



Uitgifte

Repertoriumnummer 2021/
Datum van uitspraak 6 oktober 2021
Rolnummer 2021/AR/576

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

× Niet aan te bieden aan de
ontvanger

N°

Hof van beroep Brussel

Arrest

19^e kamer A,
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00002324034-0001-0037-02-01-1



Y, [...]

vertegenwoordigd door mr. Dirk Geens, advocaat loco mr. Jean HENDRICKX, advocaat te 2018 ANTWERPEN, Lange Lozanastraat 24,

tegen

De **GEGEVENS BESCHERMINGS AUTORITEIT**, onafhankelijke openbare instelling met rechtspersoonlijkheid, met maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Drukpersstraat 35 en met KBO-nummer 0694.679.950, geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. CLOOTS Elke en ROETS Joost, advocaten te 2018 ANTWERPEN, Oostenstraat 38 bus 201,

1. Rechtsmacht van het Marktenhof:

Het hof put zijn rechtsmacht uit een verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 12 april 2021 door [...] (hierna "Y") tegen de GEGEVENS BESCHERMINGS AUTORITEIT (hierna "GBA").

Het beroep is gericht tegen de beslissing ten gronde 36/2021 van 15 maart 2021 van de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit, gekend onder dossiernummer DOS-2019-03499 met als titel: "*Gebruik van Smartschool voor het uitvoeren van een enquête 'welbevinden' bij minderjarige leerlingen zonder toestemming van de ouders (heroverweging na arrest Marktenhof)*", hierna de "bestreden beslissing" genoemd.

2. De vorderingen voor het Marktenhof:

Bij conclusie neergelegd ter griffie op 11 augustus 2021 vordert Y:

Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren. Dienvolgens, de oordelen als volgt:

PAGE 01-00002324034-0002-0037-02-01-4



In hoofdorde, de beslissing van 15 maart 2021 van de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit (beslissing ten gronde 36/2021 - dossiernummer: DOS-2019-03499) te vernietigen en te verklaren voor recht dat geen administratieve geldboete kan worden opgelegd aan appellant.

In ondergeschikte orde, de beslissing van 15 maart 2021 van de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit (beslissing ten gronde 36/2021 - dossiernummer: DOS-2019-03499) te hervormen zodoende dat in casu geen administratieve geldboete dient opgelegd te worden, dan wel dat het bedrag van deze administratieve geldboete te beperken tot 1 euro, dan wel uiterst ondergeschikt tot 500 euro.

In elk geval, geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van het geding, waaronder een rechtsplegingsvergoeding van 1.560 euro (het basisbedrag van een niet in geld waardeerbare vordering).

Bij syntheseconclusie neergelegd op 1 september 2021 vordert de GBA:

- *In hoofdorde: te verklaren dat de vordering van appellante ongegrond is;*
- *In ondergeschikte orde: alvorens ten gronde uitspraak te doen, de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen:*

1. “Dient artikel 83.7 AVG, gelezen in samenhang met de artikelen 20 en 21 van het EU-Handvest en met artikel 107.1 VWEU, zo te worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat om privaatrechtelijke rechtspersonen die ten behoeve van het algemeen belang goederen of diensten aanbieden op een markt, vrij te stellen van administratieve geldboeten, maar publiekrechtelijke rechtspersonen die ten behoeve van het algemeen belang dezelfde activiteit uitoefenen, niet?”

2. “Kan het toepassingsgebied van artikel 83.7 AVG zo ruim worden uitgelegd dat een lidstaat een gesubsidieerde private onderwijsinstelling die secundair onderwijs verstrekt, zoals aan de orde in het hoofdgeding, geheel mag vrijstellen van administratieve geldboeten voor inbreuken op de AVG, rekening houdend met de wil van de Uniewetgever om de handhaving van de Europese gegevensbeschermingsregels te versterken en te harmoniseren, met name via een boetestelsel, alsook met het feit dat dergelijke onderwijsinstellingen persoonsgegevens van grote groepen kinderen en minderjarigen verwerken, aan wie de AVG een bijzondere bescherming verleent?”

- *Hoe dan ook, appellante te veroordelen tot de kosten van het geding, m.i.v. het geïndexeerde basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor niet in geld waardeerbare vorderingen, namelijk 1.560 euro.*



3. De feiten:

De verschillende partijen geven een eigen feitenrelaas.

Het Marktenhof herneemt hierbij het feitenrelaas zoals dat voorkomt in de bestreden beslissing.

De Geschillenkamer van de GBA vat als volgt samen:

1. Deze beslissing is een heroverweging van beslissing 31/2020 van de Geschillenkamer van 16 juni 2020, en geeft uitvoering aan het arrest van het Marktenhof van 18 november 2020, met nummer 2020/AR/990.
2. Deze beslissing moet worden gelezen in samenhang met beslissing 31/2020 en bevat een heroverweging die is beperkt tot de elementen van laatstgenoemde beslissing die niet door het Marktenhof zijn vernietigd.
3. Op 22 juli 2019 diende klager een klacht in bij de Gegevensbeschermingsautoriteit tegen verweerder.

Het voorwerp van de klacht betreft de enquête "welbevinden" die aan de leerlingen van het Z via het systeem Smartschool werd voorgelegd aan zijn minderjarige leerlingen. Daarbij zouden een aantal bepalingen van de AVG zijn geschonden. De klager stelt dat er een gebrek is aan informatieverstrekking, de toestemming van de ouders is vereist voor het uitvoeren van de enquête, er gebruik wordt gemaakt van een dienst van de informatiemaatschappij en er meer gegevens worden verwerkt dan noodzakelijk voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt. Volgens de klager had ook een gegevensbeschermingseffectbeoordeling moeten worden uitgevoerd door de verweerder, maar is dit niet gebeurd.

4. Op 6 augustus 2019 wordt de klacht ontvankelijk verklaard op grond van de artikelen 58 en 60 van de wet van 3 december 2017, wordt de klager hiervan in kennis gesteld op grond van art. 61 van de wet van 3 december 2017 en wordt de klacht op grond van art. 62, §1 van de wet van 3 december 2017 overgemaakt aan de Geschillenkamer.
5. Op 27 augustus 2019 beslist de Geschillenkamer op grond van art. 95, §1, 1° en art. 98 van de wet van 3 december 2017 dat het dossier gereed is voor behandeling ten gronde.



6. Op 28 augustus 2019 worden de betrokken partijen per aangetekende zending in kennis gesteld van de bepalingen zoals vermeld in artikel 95, §2, alsook van deze in art. 98 van de wet van 3 december 2017. Ook werden de betrokken partijen op grond van art. 99 van de wet van 3 december 2017 in kennis gesteld van de termijnen om hun verweermiddelen in te dienen. De uiterste datum voor ontvangst van de conclusie van repliek van de klager werd daarbij vastgelegd op 7 oktober 2019 en voor de verweerder 7 november 2019.
7. Op 9 september 2019 meldt de verweerder aan de Geschillenkamer dat hij kennis heeft genomen van de klacht, vraagt hij een kopie van het dossier (art. 95, §2, 3° van de wet van 3 december 2017) en aanvaardt hij elektronisch alle communicatie omtrent de zaak (art. 98, 1° van de wet van 3 december 2017).
8. Op 11 september 2019 wordt een kopie van het dossier aan de verweerder overgemaakt.
9. Op 26 september 2019 ontvangt de Geschillenkamer de conclusie van antwoord vanwege de verweerder. Verweerder stelt in de conclusie dat zij zich voor de enquête baseert op een wettelijke verplichting en geen toestemming is vereist, waaruit volgens de verweerder ook zou volgen dat artikel 8 AVG niet van toepassing zou zijn. De verweerder ontkent ook dat er bijzondere categorieën van persoonsgegevens in de zin van art. 9.1 AVG zouden worden verwerkt op basis van de enquête. De verweerder geeft ook een uiteenzetting van de wijze waarop de gegevens na afname van de enquête worden verwerkt (wie heeft inzage in de individuele enquête, bewaring van de algemene gegevens (geanonimiseerd) op klasniveau, verwijdering van de ingevulde enquêtes aan het einde van het schooljaar). De volgende enquête zou worden gebaseerd op de 'vragenlijst welbevinden' gebruikt door de onderwijsinspectie teneinde het beginsel van minimale gegevensverwerking te respecteren. Ten slotte wordt een voorstel van brief toegevoegd, zodat de school in de toekomst ouders en leerlingen beter kan informeren over het doeleinde van de bevraging.
10. Op 23 oktober 2019 ontvangt de Geschillenkamer de conclusie van repliek van de klager. Daarin wordt omstandig antwoord gegeven op de conclusie van antwoord van de verweerder en worden een aantal nieuwe elementen vermeld die nog niet in de klacht aan bod kwamen:



