

Repertoriumnummer 2023 / AS33
Datum van uitspraak 22 februari 2023
Rolnummer 2022/AR/889

N°

Niet registreerbaar

Uitgifte

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

Hof van beroep

Brussel

Sectie Marktenhof

19^{de} kamer A

Kamer voor marktzaken

Arrest

Aangeboden op
Niet te registreren

Y, [...]; appellante,

vertegenwoordigd door mr. Liese **KUYKEN**, advocaat, met kantoor te [...]

tegen

De **GEGEVENSBESCHERMINGSAUTORITEIT**, ingeschreven in de Kruispuntbank voor Ondernemingen onder het nummer 0694.679.950, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Drukpersstraat 35;

Geïntimeerde, oorspronkelijke administratieve instantie, hierna “**Gegevensbeschermingsautoriteit of GBA of Geschillenkamer**”;

vertegenwoordigd door mr. Elke Cloots ([...], advocaat kantoor houdende te [...].

Gelet op de procedurestukken:

- het verzoekschrift van 1 juli 2022, waarmee de verzoekende partij beroep aantekent tegen beslissing nr. 101/2022 van de Geschillenkamer van de GBA van 3 juni 2022 in het dossier met nummer DOS-2019-04867 (hierna: ‘de Bestreden Beslissing’), zoals kennisgegeven aan Y bij e-mail en aangetekende zending van 3 juni 2022;
- het akkoord tussen partijen inzake conclusietermijnen;
- de inleidingszitting van 13 juli 2022 voor het Marktenhof;
- de syntheseconclusie van Y van 23 november 2022;
- de syntheseconclusie van de GBA van 23 december 2022;
- de stukkenbundels overgemaakt door partijen.

Ter terechtzitting van 11 januari 2023 wordt de zaak ten gronde behandeld. Na de pleidooien en de sluiting van de debatten op dit punt en wordt de zaak in beraad genomen en de uitspraak voorzien (na uitstel) op 22 februari 2023.

I. Feiten en procedurele voorgaanden

De uiteenzetting van de feiten kan als volgt samengevat worden. Het Marktenhof herneemt hier enkel een summier feitenrelaas. Bij de beoordeling wordt uiteraard rekening gehouden met het geheel van de feiten en de neergelegde dossierstukken van de partijen.

1. De Bestreden Beslissing werd door de Geschillenkamer genomen naar aanleiding van een klacht van een natuurlijke persoon, ingediend bij de GBA overeenkomstig artikel 58 WOG (**stuk A.1 dossier GBA**).¹ De klacht hield in dat het mobiele telefoonnummer van de klager door zijn provider, Y, zou zijn toegekend aan een derde persoon, de heer H., waardoor klager niet meer over zijn nummer kon beschikken. De simkaart van de klager werd gedeactiveerd en de derde zou dus kennis hebben kunnen nemen van elektronische communicatie (oproepen, sms'en, ...) gericht aan de klager en mogelijk ook van aan het telefoonnummer gekoppelde accounts (zoals Paypal, WhatsApp en Facebook) in de periode van 16 tot en met 19 september 2019 (zie Bestreden Beslissing, randnummer 3).
2. De klager zette de feiten als volgt uiteen in het klachtenformulier (**stuk A.1 dossier GBA**):
*“Op 11/09 werd door Y op mijn bestaand nummer (...) een abonnement toegekend op naam van een Franstalig individu B. Vanaf dit moment kan hij over mijn nummer beschikken. Een aanzienlijke fout met impact op mijn privacy en persoonlijke accounts. De SIM kaart van B. werd op maandag 16/09 geactiveerd, waardoor mijn SIM kaart ongeldig werd in het netwerk en ik het gebeuren opmerkte.
Na meerdere dagelijkse telefoontjes, doorverwijzingen en zelfs leugens van de klantendienst op 16, 17, 18, 19 en 20 september, alsook fysieke bezoeken aan een Ywinkel (2x op 17 en 1x op 20 september), heb ik sinds de avond van 19/09 mijn eigen nummer terug in bezit, maar dit neemt de inbreuk op mijn privacy niet weg. Zo werd door de telefonische klantendienst op 17/09 beloofd dat B. mijn gegevens niet meer ontvangt, maar ik kon B. opbellen tot 's avonds 18/09.
Bovendien is niet alleen mijn privacy geschonden, maar weigert de klantendienst mijn tarief te herstellen naar de toestand voor de fout gemaakt werd (belkrediet, gigabytes,...).”*
3. De klacht werd bij de GBA ingediend op 20 september 2019.
4. Op 30 september 2019 werd de klacht ontvankelijk verklaard door de Eerstelijnsdienst van de GBA, die de klacht overmaakte aan de Geschillenkamer op grond van artikel 62, § 1, WOG.
5. Op 22 januari 2021 nam de Geschillenkamer een beslissing ten gronde. In haar beslissing nr. 05/2021 achtte de Geschillenkamer **inbreuken** op de volgende bepalingen bewezen:

¹ Wet 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit, B.S. 10 januari 2018.

- a. *artikel 5, lid 1, onder f), artikel 5, lid 2, artikel 24 en artikel 32 AVG, aangezien Y onvoldoende voorzorgsmaatregelen had genomen om het gegevenslek te voorkomen;*
- b. *artikel 33, lid 1, artikel 33, lid 5, en 34, lid 1, AVG, aangezien Y van het gegevenslek geen melding had gemaakt aan de GBA en aan de betrokkene.*

In die beslissing legde de Geschillenkamer de volgende **corrigerende maatregelen** op aan Y:

- a. *een administratieve geldboete van 25.000 euro (art. 83, lid 2, AVG; art. 100, § 1, 13° en art. 101 WOG).*
 - b. *het bevel om de verwerking in overeenstemming te brengen met artikel 5, lid 1, f), artikel 5, lid 2, artikel 24 en artikel 32 AVG, waarbij in het bijzonder het beleid ten aanzien van de identificatie en verificatie van prepaid-klanten in overeenstemming met de AVG moest worden gebracht (art. 58, lid 2, d) AVG; art. 100, § 1, 9°, WOG). Y kreeg een termijn van drie maanden om de verwerking in overeenstemming te brengen en om hierover te rapporteren aan de Geschillenkamer.*
6. Bij verzoekschrift van 19 februari 2021 vorderde Y voor het Marktenhof de vernietiging van de beslissing van de Geschillenkamer van 22 januari 2021.
 7. Op 19 mei 2021, d.i. lopende de procedure voor het Marktenhof, nam de Geschillenkamer een nieuwe beslissing (nr. 61/2021), waarmee zij haar eerdere beslissing van 22 januari 2021 introk.
 8. Op 30 juni 2021 stelde het Marktenhof bij arrest vast dat het door Y ingestelde verhaal zonder voorwerp was, nu de intrekking ervoor zorgde dat de Bestreden Beslissing *ex tunc* uit de rechtsorde werd verwijderd.
 9. Op 23 september 2021 verzond de Geschillenkamer een brief aan de partijen, waarin zij meedeelde dat de procedure voor de Geschillenkamer werd heropend en de partijen verzocht om nieuwe verweermiddelen in te dienen. In deze brief gaf de Geschillenkamer tevens een opsomming van de aan Y ten laste gelegde feiten en van de bepalingen van de AVG die daardoor mogelijk geschonden waren.
 10. Op 2 november 2021 diende Y een conclusie in bij de Geschillenkamer. De klager diende geen conclusie in.
 11. Op 25 april 2022 vond een hoorzitting plaats voor de Geschillenkamer. De klager was hierop niet aanwezig, (de raadsman van) Y wel.
 12. Op 12 mei 2022 maakte de Geschillenkamer het proces-verbaal van de hoorzitting over aan Y. Y formuleerde hierbij opmerkingen op 17 mei 2022.

