvoldoende wijze rekening heeft gehouden met de bijzondere situatie en context waarin NMBS zich bevond op het ogenblik van het versturen van de litigieuze email en al evenmin heeft rekening gehouden met de volgende verzachtende omstandigheden opgeworpen door NMBS zelf (stuk 4 NMBS: antwoord van NMBS aan de inspectiedienst):

- Het staat de ontvanger van de communicatie vrij om hier wel of niet op te klikken. Er wordt ook duidelijk vermeld wat de ontvanger van de communicatie zal zien als hij of zij op de link klikt;*
- De link verwijst naar de website. Deze bevat standaardinformatie die op geen enkele manier aangepast wordt op basis van de persoonsgegevens van de persoon wie deze bezoekt (zie punt 18 van de GBA aanbeveling).*
- Tenslotte kaderde de opdracht voor NMBS om de Hello Belgium Railpass te verdelen in een actie om het spoorvervoer, en de toeristische, recreatieve, culturele en economische sectoren te promoten. In die zin kan de link in de communicatie ook beschouwd worden als een toepassing van hetgeen beschreven staat in punt 23 van de GBA Aanbeveling.*

Het Marktenhof overweegt verder nog op basis van de door partijen voorgebrachte elementen en dossiers als volgt :

- De bewuste communicatie gebeurde tijdens de tweede golf van de corona-epidemie en diende er vooral toe zoveel mogelijk reizigers te spreiden ;
- NMBS werd van overheidswege verplicht de Railpass uit te geven (op basis van een KB waarin de verdeling van de bewuste pas en de promotie van het spoor als openbaar vervoer

- vermengd werden) en kreeg daarvoor een forfaitaire vergoeding, ongeacht of de kaart werd gebruikt of niet ;
- Het verwijzen naar andere bestemmingen in de bewuste email was enkel een onderdeel van de communicatie ;
 - Het opzettelijk of doelbewust vermengen van commerciële en sanitaire overwegingen door NMBS wordt niet aangevoerd door de Geschillenkamer in de Bestreden Beslissing en wordt ook niet aangetoond ;
 - De Geschillenkamer heeft bovendien geen acht geslagen op het gegeven dat NMBS wel degelijk heeft getracht de verwerking van persoonsgegevens voor ogen te houden: dit gebeurde door een analyse te maken van de gebruikte rechtsgrond (het feit dat de Geschillenkamer en het Marktenhof deze rechtsgrond niet bijtreden doet hieraan geen afbreuk) en het inwinnen van advies van de functionaris ;
 - Er werd door betrokkenen (er zijn wel veel betrokkenen zoals de Geschillenkamer aanvoert maar dat is louter omdat NMBS zoveel abonnees of gebruikers telt) geen enkele schade aangevoerd of aangetoond.

Gelet op al het voorgaande, moet worden geconcludeerd dat de Bestreden Beslissing de hoogte van de administratieve geldboete van 10.000,00 EUR niet behoorlijk in feite en naar recht heeft verantwoord en dat deze geldboete, gelet op de in artikel 83, tweede lid AVG vermelde criteria, onevenredig is.

Het Marktenhof is bevoegd om met volle rechtsmacht beroepen ingesteld tegen de beslissingen van de GBA te beoordelen. Wegens het toezicht met volle rechtsmacht op de wettigheid van de Bestreden Beslissing en dus de opgelegde boete, staat het aan het Marktenhof toe om in voorkomend geval het bedrag van de boete aan te passen.

In de gegeven omstandigheden is het gepast de door de GBA opgelegde boete te herleiden tot een symbolische euro.

Het zevende middel van NMBS is *gegrond zoals geherformuleerd* door het Marktenhof.

De gerechtskosten

Aangezien zowel de GBA als NMBS deels (artikel 1017, §4 Ger. W.) in het ongelijk worden gesteld, worden de kosten omgeslagen in die zin dat elke partij blijft instaan voor de eigen kosten.

**OM DEZE REDENEN,
HET HOF,**

Rechtdoende op tegenspraak.

Gezien artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Verklaart het verhaal van NV van publiek recht NMBS ontvankelijk en slechts gegrond voor wat betreft de hoogte van de opgelegde boete.

Herleidt gebruik makend van de volle rechtsmacht en gelet op de verzachtende omstandigheden, het bedrag van de boete naar 1,00 EUR.

Aangezien zowel de GBA als NMBS deels (artikel 1017, §4 Ger. W.) in het ongelijk worden gesteld, worden de kosten omgeslagen in die zin dat elke partij blijft instaan voor de eigen kosten.

Veroordeelt derhalve respectievelijk de NV van publiek recht NMBS en de GBA overeenkomstig artikel 269², §1 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten tot betaling aan de Belgische Staat, FOD Financiën, van helft van het rolrecht hoger verhaal ten bedrage van € 200,00 elk;

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 19^{de} kamer A van het hof van beroep te Brussel op **14 juni 2023**

waar aanwezig waren :

A-M. WITTERS
C. VERBRUGGEN
O. DUGARDYN
B. HEYMANS

Raadsheer dd. Voorzitter,
Raadsheer,
Plaatsvervangend raadsheer,
Griffier,



B. HEYMANS



O. DUGARDYN



C. VERBRUGGEN



A-M. WITTERS