- Volgens de klager is Y de inrichtende macht boven de school Z én het vrij Centrum voor leerlingenbegeleiding W, maar aangezien een CLB onafhankelijk moet kunnen optreden, lijken zij op te treden als gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken.
- De klager geeft een overzicht van de bepalingen waarop volgens hem een inbreuk is

gepleegd. Hij vraagt ook:

1. dat aan de verweerder een geldboete zou worden opgelegd,
 2. dat alle betrokkenen worden geïnformeerd over de gepleegde feiten (in 2016 en 2018, en desgevallend ook voor de enquête 2017) die een inbreuk in verband met persoonsgegevens zouden betreffen,
 3. alsook dat de beslissing van de Geschillenkamer op de websites van de verweerder en CLB, alsook aan alle ouders via Smartschool zou worden meegedeeld.
11. Op 8 november 2019 ontvangt de Geschillenkamer de conclusie van repliek van de verweerder, waarin nader wordt ingegaan op de rechtmatigheid van de verwerking; de aanduiding van de verwerkingsverantwoordelijke; de toestemmingsvereiste en het niet van toepassing zijn van artikel 8 AVG; het beginsel van minimale gegevensverwerking, de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke tot het verstrekken van transparante informatie en argumentatie ter ondersteuning van de stelling dat geen gegevensbeschermingseffectbeoordeling noodzakelijk is.
12. Op 4 mei 2020 heeft de Geschillenkamer aan de verweerder het voornemen kenbaar gemaakt om over te gaan tot het opleggen van een administratieve geldboete, alsmede het bedrag daarvan teneinde de verweerder de gelegenheid te geven zich te verdedigen, voordat de sanctie effectief wordt opgelegd.
13. Op 22 mei 2020 ontvangt de Geschillenkamer de reactie van de verweerder op het voornemen tot het opleggen van een administratieve geldboete, alsmede het bedrag daarvan.
- De verweerder herneemt de argumentatie uiteengezet in de conclusies om te stellen dat de verwerking rechtmatig is op grond van het decreet van 27 april 2018 betreffende de leerlingenbegeleiding in het basisonderwijs, het secundair onderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding, alsook om te stellen dat artikel 8.1 AVG niet van toepassing zou zijn.



De verweerder benadrukt ook reeds tegemoet te zijn gekomen aan eerdere opmerkingen.

Ten slotte voert de verweerder ook aan dat de Geschillenkamer geen administratieve geldboete kan opleggen, aangezien de verweerder zijnde een onderwijsinstelling gefinancierd door de Vlaamse Gemeenschap het verstrekken van onderwijs tot doel heeft, hetwelk een taak van algemeen belang is. Hieruit volgt volgens de verweerder dat hij als "overheid" moet worden beschouwd in de zin van artikel 5 van de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, en daardoor artikel 221, §2 van diezelfde wet van toepassing zou zijn.

14. Op 16 juni 2020 oordeelt de Geschillenkamer in haar Beslissing ten gronde 31/2020 als volgt: - op grond van art. 100, §1, 9° WOG, de verweerder te bevelen dat de verwerking in overeenstemming wordt gebracht met art. 5.1.a); art. 12.1. en 13.1. c) en d) en 13.2. b) AVG. - op grond van art. 100, §1, 13° WOG en art. 101 WOG een administratieve geldboete op te leggen van 2000 EUR ingevolge de inbreuken op artikel 5.1. a), artikel 5.1. c), artikel 6.1., artikel 8, artikel 12.1. en artikel 13 AVG.
15. Op 23 juli 2020 ontvangt de Geschillenkamer vanwege het Hof van beroep te Brussel de kennisgeving van een verzoekschrift tegen de GBA, neergelegd ter griffie van het Hof.
16. Op 2 september 2020 vindt de inleidingszitting voor het Marktenhof plaats, waarbij de conclusietermijnen voor de partijen worden vastgelegd, alsook wordt de zaak vastgesteld voor pleidooien op de zitting van 21 oktober 2020.
Op 18 november 2020 velst het Marktenhof arrest.
Het arrest¹ bevat in hoofdlijnen de volgende aandachtspunten aangaande de beoordeling van het voorwerp van het verzoekschrift:
 - Verwerping van de middelen aangevoerd door de verweerder met betrekking tot de inbreuken vastgesteld door de Geschillenkamer op artikel 6.1 AVG, alsook artikel 8 en 5.1 c) AVG
 - Vernietiging van beslissing ten gronde nr. 31/2020 van 16 juni 2020, enkel in de mate dat aan de verweerder wordt bevolen om de verwerking in overeenstemming te brengen met de artikelen 5.1 a), 12.1, 13.1 c) en d) en 13.2 b) AVG en een administratieve geldboete van € 2.000,00 wordt opgelegd.



Het Marktenhof doet niet alleen de beslissing van 16 juni 2020 van de Geschillenkamer van gedeeltelijk teniet, maar zegt ook dat de Geschillenkamer binnen een tijdspanne van vier maanden vanaf de datum van uitspraak van het arrest, de beslissing tot het opleggen van een administratieve geldboete zal heroverwegen en hermotiveren.

Het Hof stelt de zaak ter controle door het Marktenhof op de openbare terechtzitting van 14 april 2021.

17. In opvolging van het arrest beslist de Geschillenkamer thans om na te gaan of, en desgevallend, in welke mate de administratieve geldboete moet worden gehandhaafd.

¹ Het arrest is beschikbaar op de website van de Gegevensbeschermingsautoriteit via volgende link: <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/tussenarrest-van-02-september-2020-van-het-marktenhof.pdf>

4. Het juridisch kader van de rechtsmacht van het Marktenhof:

De materie wordt geregeld door de Belgische Wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna WOG).

Wat aanhangig maken en ontvankelijkheid van een klacht of een verzoek gelden de artikelen 58 en volgende.

De procedure voor de geschillenkamer en het verhaal ertegen wordt geregeld in afdeling 3 “Procedure voor de geschillenkamer”.

De toepasselijke regel van de AVG ¹ is de volgende:

*“Art. 83 Algemene voorwaarden voor het opleggen van administratieve geldboeten
[...]*

*7. Onverminderd de bevoegdheden tot het nemen van corrigerende maatregelen van de toezichthoudende autoriteiten overeenkomstig artikel 58, lid 2, kan elke lidstaat regels vaststellen betreffende de vraag of en in hoeverre administratieve geldboeten kunnen worden opgelegd aan in die lidstaat gevestigde overheidsinstanties en overheidsorganen.
[...]*”

Wat de wet Gegevensbescherming (GBW) ² betreft:

¹ Verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)

- Artikel 5 (inzonderheid 2°):

“De definities van de Verordening zijn van toepassing.

Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder “overheid”:

1° de Federale Staat, de deelstaten en lokale overheden;

2° de rechtspersonen van publiek recht die van de Federale Staat, de deelstaten of lokale overheden afhangen;

3° de personen, ongeacht hun vorm en aard, die:

- *opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn; en*
- *rechtspersoonlijkheid hebben; en*
- *waarvan hetzij de activiteiten in hoofdzaak door de overheden of instellingen vermeld in de bepalingen onder 1° of 2°, worden gefinancierd, hetzij het beheer onderworpen is aan toezicht door deze overheden of instellingen, hetzij de leden van het bestuursorgaan, leidinggevend orgaan of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door deze overheden of instellingen zijn aangewezen;*

4° de verenigingen bestaande uit één of meer overheden als bedoeld in de bepalingen onder 1°, 2° of 3°.”

- Artikel 221 § 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.”

5. De ingeroepen middelen.

5.1.

Y ontwikkelt geen eigenlijke middelen in de zin van artikel 744, 3° Ger. W., maar zij laat gelden:

In een eerste middel (onder hoofding B) benadrukt appellant dat het onmogelijk is om in casu een administratieve geldboete op te leggen, ongeacht of het al dan niet gepast voorkomt om een administratieve geldboete op te leggen.