13. Op 18 mei 2022 maakte de Geschillenkamer aan Y haar voornemen kenbaar om een administratieve geldboete op te leggen. Ook het bedrag van de voorgenomen geldboete (nl. 20.000 euro) werd meegedeeld, teneinde Y de gelegenheid te geven zich te verweren, voordat de sanctie effectief zou worden opgelegd. Y formuleerde op 31 mei 2022 een reactie.
14. Op 3 juni 2022 nam de Geschillenkamer een beslissing ten gronde. De Geschillenkamer achtte het passend om een **administratieve geldboete** op te leggen ten bedrage van **20.000 euro** (art. 83, lid 2, AVG; art. 100, § 1, 13°, WOG en art. 101 WOG) (Bestreden Beslissing, randnummer 93).
15. De beslissing werd gepubliceerd op de website van de GBA, maar zonder bekendmaking van de identificatiegegevens van de partijen (Bestreden Beslissing, randnummer 99).
16. Op 3 juni 2022 stelde de Geschillenkamer de partijen in kennis van haar beslissing en van de mogelijkheid om binnen de dertig dagen na de kennisgeving beroep aan te tekenen bij het Marktenhof, overeenkomstig artikel 108, § 1, eerste lid, WOG.
17. Middels een verzoekschrift van 1 juli 2022 stelde Y bij het Marktenhof een beroep in tegen de beslissing van de Geschillenkamer van 3 juni 2022. Deze beslissing wordt hierna aangeduid als de “Bestreden Beslissing”.

II. Voorwerp van de vorderingen

1. Het beroep van Y strekt er toe:

“het hoger beroep van appellante ontvankelijk en gegrond te verklaren;

de Bestreden Beslissing 101/2022 van de Geschillenkamer van 3 juni 2022 te vernietigen en opnieuw rechtdoende, haar beslissing in de plaats te stellen van deze van de Geschillenkamer:

in hoofdorde:

te zeggen voor recht dat de klacht van de heer X van 20 september 2019 bij de Gegevensbeschermingsautoriteit ten aanzien van appellante onontvankelijk of minstens ongegrond was;

de Gegevensbeschermingsautoriteit te bevelen de reeds door appellante betaalde administratieve boete van 20.000 EUR aan appellante terug te betalen;

in ondergeschikte orde:

indien Uw Hof van oordeel is dat de klacht van de heer X van 20 september 2019 bij de Gegevensbeschermingsautoriteit ten aanzien van appellante een inbreuk op het gegevensbeschermingsrecht in hoofde van appellante zou uitmaken, een berisping te formuleren;

in ieder geval:

de Gegevensbeschermingsautoriteit te veroordelen tot betaling van alle gerechtskosten aan appellante, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten belope van 15.000 EUR.”

2. De GBA vraagt het Marktenhof :

- *Te verklaren dat de vorderingen van Y ongegrond zijn;*
- *Y te veroordelen tot de kosten van het geding, m.i.v. het geïndexeerde basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor niet in geld waardeerbare vorderingen.*

III. De Bestreden Beslissing

Bij beslissing ten gronde van 3 juni 2022 (de “**Bestreden Beslissing**”) heeft de Geschillenkamer als volgt beslist:

beslist de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit, na beraadslaging, om: - op grond van artikel 83 AVG en artikelen 100, 13° en 101 WOG een administratieve geldboete van 20.000 EUR op te leggen aan de verweerder wegens de inbreuken op de artikelen 5.1.f, 5.2, 24, 32, 33.1 en 33.5 AVG. Tegen deze beslissing kan op grond van art. 108, § 1 WOG, beroep worden aangetekend binnen een termijn van dertig dagen, vanaf de kennisgeving, bij het Marktenhof, met de Gegevensbeschermingsautoriteit als verweerder.

IV. Middelen ingeroepen door de partijen

Middelen ingeroepen door Y

Eerste middel – In hoofdorde: de Geschillenkamer miskende bij het nemen van de Bestreden Beslissing het partijdigheidsbeginsel en het eerdere arrest van het Marktenhof in dit verband

Tweede middel – In hoofdorde: gelet op de onduidelijkheid van de gebeurtenissen en gebrek aan bewijs, diende de Geschillenkamer de klacht hetzij onontvankelijk te verklaren, hetzij te seponeren

Derde middel – In hoofdorde: de Bestreden Beslissing schendt Art. 126, §2 Wet Elektronische Communicatie

Vierde middel – In hoofdorde: de Geschillenkamer stelde ten onrechte inbreuken op de artikelen 5(1) (f), 5(2) 24, 32, 33 (1) en 33 (5) van de AVG vast

Vijfde middel – In hoofd orde: de Bestreden Beslissing negeerde de proactieve maatregelen van Y conform artikel 5 (2) van de AVG teneinde de naleving van de voorschriften van de AVG, waaronder de technische en organisatorische maatregelen te waarborgen

Zesde middel – In hoofdorde: de Bestreden Beslissing oordeelde ten onrechte dat Y niet handelde conform artikelen 33 van de AVG

Zevende middel – In ondergeschikte orde: de Geschillenkamer legde disproportionele maatregelen op

Achtste middel – vraag naar verhoogde rechtsplegingsvergoeding

Verweermiddelen ingeroepen door de GBA

Eerste verweermiddel: de Geschillenkamer was niet onregelmatig samengesteld bij het nemen van de Bestreden Beslissing.

(a) Eerste onderdeel van het eerste verweermiddel: de Bestreden Beslissing werd niet genomen na een vernietiging door het Marktenhof van beslissing nr. 05/2021 van de Geschillenkamer, maar na een intrekking van die beslissing door de Geschillenkamer zelf

(b) Tweede onderdeel van het eerste verweermiddel: er bestaat geen rechtsnorm die zich ertegen verzet dat de Geschillenkamer in dezelfde samenstelling een nieuwe beslissing zou kunnen nemen, ook niet nadat de eerste beslissing door het Marktenhof werd vernietigd

Tweede verweermiddel: de Bestreden Beslissing is gebaseerd op vaststaande feiten, niet op vermoedens – Y had geen recht op seponering van de klacht (verweer tegen het tweede middel van Y)

(a) Eerste onderdeel van het tweede verweermiddel: de Bestreden Beslissing is niet gebaseerd op loutere vermoedens, maar enkel op vaststaande feiten

(b) Tweede onderdeel van het tweede verweermiddel: Y had geen recht op seponering van de klacht die tegen haar was ingediend bij de GBA

Derde verweermiddel: Y voert geen overtuigende argumenten aan waaruit blijkt dat de Bestreden Beslissing ten onrechte inbreuken vaststelde op artikel 5, lid 1, onder f), artikel 5, lid 2, artikel 24 en artikel 32 AVG (verweer tegen het vierde en vijfde middel van Y)

Vierde verweermiddel: de bewering van Y dat artikel 126, § 2, van de Wet betreffende de elektronische communicatie haar zou verbieden om de burgerlijke identiteitsgegevens van de

klager en de derde met elkaar te vergelijken, is niet correct tegen het derde middel van (verweer Y)

Vijfde verweermiddel: Y voert geen overtuigende argumenten aan waaruit blijkt dat de Bestreden Beslissing ten onrechte inbreuken vaststelde op artikel 33, lid 1, en artikel 33, lid 5, AVG (verweer tegen het vierde en zesde middel van Y)

Zesde verweermiddel: de opgelegde administratieve geldboete is niet disproportioneel (verweer tegen het zevende middel van Y).