In een tweede middel (onder hoofding C) wijst appellant erop dat, in het enkele geval zou blijken dat het mogelijk zou zijn om een administratieve geldboete op te leggen, quod certe non, er rekening houdende met de concrete omstandigheden geen administratieve geldboete moet worden opgelegd, dan wel dat de administratieve

² Wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.



geldboete in elk geval dient beperkt te worden tot het absolute minimum (1 euro) om de goede werking van de school (een doelstelling van algemeen belang) te vrijwaren, dan wel uiterst ongeschikt tot 500 euro.

5.2.

De GBA laat gelden:

3.1. Eerste verweermiddel: appellante is als vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling niet vrijgesteld van administratieve geldboeten voor inbreuken op de AVG (verweer tegen eerste middel van appellante, zoals uiteengezet onder titel B van het verzoekschrift)

(a) Eerste onderdeel van het verweermiddel: appellante valt als vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling niet onder de vrijstelling van administratieve geldboeten zoals bepaald in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming

(b) Tweede onderdeel van het verweermiddel: appellante valt als vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling hoe dan ook niet onder het begrip “overheidsinstanties en overheidsorganen” uit artikel 83.7 AVG

1. De AVG bevat geen definitie van het overheidsbegrip in artikel 83.7 AVG

2. Het overheidsbegrip in artikel 83.7 AVG moet restrictief worden uitgelegd

3. De interpretatie die appellante aan artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming geeft is niet in overeenstemming met een restrictieve uitlegging van het overheidsbegrip uit artikel 83.7 AVG

4. In ondergeschikte orde: verzoek om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over de uitlegging van artikel 83.7 AVG

3.2. Tweede verweermiddel: de Geschillenkamer kon redelijkerwijze oordelen dat een administratieve geldboete van 1.000 euro evenredig was in deze zaak en heeft haar beslissing ter zake deugdelijk gemotiveerd (verweer tegen tweede middel van appellante, zoals uiteengezet onder titel C van het verzoekschrift)

6. Beoordeling.

6.0. - voorafgaand - De beslissing over een concrete klacht versus het betrachten om principesbeslissingen te poneren.



Het Marktenhof stelt vast dat de Geschillenkamer van de GBA, nadat de eerder genomen beslissing door het Marktenhof was vernietigd, de thans bestreden beslissing heeft genomen waarbij een administratieve boete van € 1.000 wordt opgelegd aan Y maar met de eigenlijke bedoeling om, door het opleggen van “een sanctie” een principebeslissing uit te lokken over de vragen naar toepasselijkheid en uitlegging van artikel 221 § 2 GBW.

De enkele omstandigheid dat de bestreden beslissing 33 randnummers (van nummer 18 tot nummer 51) besteedt om de toepassing van de mogelijkheid om aan Y een administratieve geldboete te kunnen opleggen te motiveren, geeft hiervan blijk.

Het Marktenhof heeft geen rechtsmacht om te reguleren en zich te mengen in de politieke keuzes of opportuniteiten van de GBA, haar rechtsmacht is beperkt tot een stipte beoordeling van de gegrondheid of niet van de grieven tegen een welbepaalde concrete beslissing³.

Het Marktenhof zal de grieven tegen de bestreden beslissing dan ook beoordelen op basis van de feiten, documenten, argumenten en middelen die in deze specifieke rechtszaak worden ontwikkeld en voorgebracht, zonder dat deze beoordeling enige precedentswaarde kan hebben voor andere eventuele geschillen.

6.1. Inbreuken op de artikelen 5.1.c., 6.1 en 8 AVG

In de bestreden beslissing oordeelt de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit, om haar beslissing 31/2020 van 16 juni 2020 te herzien en de verweerder op grond van art. 100, §1, 13° WOG en art. 101 WOG een administratieve geldboete op te leggen van € 1.000,00 ingevolge de inbreuk op artikel 5.1. c), artikel 6.1. en artikel 8 AVG. De gegevensverwerking is enkel rechtmatig voor zover de gegevensverwerker zich kan beroepen op één van de gronden voorzien in artikel 6.1 AVG.

De materialiteit van de inbreuken wordt door Y niet (meer) betwist.

6.2. Vrijstelling van administratieve geldboete overeenkomstig artikel 83.7 AVG en artikel 221 § 2 GBW?

Bij arrest van 18 november 2020 overwoog het Marktenhof dienaangaande:

“6.5.1.

De bestreden beslissing legt aan Y een administratieve geldboete op van € 2.000,00 voor de inbreuken op artikel 5.1.a), artikel 5.1.c), artikel 6.1, artikel 8, artikel 12.1 en artikel 13 AVG.

6.5.2.

³ Vgl. Marktenhof 30/6/2021, 2020 AR 1111.

Het Marktenhof zou vooreerst moeten onderzoeken of te dezen als sanctie een administratieve geldboete dient te worden opgelegd. Y betwist het principe van de sanctie die bestaat in het opleggen van een geldboete evenwel niet. Zonder *ultra petita* te oordelen kan het Marktenhof dan ook niet onderzoeken of de inbreuken wel als sanctie het opleggen van een administratieve boete rechtvaardigen.

6.5.3.

Y betwist wel dat haar een geldboete kan opgelegd worden. Artikel 83.7 AVG bepaalt dat onverminderd de bevoegdheden tot het nemen van corrigerende maatregelen van de toezichthoudende autoriteiten overeenkomstig artikel 58, lid 2, elke lidstaat regels kan vaststellen betreffende de vraag of en in hoeverre administratieve geldboeten kunnen worden opgelegd aan in die lidstaat gevestigde overheidsinstanties en overheidsorganen.

Artikel 5.3° GBW definieert het begrip *overheid* als:

“de personen, ongeacht hun vorm en aard, die:

- *opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn; en*
- *rechtspersoonlijkheid hebben; en*
- *waarvan hetzij de activiteiten in hoofdzaak door de overheden of instellingen vermeld in de bepalingen onder 1° of 2°, worden gefinancierd, hetzij het beheer onderworpen is aan toezicht door deze overheden of instellingen, hetzij de leden van het bestuursorgaan, leidinggevend orgaan of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door deze overheden of instellingen zijn aangewezen;”*

Artikel 221, § 2, GBW, dat artikel 83.7 AVG implementeert stelt:

“[...] § 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.”



6.5.4.

Met betrekking tot het *middel* dat Y een overheidsinstantie zou zijn en zich dienvolgens zou kunnen beroepen op de uitzondering van artikel 83.7 AVG stelt de beslissing enkel (GBA stuk 12, nummer 52):

“naar het oordeel van de Geschillenkamer valt een privaatrechtelijke organisatie als Y hier niet onder, ook al voert deze organisatie taken uit in het openbaar belang op het gebied van het onderwijs.”

De Geschillenkamer van de GBA argumenteert verder enkel dat op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie moet geoordeeld worden dat uitzonderingen strikt moeten uitgelegd worden.

De Geschillenkamer beoordeelt de uitzondering van artikel 221 § 2 GBW niet.

In haar *“verweer m.b.t. voorgenomen geldboete van 22 mei 2020”* (stuk 11 GBA) had Y laten gelden dat zij zich beriep op het feit dat zij als onderwijsinstelling een overheid is in de zin van artikel 5, 3° GBW. Daarbij argumenteerde zij dat haar doelstelling ligt in het verstrekken van onderwijs hetgeen een taak van algemeen belang uitmaakt, dat zij rechtspersoonlijkheid heeft en dat haar activiteiten hoofdzakelijk gefinancierd worden door de Vlaamse Gemeenschap (lonen voor het personeel en werkingstoelagen voor de leerlingen) en tenslotte dat zij geen activiteit van industriële of commerciële aard heeft.

6.5.5.

De Geschillenkamer achtte dit argument van Y niet overtuigend (overw. 50-53 bestreden beslissing). Zij wees op de noodzaak om een strikte interpretatie te geven aan de (facultatieve) vrijstelling van administratieve geldboeten waarin artikel 83.7 AVG voorziet voor “overheidsinstanties en overheidsorganen” (overw. 51 en 53).

Naar het oordeel van de Geschillenkamer valt een privaatrechtelijke organisatie zoals Y niet onder de vrijstelling, ook al voert zij taken uit in het openbaar belang op het gebied van onderwijs (overw. 52).

Y is een overheid wanneer ze haar wettelijk verplichte taken – die in rechtstreeks verband staan met haar taak om te quoteren en te delibereren met het oog op het afleveren van een diploma secundair onderwijs – uitvoert. Het behoort de Geschillenkamer van de GBA dan ook te bepalen en te motiveren op basis van welke rechtsgrond hij te dezen een sanctie oplegt.



6.5.6.

De hiervoor aangehaalde motivering in de bestreden beslissing is niet afdoende.

De Geschillenkamer kon de argumenten die Y naar voor heeft gebracht en waarbij zij stelt dat de sancties niet toepasselijk zijn op overheden en dat zij aan alle vereisten van artikel 5. 3° GBW voldoet en dienvolgens dat zij ingevolge de vrijstelling van artikel 221 § 2 GBW niet de sanctie van artikel 83.7 AVG kan opgelegd krijgen niet weerleggen door de enkele zinsnede *“naar het oordeel van de Geschillenkamer valt een privaatrechtelijke organisatie als Y hier niet onder, ook al voert deze organisatie taken uit in het openbaar belang op het gebied van het onderwijs”*.

Artikel 83.7 AVG is overigens niet alleen niet van toepassing op de overheden zelf maar ook niet op *“hun aangestelden of gemachtigden”*. De Geschillenkamer onderzocht overigens ook niet of Y dan wel minstens geen aangestelde of gemachtigde van de overheid is wanneer zij de taken van de overheid – bestaande in het verstrekken van onderwijs - verzorgt.

In de mate dat de opgelegde sanctie niet naar behoren gemotiveerd is, is *hic et nunc* het verhaal tegen het opleggen van de geldboete, gegrond.

Het behoort aan de Geschillenkamer van de GBA om binnen een tijdspanne van maximaal vier maand vanaf de uitspraak van huidig arrest, de problematiek zoals hiervoor gesteld in punt 6.5.6 te verduidelijken en te heroverwegen.”

6.3. Is Y te aanzien als een overheidsinstantie en overheidsorgaan zoals bepaald in artikel 83.7 AVG?

6.3.1.

Y laat gelden:

“17. De definitie die is voorzien in artikel 5 van de Gegevensbeschermingswet is derhalve gebaseerd het voorgaande, waarbij de derde component (artikel 5, 3°) als volgt is omschreven:

- “3° de personen, ongeacht hun vorm en aard, die:*
- opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn; en*
- rechtspersoonlijkheid hebben; en*
- waarvan hetzij de activiteiten in hoofdzaak door de overheden of instellingen vermeld in de bepalingen onder 1° of 2°, worden gefinancierd, hetzij het beheer onderworpen is aan toezicht door deze overheden of instellingen, hetzij*



de leden van het bestuursorgaan, leidinggevend orgaan of toezichhoudend orgaan voor meer dan de helft door deze overheden of instellingen zijn aangewezen;”

Dit houdt in dat privaatrechtelijke rechtspersonen slechts onder welbepaalde voorwaarden als overheid moeten beschouwd worden (zie ook de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp inzake het hergebruik van overheidsinformatie, Parl.St. Kamer 2015-2016, nr. 1619/001, 6). Alle voorwaarden dienen cumulatief vervuld te zijn.

Y, het schoolbestuur van Z, is de verwerkingsverantwoordelijke van de kwestieuze enquête. Er kan geen twijfel over bestaan dat dit een onderwijsinstelling betreft, hetgeen aldus een “overheid” uitmaakt in de zin van artikel 5, 3° van de Gegevensbeschermingswet.

De doelstelling van de school ligt immers in het verstrekken van onderwijs hetgeen een taak van algemeen belang uitmaakt en niet van industriële of commerciële aard is. Het schoolbestuur heeft rechtspersoonlijkheid (vzw). De activiteiten die worden ingericht worden hoofdzakelijk gefinancierd door de Vlaamse Gemeenschap (zoals de lonen van personeelsleden en de werkingstoelagen).

Aan de verschillende criteria van artikel 5, 3° van de Gegevensbeschermingswet is derhalve voldaan, waardoor appellant een overheid uitmaakt in de zin van artikel 5, 3° van de Gegevensbeschermingswet.”

De GBA concludeert omtrent dit probleem als volgt:

“Zoals de bestreden beslissing ook benadrukt (overw. 28), betwist de GBA niet dat vrije gesubsidieerde onderwijsinstellingen, zoals appellante, voldoen aan de criteria van het begrip “overheid” zoals omschreven in artikel 5, tweede lid, Wet Gegevensbescherming. Appellante behoort weliswaar tot de katholieke onderwijskoepel en dus tot het “vrij” (d.w.z. niet-officieel) onderwijs. Zij neemt dan ook de vorm van een private vzw aan. Niettemin is zij opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn (namelijk lager en secundair onderwijs verschaffen), heeft zij rechtspersoonlijkheid, en worden haar activiteiten in hoofdzaak door de Vlaamse overheid gefinancierd en staat zij tevens onder overheidstoezicht. Op grond van artikel 5, tweede lid, 3°, Wet Gegevensbescherming is appellante dus een “overheid” in de zin van die wet.



6.3.2.

In de bestreden beslissing (randnummer 20) overweegt de Geschillenkamer als volgt:

20. Vermits het opleggen van een administratieve geldboete rechtstreeks verband houdt met de hoedanigheid van de verweerder als gesubsidieerde vrije onderwijsinstelling die volgens de Geschillenkamer niet valt onder de vrijstelling van administratieve geldboete zoals bepaald in artikel 83.7 AVG en artikel 221, §2 van de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens (hierna Wet Gegevensbescherming), licht de Geschillenkamer in onderhavige beslissing haar stelling toe dat de verweerder niet als overheid, noch als aangestelde of gemachtigde van de overheid, kan worden aangemerkt.

Zij stelt dus expliciet dat Y niet als een overheid kan worden aangemerkt. Verder overweegt zij:

28. De Geschillenkamer stelt dat gesubsidieerde vrije onderwijsinstellingen, zoals verweerder, voldoen aan de criteria van het begrip “overheid” zoals gedefinieerd in artikel 5, tweede lid, Wet Gegevensbescherming. De verweerder behoort tot de katholieke onderwijskoepel en dus tot het “vrij” (d.w.z. niet-officieel) onderwijs en neemt dan ook de vorm van een private vzw aan. Niettemin is zij opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn (namelijk lager en secundair onderwijs verschaffen), heeft zij rechtspersoonlijkheid, en worden haar activiteiten in hoofdzaak door de Vlaamse overheid gefinancierd en staat zij tevens onder overheidstoezicht. Op grond van artikel 5, tweede lid, 3°, Wet Gegevensbescherming is verweerder dus een “overheid” in de zin van die wet.⁴

En ook:

50. Aangezien de Geschillenkamer oordeelt dat de verweerder niet onder de toepassing van artikel 83.7 AVG valt omdat deze geen “overheidsinstantie of overheidsorgaan” is in de zin van die bepaling, en aldus besluit dat artikel 83.7 AVG niet van toepassing is, oordeelt de Geschillenkamer immers onvermijdelijk ook dat artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming, dat artikel 83.7 AVG implementeert in het Belgische recht, niet van toepassing is. Precies gelet op deze implementatie, valt

⁴ De Geschillenkamer heeft zich in de bestreden beslissing niet uitgesproken over het toepassingsgebied van artikel 5, tweede lid, 3°, Wet Gegevensbescherming, omdat dit artikel in casu geen relevantie heeft. Het feit dat het vrij onderwijs onder de algemene definitie van “overheid” in de Wet Gegevensbescherming kan vallen, volstaat immers niet om artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming te kunnen toepassen. Enkel “overheidsinstanties en overheidsorganen” in de zin van artikel 83.7 AVG kunnen immers worden vrijgesteld van administratieve geldboetes. Een ruimere interpretatie van de vrijstelling in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming zou ingaan tegen het Unierecht en moet daarom buiten toepassing worden gelaten door de nationale autoriteiten, met inbegrip van de Geschillenkamer van de GBA.

de notie “overheidsinstantie of overheidsorgaan” van artikel 83.7 AVG ⁵samen met het begrippenkader “overheid en hun aangestelden of gemachtigden” gehanteerd in artikel 221, §2 Wet Gegevensbescherming. Doordat de verweerder niet als “overheidsinstantie of overheidsorgaan” kan worden aangemerkt, is deze ipso facto evenmin een “overheid, aangestelde of gemachtigde van een overheid”.