Betreffende de rechtsplegingsvergoeding (verweer tegen het achtste middel van Y).

V. Beoordeling van de middelen (niet noodzakelijk in de volgorde aangegeven door de partijen)

Eerste middel – In hoofdorde: de Geschillenkamer miskende bij het nemen van de Bestreden Beslissing het partijdigheidsbeginsel en het eerdere arrest van het Marktenhof in dit verband

Volgens Y heeft de Geschillenkamer geweigerd zich neer te leggen bij het eerder arrest van het Marktenhof op verschillende punten:

1. De rechtsmacht van de Geschillenkamer;
2. Het behandelen 'ab ovo';
3. De samenstelling van de Geschillenkamer uit fysiek verschillende personen.

De GBA doet gelden (samengevat) :

- Dat de samenstelling van de Geschillenkamer **verschillend** was tov eerste beslissing, op de voorzitter na

Hielke Hijmans (N/F) Hielke Hijmans (N/F)

Jelle Stassijns (N) Dirk Van Der Kelen (N)

Frank De Smet (N) Yves Pouillet (F)

Zij stelt dat de Geschillenkamer een collegiaal orgaan is en dat :

- De thans Bestreden Beslissing gezamenlijk werd genomen door 3 leden, waarvan slechts 1 lid al betrokken was bij eerste beslissing
- Er geen bewijs is dat de vermeende partijdigheid van dat ene lid het héle orgaan heeft kunnen beïnvloeden.

Het Marktenhof overweegt dat de Geschillenkamer niet onregelmatig was samengesteld door de enkele omstandigheid dat één lid dat heeft deelgenomen aan de Bestreden Beslissing ook reeds betrokken was bij de eerste beslissing, die naderhand werd ingetrokken door de Geschillenkamer intrekking die vastgesteld werd door het Marktenhof in haar eerdere beslissing.

De GBA stelt terecht dat het hier om de rechtsfiguur van de intrekking van de eerdere beslissing gaat en dat het Marktenhof die eerdere beslissing geenszins heeft vernietigd

Een bestuur kan, in tegenstelling tot een rechterlijke instantie, een beslissing die het eerder heeft genomen intrekken, waardoor de beslissing met terugwerkende kracht uit het rechtsverkeer verdwijnt. Van die mogelijkheid heeft de Geschillenkamer *in casu* gebruik gemaakt, door haar beslissing nr. 05/2021 van 22 januari 2021 in te trekken op 19 mei 2021, hangende de beroepsprocedure voor het Marktenhof.

In tegenstelling tot een vernietiging, is er in het geval van een intrekking geen formele beslissing van een rechterlijke instantie die een onregelmatigheid in de (initiële) administratieve besluitvorming vaststelt. Het lijdt dan ook geen twijfel dat een bestuur dat zelf zijn eerste beslissing intrekt en de betrokken partijen vervolgens opnieuw hoort, kan terugkomen op zijn eerder ingenomen standpunt en dus perfect een nieuwe beslissing kan nemen in hetzelfde dossier.

Om te vermijden dat de nieuwe beslissing exact dezelfde zou zijn als de eerdere beslissing, heeft het Marktenhof gesteld dat de Geschillenkamer moest oordelen in een andere samenstelling. De Geschillenkamer voert aan dat *‘gezien het aantal leden van beide taalrollen het “praktisch gezien onhaalbaar” zou zijn geweest om een andere voorzitter aan te stellen ter behandeling van deze zaak’*. Dit argument lijkt niet onredelijk te zijn in onderhavig geval.

Bovendien behoort het diegene die partijdigheid verwijt, aan te tonen dat een gekoesterde vrees voor het partijdig functioneren van de Geschillenkamer objectief gerechtvaardigd is. Die rechtvaardiging kan enkel berusten op concrete en precieze feiten die het orgaan kunnen worden toegerekend. Betreft het een collegiaal functionerend orgaan, dan moet op basis van concrete omstandigheden aannemelijk worden gemaakt dat het partijdig bevonden lid het orgaan in zijn geheel heeft kunnen beïnvloeden.

De enkele voormelde hoedanigheid in hoofde van de voorzitter van de Geschillenkamer heeft niet voor gevolg dat hij ‘objectief partijdig’ was ten aanzien van Y.

In zoverre Y een schijn van subjectieve partijdigheid ontwaart in hoofde van de voorzitter van de Geschillenkamer, moet worden vastgesteld dat zij geen enkel concreet feit aanvoert dat aan deze laatste kan worden toegeschreven waarvan naar rede zou kunnen worden aangenomen dat het als een vermeende blijk van partijdigheid of een schijn ervan kan worden ervaren.

Evenmin wijst zij enige passus aan in de ontwerpbeslissingen of een vermeende gekleurde aanpak in de samenstelling van het administratief dossier die zouden kunnen wijzen op een partijdige inbreng vanwege de voorzitter.

Zodoende is er geen grond om aan te nemen dat er op het vlak van de organisatie van de betrokken regulator of tijdens de voltrekking van de voorbereidende besluitvorming en van de beslissingen zelf het beginsel van de onpartijdigheid werd miskend.

Het eerste middel van Y is ongegrond.

Tweede middel – In hoofdorde: gelet op de onduidelijkheid van de gebeurtenissen en gebrek aan bewijs, diende de Geschillenkamer de klacht hetzij onontvankelijk te verklaren, hetzij te seponeren

In haar tweede middel betoogt Y dat de Geschillenkamer de klacht hetzij onontvankelijk had moeten verklaren, hetzij seponeren, gelet op de vermeende *“onduidelijkheid van de gebeurtenissen en het gebrek aan bewijs”*.²

Meer bepaald zou er voor de Geschillenkamer geen bewijs hebben voorgelegen:

- dat een medewerker van Y de heer H. zou hebben geholpen om het simkaartnummer van klager te bemachtigen;
- omtrent de achterliggende motieven van de heer H. om over het telefoonnummer van klager te kunnen beschikken.

Het staat volgens Y *“in schril contrast [..] met zowel het zorgvuldigheidsbeginsel als het redelijkheidsbeginsel”* dat zij een *“disproportionele geldboete”* kreeg opgelegd op basis van onbewezen vermoedens.³

Daarenboven zou de Geschillenkamer *“haar eigen beleidsvoorschriften en eerdere beslissingen”* hebben miskend door de klacht niet te seponeren, nu deze louter een *“nevengeschil”* zou betreffen en *“geen hoog maatschappelijk of persoonlijk risico”* zou inhouden.⁴

De GBA stelt onder meer dat de vastgestelde inbreuken helemaal niet gebaseerd zijn op vermoedens, maar op feiten die vaststaan en die als dusdanig niet door Y worden betwist. Die feiten zijn volgens haar de volgende:

1. Y heeft (ten tijde van de feiten) nagelaten de burgerlijke identiteitsgegevens (i.e. de naam) van de houder van de prepaid-kaart te vergelijken met die van de persoon die verzocht om de migratie van die prepaid-kaart naar een postpaid-abonnement. Hieruit leidt de Geschillenkamer af dat Y onvoldoende proactieve maatregelen heeft genomen om het gegevenslek (d.i. de toekenning van het telefoonnummer van de klager aan een derde) te voorkomen.