51. De Geschillenkamer besluit dat:

- de AVG het begrip “overheidsinstanties en overheidsorganen” in de zin van artikel 83.7 AVG niet definieert;
- uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het begrip “overheidsinstanties en overheidsorganen” in artikel 83.7 AVG een autonoom Unierechtelijk begrip is, dat rekening houdend met de context van die bepaling en het doel van de AVG moet worden uitgelegd; dat aangezien artikel 83.7 AVG een uitzonderingsbepaling betreft, het overheidsbegrip hier meer bepaald restrictief moet worden geïnterpreteerd;
- het begrip “overheidsinstanties en overheidsorganen” in artikel 83.7 AVG in elk geval niet zo ruim kan worden uitgelegd dat het ook privaatrechtelijke rechtspersonen die een taak van algemeen belang verrichten, zoals vrije onderwijsinstellingen, omvat;
- een ruime interpretatie geven aan artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming in tegenspraak zou zijn met, enerzijds, de uitdrukkelijke wil van de Belgische wetgever om scholen niet vrij te stellen van administratieve geldboeten en, anderzijds, de restrictieve interpretatie die artikel 83.7 AVG als uitzonderingsbepaling moet krijgen;
- ook artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming daarom zo moet worden uitgelegd dat vrije onderwijsinstellingen niet zijn vrijgesteld van administratieve geldboetes voor inbreuken op de AVG

6.3.3.

De beoordeling van de vraag, of Y voor de onderliggende beoordeling al dan niet als een overheid of overheidsinstantie moet aanzien worden, is dienvolgens in de bestreden beslissing niet eenduidig . De gebruikte motieven (zie de hiervoor geciteerde passages uit de beslissing) lijken minstens deels tegenstrijdig.

Voor het Marktenhof betwisten de partijen niet (meer) dat Y te dezen als een overheid of overheidsinstantie moet aanzien worden.

Het Hof heeft deze vraag aldus niet meer te beoordelen.

⁵ 25 De definities van de begrippen “openbaar lichaam” en “publiekrechtelijke instelling” uit Richtlijn 2003/98/EG zijn ontleend aan de overheidsopdrachtenrichtlijnen (overw. 10 Richtlijn 2003/98/EG). 1

6.4. Is Y een (van het mogelijk opleggen van een geldboete) vrijgestelde overheid in de zin van artikel 221 § 2 GBW?

6.4.1.

Wat de GBA wel betwist is dat het niet volstaat dat Y een overheid is (in de zin van de hier toepasselijke wetgeving) om de vrijstelling uit artikel 221, § 2, GBW te kunnen genieten. De vrijstelling uit artikel 221, § 2, GBW geldt volgens haar immers niet indien een “overheid” in de zin van artikel 5 “goederen of diensten aanbiedt op een markt”.

Dit toont volgens haar aan dat de wetgever de vrijgestelde overheden wilde beperken tot de klassieke overheden, die geen goederen of diensten aanbieden op een markt.

6.4.2.

Over de vraag of een school moet aanzien worden als een aanbieder van goederen of diensten op een markt stelt de GBA:

“Het verstrekken van secundair onderwijs moet wel degelijk worden gekwalificeerd als het aanbieden van een dienst op een markt in de zin van artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming. Dit blijkt zowel uit een arrest van het Grondwettelijk Hof van 14 januari 2021 (randnr. 0) als uit de voorbereidende werken van de betrokken wetsbepaling (randnr. Error! Reference source not found.).

Het Grondwettelijk Hof oordeelde in een arrest van 14 januari 2021 dat dit criterium uit artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming slaat op overheden “die, op een of andere wijze, in concurrentie kunnen treden met de private actoren die onderworpen zijn aan de verplichtingen van de AVG”.⁶ De Geschillenkamer meent dat appellante zich inderdaad in een dergelijke concurrentiële situatie bevindt, zo blijkt uit overweging 29 van de bestreden beslissing:

“De Geschillenkamer merkt volledigheidshalve op dat er in het onderwijs ook sprake is van een markt. Immers, het aanbod in België bestaat ook uit het erkend (en zelfs niet-erkend) privé-onderwijs waardoor de concurrentie op deze dienstenmarkt dus niet beperkt is tot enkel het officieel en het vrij onderwijs.”

⁶ GwH, nr. nr. 3/2021, 14 januari 2021, B.26.3. Zie in dezelfde zin: Amendement nr. 44 van E. Lachaert, P. Dedecker e.a., *Parl. St. Kamer* 2017-2018, nr. 54-3126/2, 55; Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer P. Dedecker, *Parl. St. Kamer* 2017-2018, nr. 54-3126/3, 98: “Ter zake vermeldt het amendement dat wanneer goederen of diensten in concurrentie staan met aanbiedingen vanuit de privésector, ook de publiekrechtelijke rechtspersonen administratieve sancties kunnen krijgen.”

*De meeste scholen in Vlaanderen, waaronder ook die van appellante, zijn weliswaar gesubsidieerd door de Vlaamse overheid, maar dat geldt niet voor álle scholen.⁷ Er bestaan in Vlaanderen (en Brussel) immers ook **privéscholen**, die niet kunnen genieten van overheidssubsidies en die al dan niet erkend zijn door de Vlaamse overheid. Het betreft onder meer scholen die werken volgens een buitenlands onderwijssysteem (bv. het Britse, het Franse of het Duitse), Europese en internationale scholen, scholen die beroepsopleidingen aanbieden en scholen die cultuur- of religiegebonden onderwijs aanbieden.⁸ Deze privéscholen vallen niet onder het overheidsbegrip uit artikel 5 Wet Gegevensbescherming en zijn derhalve niet vrijgesteld van administratieve geldboeten op grond van artikel 221, § 2, van die wet. Aangezien er ook private, niet-gesubsidieerde secundaire onderwijsinstellingen bestaan in Vlaanderen (en Brussel), die uiteraard in concurrentie treden met de officiële en vrije gesubsidieerde onderwijsinstellingen, kon de Geschillenkamer terecht besluiten dat appellante een “dienst” aanbiedt op een “markt”, zoals dat criterium wordt geïnterpreteerd door het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 14 januari 2021. Het valt inderdaad op geen enkele manier objectief en redelijk te verantwoorden dat, voor een identieke inbreuk op de AVG, de ene onderwijsinstelling géén administratieve geldboete kan krijgen en de andere wel, enkel en alleen omdat de eerste onderwijsinstelling van de Vlaamse overheid subsidies ontvangt en de laatste niet.*

[...]

Aangezien een onduidelijke of vage wetsbepaling, luidens vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, moet worden uitgelegd in het licht van de wil van de wetgever,⁹ kan enkel worden besloten dat vrije onderwijsinstellingen zoals die van appellante niet onder de vrijstelling uit artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming vallen.

[...]

*Hoe het Hof van Justitie het begrip “dienst” in de context van de vrijheid van het dienstenverkeer uitlegt, heeft in de onderhavige context echter **geen enkele relevantie**. De context die hier voorligt, is immers die van het gegevensbeschermingsrecht. Het valt niet in te zien hoe de vraag of onderwijs al dan niet een “dienst” uitmaakt in de context van de vrijheid van verkeer relevant zou zijn voor de vraag of onderwijsinstellingen een administratieve geldboete kunnen krijgen voor inbreuken die zij plegen op het gegevensbeschermingsrecht.*

⁷ Hetzelfde geldt voor Brussel en Wallonië.

⁸ Voor een (niet-exhaustief) overzicht van privéscholen in Vlaanderen en Brussel, zie https://www.onderwijskiezer.be/v2/extra/privé_scholen.php?var=B.

⁹ Zie bv. GwH, nr. 50/2008, 19 maart 2008, B.15.12; nr. 35/2011, 10 maart 2011, B.5-B.6; nr. 23/2016, 18 februari 2016, B.14.3. Zie ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 167 (**stuk 8**).



Noch de tekst van artikel 83.7 AVG, noch de context van die bepaling, noch het doel van de AVG geven aan dat het verrichten van een dienst in de zin van de vrijheid van verkeer enige relevantie zou hebben voor de afbakening van het overheidsbegrip uit artikel 83.7 AVG.

Vanuit Unierechtelijk perspectief rijst in deze zaak slechts één vraag en dat is de vraag of lidstaten vrije gesubsidieerde onderwijsinstellingen volledig kunnen vrijstellen van administratieve geldboeten op grond van artikel 83.7 AVG, en dit ongeacht de concrete activiteit in het kader waarvan zij een inbreuk op de gegevensbeschermingsregels hebben begaan (in dit geval een enquête onder leerlingen over hun welzijn). Die vraag moet volgens de GBA negatief worden beantwoord, zoals verder wordt toegelicht in het tweede onderdeel van dit verweermiddel.

Maar wat het antwoord op die Unierechtelijke vraag ook is, vastgesteld moet worden dat de Belgische wetgever onderwijsinstellingen hoe dan ook nooit heeft willen vrijstellen van administratieve geldboeten. Met andere woorden, zelfs als artikel 83.7 AVG zou toelaten dat lidstaten ook vrije onderwijsinstellingen volledig vrijstellen van administratieve geldboeten (quod non, zie verder randnr. Error! Reference source not found. e.v.), dan nog is het zo dat de Belgische wetgever onderwijsinstellingen helemaal niet heeft vrijgesteld. Voor zover de tekst van artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming op dat punt onvoldoende duidelijk zou zijn geformuleerd, dient voor de interpretatie van die wetsbepaling uiteraard rekening worden gehouden met de bedoeling van de federale wetgever (zie hoger randnr. Error! Reference source not found.), en niet met de interpretatie die het Hof van Justitie in een volledig andere context aan een gelijkkluidend Unierechtelijk begrip heeft gegeven.

Dat gezegd zijnde, ontkent concludante niet dat het Hof van Justitie onderwijs onder bepaalde omstandigheden niet als een dienst in de zin van artikel 57 VWEU kwalificeert, namelijk wanneer het gaat om “onderwijs dat wordt gegeven door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en volledig of hoofdzakelijk uit de staatskas worden gefinancierd”. Het Hof heeft daarbij gepreciseerd dat de staat bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk openbaar onderwijsstelsel, dat in de regel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders, “niet de bedoeling heeft werkzaamheden tegen vergoeding te verrichten, maar zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens



zijn bevolking vervult.”¹⁰ Daarentegen heeft het Hof geoordeeld dat “onderwijs dat wordt gegeven door onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk uit particuliere middelen worden gefinancierd, met name door studenten en hun ouders”, wél diensten in de zin van artikel 57 VWEU vormen, “daar het door deze instellingen nagestreefde doel er immers in bestaat, tegen vergoeding diensten aan te bieden”.¹¹ Bijgevolg is artikel 56 VWEU, dat het vrije verkeer van diensten waarborgt, enkel van toepassing op de activiteiten van onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk uit particuliere middelen worden gefinancierd.¹²

Maar, zoals gezegd, zelfs indien de onderwijsactiviteiten van Y zijn uitgesloten van het begrip “dienst” uit artikel 57 VWEU, betekent dat nog niet ipso facto dat alle activiteiten van Y eveneens zijn uitgesloten van het begrip “dienst” zoals bedoeld in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming. Zowel het hoger aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof (randnr. 0) als de voorbereidende werken van artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming (randnr. Error! Reference source not found.), geven immers duidelijk aan dat onderwijsinstellingen – van welke aard ook – niet kunnen genieten van de vrijstelling van administratieve geldboeten bedoeld in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming.

[...]

Dat gezegd zijnde, erkent de GBA dat het natuurlijk ongelukkig is dat artikel 221, § 1, Wet Gegevensbescherming verwijst naar “de publiekrechtelijke rechtspersoon” (die goederen en diensten aanbiedt) en niet naar “de overheid” (die goederen en diensten aanbiedt). De verklaring voor deze ongelukkige terminologische keuze van de wetgever is terug te vinden in de verantwoording van het amendement nr. 44. Die stelt het volgende:

“Om er toch voor te zorgen dat er sprake kan zijn van pecuniaire sancties, wordt in dit amendement een omschrijving ontworpen die is gebaseerd op een

¹⁰ H.v.J., C-318/05, *Commissie t. Duitsland*, 11 september 2007, EU:C:2007:495, § 68; C-76/05, *Schwarz en Gootjes-Schwarz*, 11 september 2007, EU:C:2007:492, § 39; C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, 27 juni 2017, EU:C:2017:496, § 50.

¹¹ H.v.J., C-318/05, *Commissie t. Duitsland*, 11 september 2007, EU:C:2007:495, § 69; C-76/05, *Schwarz en Gootjes-Schwarz*, 11 september 2007, EU:C:2007:492, § 40; C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, 27 juni 2017, EU:C:2017:496, § 48.

¹² Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat Unieburgers identieke rechten kunnen laten gelden ten aanzien van openbare, door de staat gefinancierde onderwijsinstellingen, niet op grond van artikel 56 VWEU, maar op grond van artikel 21 VWEU, dat alle Unieburgers het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten toekent. Zie H.v.J., C-76/05, *Schwarz en Gootjes-Schwarz*, 11 september 2007, EU:C:2007:492, § 99.



omkering van de omschrijving die gangbaar is in het economisch recht, waar men stelt dat iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt, geen onderneming is. Als we die logica omkeren, kunnen we in het kader van dit wetsontwerp zeggen dat iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die wel goederen of diensten aanbiedt op een markt, kan worden gesanctioneerd door administratieve geldboetes op te leggen. Dit creëert een eerlijker speelveld tussen de overheidsbedrijven en de private markt.”¹³

De verwijzing naar “een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt” uit artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming is dus afgeleid uit de omschrijving van het begrip “onderneming” in artikel I.1, eerste lid, 1°, van het Wetboek van Economisch Recht (WER). Die laatste bepaling sluit “publiekrechtelijke rechtspersonen die geen goederen en diensten aanbieden” uit van het begrip onderneming. Onder die definitie van een onderneming vallen echter wél privaatrechtelijke rechtspersonen (ongeacht of ze goederen of diensten aanbieden op een markt of niet) én publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt. Met andere woorden, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt zijn ondernemingen in de zin van het WER. Beide moeten dan ook logischerwijze worden uitgesloten van de vrijstelling vermeld in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming en dat is o.i. ook wat de wetgever heeft bedoeld. Door echter letterlijk dezelfde bewoordingen over te nemen als degene die worden gebezigd in artikel I.1, eerste lid, 1°, WER en deze vervolgens om te keren in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming, is een onbedoelde spraakverwarring ontstaan. Daardoor staat er enkel “publiekrechtelijke rechtspersoon” in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming, terwijl alle overheden (ook de privaatrechtelijke) die een goed of dienst aanbieden op een markt worden bedoeld door de wetgever.”

6.4.3.

Y stelt:

“20. De vaststelling dat appellant een overheid uitmaakt in de zin van artikel 5, 3° van de Gegevensbeschermingswet, heeft een belangrijke implicatie op de mogelijke corrigerende maatregelen die kunnen opgelegd worden.

¹³ Amendement nr. 44 van E. Lachaert, P. Dedecker e.a., *Parl. St. Kamer* 2017-2018, nr. 54-3126/2, 55.

Artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet stelt - in uitvoering van artikel 83.7 AVG [..] - als volgt:

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.

Door de wetgever werd derhalve geopteerd om in de regel geen administratieve geldboetes op te leggen aan een overheid en hun aangestelden of gemachtigden, tenzij het gaat om een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt.

[...]

Appellant kan evenmin worden beschouwd als een “publiekrechtelijke rechtspersoon”, laat staan een publiekrechtelijke rechtspersoon “die goederen of diensten aanbiedt op een markt”, waardoor appellant niet valt onder de uitzondering die is voorzien in artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet (zie hieronder).

[.....]

B.3.4 EERSTE CRITERIUM: “PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSPERSOON”

24. In de regel is voorzien dat de overheid is vrijgesteld van de toepassing van administratieve geldboeten, “tenzij het gaat om een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt” (artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet).

Derhalve dient er, zoals ook aangehaald door het Grondwettelijk Hof in het arrest van 14 januari 2021 (overweging B.26.1, pagina 25), aan twee cumulatieve voorwaarden te zijn voldaan:

- 1. Er dient sprake te zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon;*
- 2. Die goederen of diensten aanbiedt op een markt.*

Door de geïntimeerde partij wordt gesteld dat een interpretatie nodig zou zijn van artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet omdat geen definitie is opgenomen van wat moet worden verstaan “het aanbieden van goederen en diensten op een markt” (zie hieronder).

[...]