² Verzoekschrift, randnr. 39.

³ Verzoekschrift, randnr. 37.

⁴ Verzoekschrift, randnr. 38.

→ Uit dit feit leidt de Bestreden Beslissing een inbreuk af op artikel 5, lid 1, onder f), artikel 5, lid 2, artikel 24 en artikel 32 AVG.

2. Y heeft nagelaten het gegevenslek onverwijld te melden aan de GBA en het lek (binnen een redelijke tijdspanne) te documenteren.

→ Uit deze feiten leidt de Bestreden Beslissing een inbreuk af op artikel 33, lid 1, en artikel 33, lid 5, AVG.

De GBA betoogt ook dat het middelonderdeel volgens hetwelk de Geschillenkamer de klacht had moeten seponeren overeenkomstig haar eigen sepotbeleid en haar eerdere beslissingen in andere zaken, niet kan slagen. Zij verwijst naar een arrest van het Marktenhof van 1 december 2021, en stelt dat degene tegen wie een klacht bij de GBA wordt ingediend geenszins een subjectief *recht* heeft op seponering en concludeert dat de Geschillenkamer haar discretionaire beoordelingsruimte geenszins te buiten is gegaan door de klacht tegen Y niet te seponeren.

Het Marktenhof overweegt dat de twee hiervoor genoemde feiten op afdoende wijze bewezen zijn in de procedure voor de Geschillenkamer. Zij houden geen verband met een (louter vermoeden van) frauduleuze medewerking die Y-medewerkers zouden hebben verleend aan de derde persoon. De ietwat vreemde formulering in randnummer 22 van de Bestreden Beslissing *“Uit deze beslissing wordt duidelijk dat het één en ander omtrent het feitelijk verloop niet geheel kan worden uitgeklaard”*⁵ laat de vaststelling van de twee hogervermelde feiten door de Geschillenkamer onverlet.

Het Marktenhof treedt de GBA ook bij in haar stelling dat de Geschillenkamer haar discretionaire beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan door de klacht tegen Y niet te seponeren.

Middel 2 is ongegrond

Derde middel – In hoofdorde: de Bestreden Beslissing schendt Art. 126, §2 Wet Elektronische Communicatie

In haar derde middel werpt de verzoekende partij tegen dat zij de voorzorgsmaatregelen die zij overeenkomstig de AVG zou moeten nemen om onbevoegde toegang tot telefoonnummers te voorkomen, niet *mocht* nemen, omdat het haar bij wet verboden zou zijn om de burgerlijke identiteitsgegevens (concreet: de namen) van de klager en de derde met elkaar te vergelijken. Meer bepaald zou artikel 126, § 2, derde lid, WEC dat verbieden.

De GBA stelt samengevat dat het (oud) art. 126 § 2 WEC een ‘dataretentieplicht’ oplegde aan telecomoperatoren:

- Met het oog op (ernstige) criminaliteitsbestrijding moesten telecomoperatoren bepaalde gegevens die zij genereren of verwerken, bewaren ten behoeve van politie en gerecht

⁵ Bestreden Beslissing, randnummer 22.

- Telecomoperatoren mogen evidentierwijze de op die grond bewaarde gegevens niet verwerken voor andere doeleinden (bv. commerciële doeleinden)
- Maar verwerkingen ‘voor andere doeleinden’ konden uiteraard wel gesteund zijn op andere wettelijke bepalingen (art. 122 WEC) of algemene gegevensbeschermingswetgeving.

De GBA vervolgt door te stellen dat de uitvoering van de Europese Dataretentierichtlijn (2006/24/EG) ongeldig werd verklaard door Hof van Justitie in *Digital Rights Ireland* (2014) en dat het Grondwettelijk Hof in 2015 de nationale omzettingwetgeving vernietigde. Er volgde een reparatiewet in 2016 die eveneens werd vernietigd door het Grondwettelijk Hof (in 2021) na het arrest van het Hof van Justitie *La Quadrature du Net* (2020). Gevolg van dit alles is dat de dataretentieplicht (oud art. 126 WEC) *ex tunc* uit Belgische rechtsorde werd verwijderd.

Krachtens het oud art. 122 WEC was een verwerking uitdrukkelijk toegelaten ten behoeve van:

- facturatie (§ 2)
- marketing van hun eigen diensten (§ 3) én
- het opsporen van potentiële fraude (§ 4).

En het is precies naar die laatste paragraaf (opsporen van fraude) dat de GBA verwijst.

Ten overvloede verwijst de GBA in conclusies naar het nieuwe art. 122 § 4 WEC *juncto* art. 121/8 WEC dat telecomoperatoren voortaan verplicht zelfs om noodzakelijke gegevens te bewaren ter voorkoming en opsporing van fraude (ingevoerd door wet 20 juli 2022 en dus na de Bestreden Beslissing).

Het Marktenhof overweegt dat de Bestreden Beslissing in haar randnummers 40 tot en met 55 terecht stelt en motiveert dat een identiteitscontrole in het kader van een omzetting van een prepaid naar een postpaid abonnement mocht plaatsvinden onder het gerechtvaardigde doeleinde van het detecteren van mogelijke fraude.

Terecht stipt de Bestreden Beslissing aan dat de wil van de wetgever er net in bestaat om een goed beschermingsniveau van persoonsgegevens aan de betrokkenen te bieden. De hier aan de orde zijnde (beperkte) verwerking van persoonsgegevens ter controle van de identiteit strekt er juist toe om dat doel te realiseren, door misbruik van persoonsgegevens te voorkomen (randnummer 45).

Y mocht, overeenkomstig (oud) artikel 122, § 4, WEC, de burgerlijke identiteitsgegevens (meer bepaald de naam) van de klager en de derde opvragen en met elkaar vergelijken, om te verifiëren of het om één en dezelfde persoon ging en zo te vermijden dat een onbevoegde toegang zou krijgen tot de elektronische communicatie – en de daarmee verband houdende gegevens – van de klager. Y mocht daarbij controleren of de naam op de identiteitskaart van de derde overeenstemt met de naam van de simkaarthouder in hun bestanden om eventuele fraude op te sporen.

Het derde middel is ongegrond.

Vierde middel – In hoofdorde: de Geschillenkamer stelde ten onrechte inbreuken op de artikelen 5(1) (f), 5(2) 24, 32 van de AVG vast en het vijfde middel – In hoofdorde: de Bestreden Beslissing negeerde de proactieve maatregelen van Y conform artikel 5 (2) van de AVG teneinde de naleving van de voorschriften van de AVG, waaronder de technische en organisatorische maatregelen te waarborgen

In een vierde en vijfde middel betoogt de verzoekende partij dat de Bestreden Beslissing ten onrechte inbreuken zou hebben vastgesteld op de volgende bepalingen van de AVG:

- artikel 5, lid 1, onder f): het beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid;
- artikel 5, lid 2: de verantwoordingsplicht van de verwerkingsverantwoordelijke;
- artikel 24: de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om passende technische en organisatorische maatregelen te nemen om te waarborgen en te kunnen aantonen dat de verwerking in overeenstemming met de AVG wordt uitgevoerd;
- artikel 32: de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om passende technische en organisatorische maatregelen te nemen om een adequaat beveiligingsniveau te waarborgen.

De verzoekende partij tracht deze bewering te staven door erop te wijzen dat:

- zij wel degelijk voldoende proactieve maatregelen neemt om de persoonsgegevens van haar klanten te beveiligen;
- zij zich er bij het nemen van proactieve maatregelen van moet onthouden de wet, te weten artikel 126, § 2, WEC, te schenden.

Volgens de GBA nam Y onvoldoende proactieve maatregelen om het gegevenslek te voorkomen, door de namen van klager en derde niet te vergelijken. Steeds volgens de GBA konden de ‘andere maatregelen’ aangevoerd door Y (audit BIPT, opleiding personeel, aanstelling functionaris voor gegevensbescherming, interne beleidsdocumenten, ...) het gegevenslek niet voorkomen en is zoals hiervoor gesteld het namen verifiëren niet per se in strijd met art. 126, § 2, WEC wanneer het kadert in het opsporen van mogelijke fraude.

Het Marktenhof overweegt dat de Geschillenkamer in de Bestreden Beslissing uitgebreid is ingegaan op beide argumenten van Y (randnummers 38-71 van de Bestreden Beslissing). Zij heeft geoordeeld dat deze argumenten niet overtuigend zijn en heeft haar oordeel ter zake ook afdoende gemotiveerd in de Bestreden Beslissing. Gezien de hogervermelde weerhouden feiten, kon de Geschillenkamer redelijkerwijze tot het besluit komen dat Y, als verwerkingsverantwoordelijke, artikel 5, lid 1, onder f), artikel 5, lid 2, artikel 24 en artikel 32 AVG geschonden heeft door onvoldoende technische en organisatorische maatregelen te nemen om de persoonsgegevens van de klager te beschermen.

De Bestreden Beslissing heeft op de volgende, gemotiveerde wijze betwist dat Y *in casu* voldoende voorzorgsmaatregelen zou hebben genomen om de persoonsgegevens van haar klanten te beveiligen:

“56. De verweerder voert als tweede middel aan dat er wel degelijk proactieve maatregelen werden getroffen teneinde de naleving van de voorschriften van de AVG - waaronder de technische en organisatorische maatregelen - te waarborgen. Verweerder heeft bij conclusie van antwoord onder andere de Werkmethode Veiligheid toegevoegd. Dit interne stuk voor de medewerkers omschrijft hoe er dient te worden omgegaan met persoonsgegevens van klanten en reikt handvatten aan om de vertrouwelijkheid van de gegevens binnen de organisatie van verweerder te waarborgen.

57. Op verschillende plaatsen in de werkmethode wordt erop gewezen dat een volledige identiteitscheck (naam, voornaam, telefoonnummer, als deze er is: klantnummer, geboortedatum, identiteitskaartnummer, adres, bedrag van de laatste factuur en waar en wanneer de activering is aangevraagd) vereist is voor ‘alle vragen in het licht van contractwijziging, zoals; verandering van het tariefplan, verandering adres, P2P, PPP, activering of deactivering van een dienst, vraag om kopie van een factuur en vraag om vertrouwelijke informatie’.

58. In casu vroeg de derde die (later) beschikking kreeg over het telefoonnummer van klager, de omzetting van zijn prepaid-kaart naar een postpaid-abonnement. Hij vroeg derhalve om activering van een nieuwe dienst. Dit betekent dat verweerder ook volgens de eigen werkmethode had moeten vragen naar bijkomende gegevens met als doel het vaststellen van de identiteit van de persoon in kwestie. Door na te laten de identiteit van de derde met zekerheid vast te stellen, heeft verweerder verwijtbaar nalatig gehandeld.

59. Verweerder heeft daarnaast ook de documenten Y overzicht van Technische en Organisatorische maatregelen en Group Security Standard ingebracht in de procedure (zie punt 39 hierboven).

60. Volgens verweerder kan mede uit deze documenten worden afgeleid dat verweerder zich bekommert om te allen tijde de gepaste technische en organisatorische maatregelen te nemen om de persoonsgegevens van haar abonnees te beveiligen. De genomen maatregelen worden door haar ook ieder jaar geëvalueerd en, indien nodig, aangepast. Beide documenten bevatten algemene minimaal te implementeren beveiligingseisen. De Geschillenkamer kan op basis van deze documenten echter niet tot een ander oordeel komen dan dat verweerder in casu tekort is geschoten door de technische en organisatorische maatregelen onvoldoende ten uitvoer te brengen.”

Het vierde en het vijfde middel van de verzoekende partij – zoals geherformuleerd door het Marktenhof - zijn ongegrond

Zesde middel in combinatie met het vierde middel – In hoofdorde: de Bestreden Beslissing oordeelde ten onrechte dat Y niet handelde conform artikelen 33 (en 34) van de AVG

In een vierde en zesde middel betoogt de verzoekende partij dat de Bestreden Beslissing ten onrechte inbreuken zou hebben vastgesteld op de volgende bepalingen van de AVG:

- artikel 33, lid 1: de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om een (risicovolle) inbreuk in verband met persoonsgegevens onverwijld aan de toezichthoudende autoriteit (de GBA) te melden;
- artikel 33, lid 5: de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om alle inbreuken in verband met persoonsgegevens te documenteren.

Tevens meent de verzoekende partij in haar zesde middel dat de Bestreden Beslissing geen inbreuk op artikel 34 AVG had mogen vaststellen. Wat de (vermeende) inbreuk op artikel 34 AVG betreft, kan het Marktenhof in navolging van de GBA kort zijn: de Bestreden Beslissing stelt géén inbreuk op die bepaling vast,⁶ dit in tegenstelling tot de initiële beslissing van de Geschillenkamer van 22 januari 2021 (stuk A.29 van de GBA). De Bestreden Beslissing motiveert als volgt waarom de Geschillenkamer die bepaling in het voorliggende geval niet geschonden acht:

*“82. Verweerder is van mening dat er geen plicht rustte op haar om de klager van het gegevenslek op de hoogte te brengen. Verweerder heeft derhalve nagelaten om nadat hij zelf op de hoogte raakte, klager middels een mededeling op de hoogte te stellen van de toekenning van het telefoonnummer aan een derde. De Geschillenkamer oordeelt dat de melding aan de betrokkene in dit specifieke geval achterwege mocht blijven gezien de bijzondere omstandigheid van dit geval waarbij de betrokkene reeds op de hoogte was van het gegevenslek. De Geschillenkamer oordeelt derhalve dat er **geen inbreuk is vastgesteld op artikel 34 AVG.**”*

De GBA stelt dat de Bestreden Beslissing duidelijk aangeeft dat het hier gaat om een gegevenslek dat een hoog risico inhield voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen, met name de klager, zeker nu de derde toegang kon krijgen tot de *inhoud* van telecommunicatie (telefoonoproepen, sms'en, ...) gericht aan de klager (randnummer 81). Dit risicovolle gegevenslek werd door Y niet onverwijld gemeld aan de GBA, zodat artikel 33, lid 1, AVG werd miskend. Het lek werd door Y bovendien pas gedocumenteerd op de dag waarop de Geschillenkamer Y officieel in kennis stelde van de klacht ingediend bij de GBA, namelijk op 15 april 2020, dit is zeven maanden nadat de feiten hadden plaatsgevonden (stuk A.8 GBA). Daarom besluit volgens de GBA de Geschillenkamer terecht dat ook de documentatieplicht uit artikel 33, lid 5, AVG werd miskend (randnummer 80).