Onder publiekrechtelijke rechtspersonen verstaat men de traditionele overheden (Belgische Staat, gemeenschappen, gewesten, gemeenten, provincies), alsmede alle rechtspersonen die door deze overheden in het leven geroepen zijn, voor zover ze belast zijn met een overheidstaak en beschikken over eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheden: het betreft



duz enerzijds de politieke rechtspersonen en anderzijds de openbare instellingen, waaronder ook de autonome overheidsbedrijven.

Door de wetgever werd daarom in artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet verwezen naar, enerzijds, de overheid en hun aangestelden of gemachtigden (“Het artikel 83 van de Verordening is niet van toepassing op de overheid en hun aangestelden of gemachtigden”) en, anderzijds, naar de publiekrechtelijke rechtspersonen (“tenzij het gaat om een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt”).

Appellant is daarentegen een (gesubsidieerde) vrije onderwijsinstelling, met name een privaatrechtelijke rechtspersoon (vzw).

Appellant behoort niet tot de traditionele overheden, noch werd ze door een overheid opgericht. Dit werd overigens expliciet bevestigd door de geïntimeerde in de bestreden beslissing van 15 maart 2021 (“De verweerder behoort tot de katholieke onderwijskoepel en dus tot het “vrij” (d.w.z. niet-officieel) onderwijs en neemt dan ook de vorm van een private vzw aan”, randnr. 28, pagina 7).

De uitzondering voorzien in artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet is derhalve niet van toepassing op appellant, aangezien appellant geen “publiekrechtelijke rechtspersoon” is.

Aan de eerste cumulatieve voorwaarden werd niet voldaan.

Een “interpretatie” van wat moet worden verstaan “het aanbieden van goederen en diensten op een markt” (de tweede voorwaarde), zoals de geïntimeerde partij stelt, dringt zich dus niet op.

[...]

B.3.4 TWEDE CRITERIUM: “GOEDEREN OF DIENSTEN” EN “AANBIEDEN OP EEN MARKT”

[...]

In tweede instantie, na de vermelding dat de uitzondering dient te handelen over een “publiekrechtelijke rechtspersoon”, verwijst artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet naar het aanbieden van “goederen of diensten” en dit “op een markt”.

Volgens de geïntimeerde partij zijn deze bewoordingen in casu dermate “vaag” en “onduidelijk”, dat een (uitgebreide) interpretatie van deze bepalingen zich zou opdringen aan de hand van de parlementaire voorbereiding en de doelstelling van artikel 83.7 AVG.



Appellant betwist deze stelling. De uitzondering in artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet is in casu voldoende duidelijk, zodoende dat er zich geen verdere “interpretatie” opdringt.

De doelstelling van appellant (een vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling) ligt immers in het verstrekken van onderwijs als een taak van algemeen belang. De financiering wordt hierom verzorgd door overheidsmiddelen. In casu kan dit geenszins worden beschouwd als het aanbieden van goederen en diensten op een markt. Het kan derhalve geenszins worden gesteld dat appellant zou voldaan aan deze voorwaarde.

Dat er ook privéscholen bestaan, zoals opgemerkt door de GBA in de bestreden beslissing van 15 maart 2021 en in zijn besluiten, doet in casu niet ter zake aangezien dit geen betrekking heeft op de situatie van appellant. Appellant betreft een vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling, waarbij een taak van algemeen belang wordt nagestreefd. Dit staat buiten betwisting.

Er blijkt derhalve op voldoende wijze dat appellant geen “goederen of diensten” aanbiedt “op een markt”, zodoende dat deze bepaling in casu niet van toepassing is.

[...]

Kortom, uit de parlementaire voorgeschiedenis blijkt derhalve dat, indien een interpretatie van de uitzonderingsbepaling van artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet zich zou opdringen, de doelstelling van de wetgever voldoende blijkt.

Het is de bedoeling van de wetgever om een gelijk speelveld (“level playing field”) in te voeren. Dat houdt in dat overheidsinstanties die met private spelers op de markt in concurrentie treden, aan dezelfde regels worden onderworpen dan die private spelers en dus ook een administratieve geldboete kunnen opgelegd krijgen (zoals overheidsbedrijven op de markt van vervoer, post- en pakjesbedeling, telefonie en/of communicatie).

Appellant, een (gesubsidieerde) vrije onderwijsinstelling, behoort niet tot de groep van “geviseerde” overheidsbedrijven.

Er dient bovendien nog te worden benadrukt, zoals herhaaldelijk werd aangehaald tijdens de parlementaire voorbereiding, dat de “overheid”, zoals appellant, niet uitgesloten is van de (andere) verplichtingen van de AVG en Gegevensbeschermingswet. In het bijzonder worden de overheden onderworpen aan niet-geldelijke (administratieve) sancties en aan strafrechtelijke sancties. Bovendien staat het recht van eenieder om schadevergoeding te verkrijgen voor de geleden schade, zonder onderscheid open tegen de beoogde overheden in artikel 221, §2 van de Gegevensbeschermingswet.



[...]

Het Hof van Justitie benadrukte dat het onderwijs dat wordt gegeven door onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk uit particuliere middelen worden gefinancierd – door studenten en hun ouders – een dienst in de zin van het Unierecht uitmaakt, daar het door deze instellingen nagestreefde doel er immers in bestaat tegen vergoeding diensten aan te bieden (arrest van 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz, C 76/05, EU:C:2007:492, punt 40).

Wanneer de desbetreffende onderwijsinstelling geen diensten tegen vergoeding aanbiedt, valt dat volgens het Hof van Justitie te herkennen aan de financiering (en de organisatie) ervan. Het gaat om onderwijsinstellingen die worden gefinancierd door de overheid, waarbij niet de bedoeling voorligt om onderwijs aan te bieden tegen vergoeding maar om de opvoedkundige taak van de Staat te vervullen. Hoofdzakelijk door de overheid gefinancierde onderwijsinstellingen bieden (wat betreft dat onderwijs) geen diensten aan in de zin van het VWEU en de Europese dienstenrichtlijn.

Zo heeft het Hof in een recente algemene herformulering opgemerkt dat er geen sprake is van een vergoeding en dus ook niet van een “dienst” in de zin van het Unierecht in het geval van onderwijs verstrekt door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en volledig of hoofdzakelijk uit overheidsmiddelen worden gefinancierd, ook al moet soms een vergoeding of schoolgeld worden betaald om de werkingskosten van het stelsel te helpen dragen (arrest van 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C 74/16, EU:C:2017:496, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Appellant is een gesubsidieerde vrije onderwijsinstelling, waarbij niet de bedoeling voorligt om onderwijs aan te bieden tegen vergoeding maar om de opvoedkundige taak van de Staat te vervullen. De financiering is voorzien met overheidsmiddelen.

Ook op basis van de Europese regelgeving en de rechtspraak van het Hof van Justitie, kan derhalve worden vastgesteld dat appellant als vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling geen “diensten” aanbiedt, laat staan op een “markt”.

38.De stelling van de geïntimeerde partij dat op basis van de aangehaalde rechtspraak van h rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt” kan dan ook geenszins worden bijgetreden.

Zelfs de stelling van de geïntimeerde partij dat het niet “de bedoeling van de Uniewetgever” zou zijn geweest om “privaatrechtelijke organisaties die een taak van algemeen belang vervullen en die ter compensatie daarvoor overheidssteun ontvangen”, zoals dit het geval is bij appellant, zouden “ontsnappen” aan een administratieve geldboete, wordt niet aangetoond.”



6.4.4.

Het basisprincipe van de AVG bestaat erin dat administratieve geldboetes kunnen worden opgelegd.

Artikel 83.7 AVG verleent aan de lidstaten evenwel het recht om bij wet te bepalen en de regels vast te stellen of en in hoeverre administratieve geldboetes kunnen worden opgelegd aan in die lidstaat gevestigde overheidsinstanties en overheidsorganen.

Artikel 221 § 2 GBW stelt dat – in België - geen administratieve geldboetes kunnen opgelegd worden aan de overheid en zijn aangestelden of gemachtigden, tenzij het gaat om een *publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt*. De uitzondering op de grondregel van artikel 83 AVG moet beperkend uitgelegd worden.