Het Marktenhof overweegt dat de Bestreden Beslissing afdoende motiveert waarom de Geschillenkamer artikel 33, leden 1 en 5, AVG geschonden acht (eigen benadrukking):

“75. De Geschillenkamer is van oordeel dat verweerder er in onderhavig geval niet in is geslaagd aan te tonen dat er voldoende proactieve maatregelen waren genomen om naleving van de AVG te waarborgen. De medewerkers van verweerder hebben allereerst nagelaten een verificatie uit te voeren tussen de identiteiten van de derde en die van klager en [Y]

⁶ Zie het *dictum* van de bestreden beslissing.

heeft vervolgens nagelaten om het gegevenslek te melden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit. Verweerder heeft geen stukken bijgebracht waaruit blijkt dat is voldaan aan de documentatieplicht die op verweerder rustte. Het enige document dat door verweerder werd bijgebracht betreffende een gegevenslek, was een melding van een ander gegevenslek door verweerder aan de Gegevensbeschermingsautoriteit daterend uit het jaar 2019. Uit de stukken van het dossier, hetgeen ter zitting naar voren is gebracht en het feit dat verweerder geen documentatie van het gegevenslek heeft ingebracht, blijkt dat verweerder evenmin voldoet aan de plicht van artikel 33 lid 5 AVG [...].

76. De Geschillenkamer wees er reeds eerder in beslissing 2020/22 op dat: 'de verantwoordingsplicht toegepast op gegevenslekken inhoudt dat op een verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot deze gegevenslekken niet enkel de verplichting rust deze desgevallend overeenkomstig artikelen 33 en 34 AVG te melden aan de toezichthoudende autoriteit en de betrokkenen, doch dat deze eveneens te allen tijde moet kunnen aantonen dat hij de nodige maatregelen heeft genomen om te kunnen voldoen aan deze verplichting'. De Geschillenkamer is van oordeel dat zulks in onderhavig geval niet is aangetoond.

77. In een niet-uitputtende lijst die verwerkingsverantwoordelijken kunnen treffen om aan de verantwoordingsverplichting te voldoen wordt door de Groep 29 verwezen naar onder andere de volgende te nemen maatregelen: het ten uitvoer leggen van en toezicht houden op controleprocedures om te waarborgen dat alle maatregelen niet alleen op papier bestaan maar ook ten uitvoer worden gelegd en in de praktijk functioneren, het vaststellen van interne procedures, het opstellen van een schriftelijk en bindend beleid betreffende gegevensbescherming, het ontwikkelen van interne procedures voor het doeltreffend beheren en rapporteren van inbreuken op de beveiliging.

78. De Geschillenkamer wijst bovendien op een formulier dat bij de conclusie is gevoegd en waarin melding werd gemaakt van een soortgelijk gegevenslek, namelijk het telefoonnummer van een klant die naar een andere operator was overgestapt. Dit telefoonnummer werd ten onrechte als vrij gezien en aan een nieuwe klant toegekend. In het formulier heeft verweerder de vraag 'Wat is de hoogte van de graad of het niveau van de ernst van het gegevenslek voor betrokkenen bij het beoordelen van de risico's voor de rechten en vrijheden van betrokkenen?', notabene beantwoord met 'kritisch' gegevenslek. Hieruit blijkt volgens de Geschillenkamer duidelijk dat ook verweerder de ernst van een dergelijk gegevenslek wel degelijk inziet.

79. De Geschillenkamer stelt derhalve **inbreuken vast op artikel 33 leden 1 en 5 AVG**. De Geschillenkamer wijst erop, dat er in hoofde van de verwerkingsverantwoordelijke een verplichting is om elk gegevenslek, ongeacht of dit risicovol is of niet, te documenteren teneinde informatie te kunnen verstrekken aan de GBA. De verwerking van persoonsgegevens is immers een kernactiviteit van verweerder. Persoonsgegevens kunnen bovendien een grote mate van gevoeligheid hebben voor betrokkenen, onder meer omdat ze een regelmatige en stelselmatige observatie mogelijk maken.

80. *Verweerder brengt bij conclusie een document Data Breach Assessment bij. In dit document is het gegevenslek gedocumenteerd op 15 april 2020, 7 maanden nadat het gegevenslek plaatsvond. In het document valt onder andere het volgende te lezen:*

‘Het incident gaf een derde partij toegang tot de communicatie-inhoud van de klant van een pre-paid kaart gedurende 3,25 dagen. De derde had niet de bedoeling de gegevens te gebruiken, te misbruiken of te verspreiden. De gegevens waren derhalve niet publiekelijk beschikbaar op het internet.

De theoretische impact van de inbreuk is dus zeer groot, aangezien het om de inhoud van de communicatie gaat, en hoewel de waarschijnlijkheid dat de inbreuk gevolgen heeft voor de betrokkene laag is, is het resultaat een algemeen zeer hoog risico.

Maar op basis van de informatie die van de betrokkene is ontvangen, was de met een derde gedeelde communicatie-inhoud waarschijnlijk beperkt tot tweestapsauthenticatiecodes en dit gedurende een periode van 3,5 dagen. Deze tweestapsauthenticatiecodes kunnen niet worden gebruikt door de derde partij die geen toegang heeft tot de inloggegevens van de betrokkene. De gevolgen voor de betrokkene zijn dus beperkt en het risico is bijgesteld tot een laag risico.’

81. Uit de hierboven geciteerde tekst blijkt nogmaals dat verweerder zich wel degelijk bewust was van het feit dat er in casu sprake was van een ‘zeer hoog risico’ aangezien het ging om inhoud van telecommunicatie. Het risico werd terug bijgesteld tot ‘laag’ nadat verweerder te weten was gekomen dat de gedeelde inhoud waarschijnlijk was beperkt tot tweestapsauthenticatiecodes. Aangezien derden geen toegang konden hebben tot de inloggegevens van klager, werd het niveau dus bijgesteld. Zoals de Geschillenkamer reeds eerder opmerkte vormden niet enkel de applicaties die een tweestapsauthenticatie behoeven een risico voor de klager, maar ook zijn telefoon en sms- verkeer werd blootgesteld aan grote risico’s op onder andere fraude die gepleegd had kunnen worden onder zijn naam. De Geschillenkamer oordeelt dat er wel sprake was van een hoog risico.

[...]

83. De Geschillenkamer wijst op onderstaand voorbeeld welke het belang van de mededeling van een gegevenslek aan de betrokkenen en de bevoegde autoriteit, eens te meer duidelijk maakt. Het betreft een voorbeeld in de recentelijk gepubliceerde ‘Guideline on Examples regarding Data Breach Notification’ van de EDPB waarin het contactcentrum van een telecommunicatie-bedrijf wordt gebeld door een persoon die zegt een klant te zijn en vraagt een wijziging van zijn e-mailadres door te voeren zodat de rekeningen voortaan naar dat nieuwe e-mailadres worden gestuurd. De beller geeft de juiste persoonsgegevens van de klant door waarna de facturen voortaan naar het nieuwe e-mailadres worden gestuurd. Wanneer de eigenlijke klant belt met het bedrijf om te vragen waarom hij geen facturen meer ontvangt, beseft het bedrijf dat de facturen naar een ander worden gestuurd.

84. De EDPB overweegt het volgende omtrent bovenstaand voorbeeld :

‘This case serves as an example on the importance of prior measures. The breach, from a risk aspect, presents a high level of risk, as billing data can give information about the data subject’s private life (e.g.habits, contacts)and could lead to material damage (e.g. stalking, risk to physical integrity). The personal data obtained during this attack can also be used in order to facilitate account takeover in this organisation or exploit further authentication measures in other organisations. Considering these risks, the “appropriate” authentication measure should meet a high bar, depending on what personal data can be processed as a result of authentication.’⁷

As a result, both a notification to the SA and a communication to the data subject are needed from the controller. The prior client validation process is clearly to be refined in light of this case. The methods used for authentication were not sufficient. The malicious party was able to pretend to be the intended user by the use of publicly available information and information that they otherwise had access to. The use of this type of static knowledge-based authentication (where the answer does not change, and where the information is not “secret” such as would be the case with a password) is not recommended.’

85. De melding van inbreuken moet worden gezien als een manier om de naleving van de regels inzake de bescherming van persoonsgegevens te verbeteren. Derhalve is er volgens de Geschillenkamer geenszins sprake van ‘kennisgevingsmoeheid’ zoals door verweerder wordt aangehaald. De Groep 29 stelt daarover immers :

‘Verwerkingsverantwoordelijken moeten onthouden dat de melding van een inbreuk aan de toezichthoudende autoriteit verplicht is, tenzij het onwaarschijnlijk is dat de inbreuk een risico voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen inhoudt. Als het waarschijnlijk is dat een inbreuk resulteert in een hoog risico voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen, moeten natuurlijke personen ook worden geïnformeerd. De drempel voor het meedelen van een inbreuk aan personen ligt dus hoger dan die voor het melden van een inbreuk aan de toezichthoudende autoriteiten, en dus hoeven niet alle inbreuken aan personen te worden gemeld, waardoor ze worden beschermd tegen onnodige kennisgevingsmoeheid.’

⁷ Vrije vertaling [gegeven in voetnoot 25 van de bestreden beslissing]: “Deze casus dient als voorbeeld over het belang van het treffen van voorafgaande maatregelen. De inbreuk vormt vanuit risicoaspect een hoog risico, aangezien factureringsgegevens informatie kunnen geven over het privéleven van de betrokkene (bijv. gewoonten, contacten) en kunnen leiden tot materiële schade (bijv. stalking, risico voor fysieke integriteit). De persoonsgegevens die bij deze aanval worden verkregen, kunnen ook worden gebruikt om accountovername in deze organisatie te vergemakkelijken of om verdere authenticatiemaatregelen bij andere organisaties te benutten. Gezien deze risico's moet de ‘passende’ authenticatiemaatregel aan eisen voldoen en afhankelijk daarvan kan worden bepaald van welke persoonsgegevens kunnen worden verwerkt.”

Wanneer er een inbreuk in verband met persoonsgegevens plaatsvindt of heeft plaatsgevonden, kan dit leiden tot materiële of immateriële schade aan natuurlijke personen of enige andere economische, lichamelijke of sociale schade voor de betrokken persoon. Derhalve dient de verwerkingsverantwoordelijke in de regel zodra hij kennis neemt van een inbreuk in verband met persoonsgegevens met een risico voor de rechten en vrijheden van betrokkenen, de toezichthoudende autoriteit zonder onnodige vertraging en, indien mogelijk, binnen 72 uur op de hoogte te stellen van de inbreuk. Daardoor kan de toezichthoudende autoriteit haar taken en bevoegdheden, zoals vastgelegd in de AVG, naar behoren uitvoeren."

Uit het voorgaande kan geenszins worden afgeleid dat Y louter op basis van *vermoedens* zou zijn gesanctioneerd, in tegenstelling tot wat Y betoogt. Het risico op misbruik van persoonsgegevens staat immers onmiskenbaar vast indien een derde beschikking krijgt over het telefoonnummer van iemand anders.

De Geschillenkamer is het dan ook terecht oneens met de stelling van Y dat het risico voor de rechten en vrijheden van klager "niet waarschijnlijk" was en dat de klager *alleen praktische ongemakken* ondervonden zou hebben doordat zijn telefoonnummer aan een derde werd doorgegeven.

Zoals de Bestreden Beslissing ook verderop nog benadrukt (randnummer 94), gaat het *in casu* immers om "telecomgegevens waaruit precieze gegevens omtrent het privéleven van een persoon kunnen worden ontleend" en bestaat er tevens "een potentieel gevaar op het plegen van frauduleuze handelingen in naam van die persoon". In dergelijke omstandigheden kan er uiteraard geen sprake zijn van een "onwaarschijnlijk" risico.

Om deze redenen, kon de Geschillenkamer redelijkerwijze een inbreuk vaststellen op artikel 33, lid 1, AVG, alsook van artikel 33, lid 5, AVG.

Het vierde en zesde middel van de verzoekende partij – zoals geherformuleerd door het Marktenhof zijn derhalve ongegrond.

Zevende middel – In ondergeschikte orde: de Geschillenkamer legde disproportionele maatregelen op

Een zevende middel leidt de verzoekende partij af uit de vermeende schending van het evenredigheidsbeginsel bij het opleggen van de sanctie, te weten een administratieve geldboete van 20.000 euro.

Hoewel het boetebedrag met 5.000 euro is verlaagd ten opzichte van de initiële beslissing, zou het volgens de verzoekende partij nog steeds onevenredig hoog zijn, omdat Y wél de nodige technische en organisatorische maatregelen zou hebben genomen om het gegevenslek te voorkomen, zij de zaak grondig zou hebben onderzocht en het gegevenslek slechts een beperkte schade teweeg zou hebben gebracht aan de klager.

Het zou volgens Y slechts gaan om een beperkte inbreuk op de AVG, waarbij slechts één persoon betrokken was en die slechts een korte tijd heeft geduurd. Bovendien zou er geen kwaad opzet aanwezig zijn in hoofde van Y, maar gaat het hoogstens om een nalatigheid.

Tot slot meent Y ook dat de opgelegde boete “in schril contrast” zou staan met beslissingen van de Geschillenkamer in andere dossiers, namelijk beslissingen nrs. 01/2022 en 25/2022.

De GBA doet gelden dat de geldboete proportioneel is en afdoende werd gemotiveerd rekening houdend met de relevante criteria uit art. 83, lid 2, AVG en met name :

- de ernst van de inbreuken op de AVG
 - de aard gelekte gegevens (inhoud telecommunicatie)
 - het fraudegevaar voor betrokkene
 - gegevensverwerking is wel kernactiviteit van Y en Y moet derhalve garanderen dat diensten veilig zijn
 - er was geen (tijdige) melding van het lek aan de GBA
- de duur van de inbreuk
- de noodzaak van een afschrikkend effect van de sanctie.

Het Marktenhof overweegt dat de Geschillenkamer een ruime beoordelingsmarge heeft bij het bepalen van de sanctie op inbreuken op het gegevensbeschermingsrecht die zij vaststelt, waarbij zij uiteraard de grenzen van het evenredigheidsbeginsel moet respecteren.

Het Marktenhof, oordelend met volle rechtsmacht, voert een legaliteits- en een proportionaliteitstoetsing van de sanctie door en zal de geldboete (enkel) verlagen of ongedaan maken bij ernstige en bewezen omstandigheden waarmee de Geschillenkamer geen of onvoldoende rekening zou gehouden hebben.

Het Marktenhof controleert de motivering van de Geschillenkamer. Die motivering moet noodzakelijkerwijze steunen op de concrete omstandigheden van het dossier dat voorligt en niet op beslissingen die de Geschillenkamer (of het Marktenhof) eerder heeft genomen in andere zaken zoals Y ten onrechte aanvoert.

De Geschillenkamer heeft in de Bestreden Beslissing afdoende motieven gegeven voor de administratieve geldboete van 20.000 euro. Tevens heeft ze Y de mogelijkheid gegeven om uitvoerig te reageren op haar voornemen om die geldboete op te leggen (stukken A.57 en A.58 dossier GBA), zoals het Marktenhof heeft vooropgesteld. Met name achtte de Geschillenkamer een boete van 20.000 euro om de volgende redenen gerechtvaardigd (randnummers 94-98):

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

a.) De ernst van de inbreuk: de Geschillenkamer stelt vast dat het gegevenslek onder andere te wijten is aan nalatigheid aan de kant van verweerder. Bovendien heeft verweerder nagelaten het lek te melden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit en te kennen gegeven dat in casu geen sprake is van een waarschijnlijk hoog risico voor de rechten en plichten van klager waardoor er geen meldplicht zou bestaan voor verweerder. Het feit dat het in casu gaat om telecomgegevens waaruit precieze gegevens omtrent het privéleven van een persoon kunnen worden ontleend alsook het potentieel gevaar op het plegen van frauduleuze handelingen in naam van die persoon maken dat er sprake is van een ernstige inbreuk.

b.) De duur van de inbreuk: de inbreuk heeft vier dagen geduurd, wat een aanzienlijke termijn is in het licht van het hiervoor geduide potentieel gevaar.

c.) De op te leggen boete is dermate afschrikwekkend om dergelijke inbreuken in de toekomst te voorkomen. De Geschillenkamer herhaalt in deze context dat een boete van 20.000 EUR kan worden aangemerkt als een zeer geringe boete in verhouding tot de vastgestelde inbreuken en de omzet die blijkt uit de jaarcijfers van verweerder.

95. De Geschillenkamer wijst erop dat de andere criteria van art. 83.2. AVG in dit geval niet van aard zijn dat zij leiden tot een andere administratieve geldboete dan die welke de Geschillenkamer in het kader van deze beslissing heeft vastgesteld.

96. Ten overvloede wijst de Geschillenkamer nog op de richtsnoeren omtrent de berekening van administratieve boetes (Guidelines 04/2022 on the calculation of administrative fines under the GDPR) die de EDPB op 16 mei 2022 op haar website heeft gepubliceerd, ter consultatie. Aangezien deze richtsnoeren nog niet definitief zijn, heeft de Geschillenkamer besloten deze nog niet in aanmerking te nemen voor het bepalen van de hoogte van de boete in de onderhavige procedure.

97. Verweerder heeft in haar reactie op het voornemen tot opleggen van een boete bezwaar gemaakt tegen de hoogte van de voorgenomen geldboete. Uit dit dossier is volgens de Geschillenkamer echter gebleken dat er sprake was van onzorgvuldigheid en nalatigheid naar bescherming van persoonsgegevens van betrokkene toe. Het verwerken van persoonsgegevens maakt immers een kernactiviteit uit van de verweerder waardoor het van doorslaggevend belang is dat de persoonsgegevens worden verwerkt conform de AVG.

98. De feiten, omstandigheden en vastgestelde inbreuken rechtvaardigen derhalve 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.”

De elementen die de verzoekende partij in haar verzoekschrift aanhaalt om te betogen dat de geldboete te hoog zou zijn, werden allemaal ook opgeworpen in de reactie die Y heeft gegeven op het sanctieformulier en werden wel degelijk in overweging genomen door de Geschillenkamer in haar uiteindelijke beslissing.

De mogelijkheid tot het opleggen van boetes is niet heiligmakend, maar verhoogt ontegensprekelijk de draagkracht en impact van een beslissing van de Geschillenkamer ten opzichte van een eenvoudige berisping of waarschuwing. Het komt aan de Geschillenkamer toe daarin een keuze te maken en die afdoende te motiveren hetgeen *in casu* het geval is.

De Geschillenkamer kan uiteraard ook niet verplicht worden om het boetebedrag dat zij oplegt in een bepaald dossier te verantwoorden in het licht van de boetebedragen die zij in andere dossiers heeft opgelegd. Elk dossier vergt een beoordeling *in concreto*, waarbij alle relevante elementen van de voorliggende zaak in aanmerking moeten worden genomen.

Op het argument van Y dat de Geschillenkamer geen rekening zou gehouden hebben met de volgende ‘verzachtende omstandigheden’ (het nemen van maatregelen door Y geen eerdere relevante inbreuken door Y, grote mate van betrokkenheid van Y, geen aangetoonde schade in hoofde van de klager...) doet het Marktenhof opmerken dat zij niet van aard zijn in dit concrete dossier te leiden tot een andere (lagere) administratieve geldboete dan die welke de Geschillenkamer in het kader van de Bestreden Beslissing heeft vastgesteld.

Het Marktenhof is immers na nazicht van oordeel dat de geldboete niet onevenredig is en afdoende werd gemotiveerd door de Geschillenkamer.

Het zevende middel is ongegrond.

Achtste middel – vraag naar verhoogde rechtsplegingsvergoeding

De vordering van de verzoekende partij om de GBA te horen veroordelen tot een verhoogde rechtsplegingsvergoeding van 15.000,00 euro (i.e. het maximumbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen) wordt afgewezen. In het licht van al het bovenstaande is het 8^{ste} middel ongegrond.

Aangezien het Marktenhof de GBA in het gelijk stelt, wordt verzoekende partij veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan de GBA te begroten op het geïndexeerde basisbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen, te weten 1.800,00 euro.

OM DEZE REDENEN,

HET HOF,

Rechtdoende op tegenspraak ;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het beroep van verzoekster ontvankelijk maar ongegrond;

Veroordeelt verzoekster tot de gerechtskosten verbonden aan het beroep, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding van EUR 1.800 EUR.

Veroordeelt verzoekster, overeenkomstig artikel 269/2 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten tot betaling aan de Belgische Staat, FOD Financiën, van het rolrecht hoger beroep ten bedrage van 400,00 euro, en tot het definitief ten laste nemen van de bijdrage van € 22,00 Budgetair Fonds;

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 19^e kamer A van het hof van beroep te Brussel op 22 februari 2023,

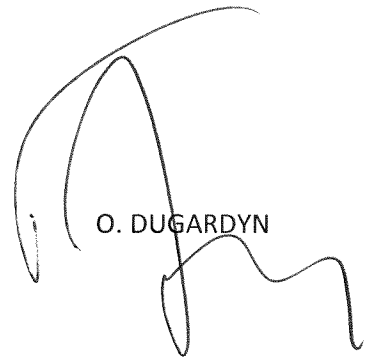
waar aanwezig waren:

Mevr. A-M. WITTERS,
Dhr. F. FOGLI,
Dhr. O. DUGARDYN,
Dhr. S. DE COOMAN,

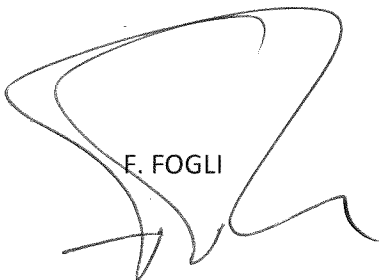
Raadsheer,
Raadsheer,
Plaatsvervangend Raadsheer,
Griffier,



S. DE COOMAN



O. DUGARDYN



F. FOGLI



A-M. WITTERS