Bij arrest van 14 januari 2021 heeft het Grondwettelijk Hof, het beroep tot vernietiging van artikel 221, § 2, van de wet van 30 juli 2018 « betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens » afgewezen en onder meer overwogen:

“B.26.1. De bestreden bepaling ¹⁴ sluit de mogelijkheid uit, voor de Gegevensbeschermingsautoriteit, om administratieve geldboetes op te leggen bij niet-naleving van de verplichtingen inzake bescherming van persoonsgegevens door overheden en door hun aangestelden of gemachtigden. Als uitzondering beoogt zij bepaalde overheden, op basis van twee criteria: de hoedanigheid van publiekrechtelijke rechtspersoon en de activiteit van die laatste, die erin bestaat goederen of diensten aan te bieden op een markt. De uitsluiting van de overheden en van hun aangestelden of gemachtigden vindt dus plaats wanneer die twee criteria niet zijn vervuld.

B.26.2. Wat het eerste criterium betreft, kunnen de overheden en hun aangestelden of gemachtigden worden onderscheiden van de privaatrechtelijke rechtspersonen doordat zij enkel opdrachten van openbare dienstverlening vervullen en zij uitsluitend het algemeen belang moeten dienen.

B.26.3. Wat het tweede criterium betreft, blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat men, om vast te stellen of « goederen of diensten [worden aangeboden] op een markt », onder de overheden die door het eerste criterium worden beoogd, die overheden moet identificeren die, op een of andere wijze, in concurrentie kunnen treden met de private actoren die onderworpen zijn aan de verplichtingen van de AVG (Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3126/002, p. 55).

¹⁴ Bedoeld wordt: artikel 221 § 2 GBW.

B.26.4. De twee criteria zijn objectief.”

Y is **geen publiekrechtelijke rechtspersoon**. Zij is opgericht onder de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk, een privaatrechtelijke vereniging. De vraag is of er moet rekening gehouden worden met de formele rechtsvorm dan wel met de eigenlijke bedoeling.

Y verstrekt geen vrij onderwijs in de betekenis van een onderwijsvorm die de burger vrij kiest maar zij verstrekt het onderwijs dat ingevolge de wetgeving een verplicht onderwijs is voor al wie een door de wet bepaalde leeftijd niet heeft bereikt. Zij vervult dienvolgens, onder de formele rechtsvorm van een privaatrechtelijke vereniging, een taak van algemeen belang en zij verschaft het onderwijs dat de schoolgaande jeugd wettelijk verplicht is om te volgen.

Net omdat zij een overheidstaak vervult, is zij geheel gesubsidieerd door de overheid.

Y is geen publiekrechtelijke rechtspersoon **die goederen of diensten aanbiedt op een markt**.

Er wordt aangenomen dat scholen geen diensten aanbieden, zodat dit ertoe zou leiden dat ze niet onder deze definitie (kunnen) vallen ¹⁵.

Bij arrest van 27 juni 2017 heeft het Hof van Justitie als volgt overwogen en het Marktenhof maakt zich deze motieven eigen:

“Begrippen „onderneming” en „economische activiteit”

- 41 Volgens vaste rechtspraak van het Hof omvat het begrip „onderneming” in de context van het mededingingsrecht van de Unie elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (arrest van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, EU:C:2006:8, punt 107).
- 42 Hieruit volgt dat de openbare of particuliere aard van de entiteit die de betrokken activiteit uitoefent, geen invloed kan hebben op het antwoord op de vraag of deze entiteit al dan niet de hoedanigheid van „onderneming” heeft.

¹⁵ DE BOT, D., De toepassing van de Algemene Verordening Gegevensbescherming in de Belgische context. Commentaar op de AVG, de Gegevensbeschermingswet en de Wet Gegevensbeschermingsautoriteit, Wolters Kluwer Belgium, Mechelen, 2020, 1394 p., inzonderheid nummer 3140.

- 43 Voor zover de betrokken activiteit als „economische” activiteit kan worden aangemerkt, staat de omstandigheid dat zij door een religieuze gemeenschap wordt uitgeoefend, overigens niet in de weg aan de toepassing van de Verdragsregels, waaronder die welke het mededingingsrecht beheersen (zie in die zin arrest van 5 oktober 1988, Steymann, 196/87, EU:C:1988:475, punten 9 en 14).
- 44 Om uit te maken of de betrokken activiteiten die van een „onderneming” in de zin van het mededingingsrecht van de Unie zijn, dient te worden nagegaan welke de aard van die activiteiten is, waarbij voor elk van de verschillende activiteiten van elke entiteit moet worden nagegaan of deze als „economische activiteit” kan worden aangemerkt (zie in die zin arresten van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie, C-82/01 P, EU:C:2002:617, punt 75, en 1 juli 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, punt 25).
- 45 Elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt, vormt een economische activiteit (arrest van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, EU:C:2006:8, punt 108).
- 46 De omstandigheid dat de goederen en diensten zonder winst oogmerk worden aangeboden, belet niet dat de entiteit die deze op de markt aanbiedt, als een onderneming moet worden beschouwd wanneer dit aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers, die wel winst nastreven (arrest van 1 juli 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, punt 27).
- 47 Prestaties die gewoonlijk tegen vergoeding worden verricht, vormen diensten die als „economische activiteiten” kunnen worden aangemerkt. Het wezenlijke kenmerk van de vergoeding bestaat hierin dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken prestatie vormt (zie naar analogie arrest van 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, punten 37 en 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 In die omstandigheden dient te worden geoordeeld dat onderwijs verstrekt door onderwijsinstellingen die hoofdzakelijk worden gefinancierd uit particuliere middelen die niet van de dienstverrichter zelf afkomstig zijn, diensten zijn, daar het door deze instellingen nagestreefde doel er immers in bestaat een dienst aan te bieden tegen vergoeding (zie naar analogie arresten van 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, punt 40, en Commissie/Duitsland, C-318/05, EU:C:2007:495, punt 69).
- 49 Het is niet nodig dat deze particuliere financiering hoofdzakelijk door de leerlingen of hun ouders wordt verricht, aangezien de economische aard van een activiteit niet afhangt van het feit dat de dienst wordt betaald door degenen die deze ontvangen (zie naar analogie arresten van 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, punt 41, en Commissie/Duitsland, C-318/05, EU:C:2007:495, punt 70).



- 50 Dit geldt echter niet voor onderwijs verstrekt door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en volledig of hoofdzakelijk uit overheidsmiddelen worden gefinancierd. Bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk openbaar onderwijsstelsel, dat in de regel wordt gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders, heeft de staat immers niet de bedoeling activiteiten tegen vergoeding te verrichten, maar vervult hij zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking¹⁶ (zie naar analogie arresten van 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU:C:2007:492, punt 39, en Commissie/Duitsland, C-318/05, EU:C:2007:495, punt 68).
- 51 In deze context is het niet uitgesloten dat een instelling verschillende – economische en niet-economische – activiteiten kan verrichten, op voorwaarde dat zij een gescheiden boekhouding voert met betrekking tot de verschillende financieringen die zij ontvangt, zodat elk risico van „kruissubsidiëring” van haar economische activiteiten uit de overheidsmiddelen die zij voor haar niet-economische activiteiten ontvangt, is uitgesloten.
- 52 In het onderhavige geval staat vast dat de congregatie in de school „La Inmaculada” drie soorten activiteiten uitoefent, te weten strikt religieuze activiteiten, het verstrekken van door de Spaanse Staat gesubsidieerd onderwijs en het verstrekken van vrij onderwijs zonder financiële bijdrage van deze lidstaat. Bovendien verstrekt deze entiteit haar leerlingen aanvullende diensten, zoals maaltijden en vervoer.
- 53 Gelet op het feit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingvrijstelling betrekking heeft op de verbouwing en de uitbreiding van de aula van de school „La Inmaculada”, en dat de congregatie ter terechtzitting voor het Hof heeft beklemtoond dat deze aula uitsluitend voor het door haar verstrekte onderwijs is bestemd, heeft deze vrijstelling echter geen band met de strikt religieuze activiteiten van deze entiteit en evenmin met de in het vorige punt genoemde aanvullende diensten.
- 54 In deze context staat het aan de verwijzende rechterlijke instantie om, voor de toepassing van het in artikel 107, lid 1, VWEU geformuleerde verbod op die vrijstelling, tegen de achtergrond van de in de punten 41 tot en met 51 van het onderhavige arrest verstrekte aanwijzingen uit te maken of bepaalde pedagogische activiteiten van de congregatie, en zo ja welke, al dan niet van economische aard zijn.
- 55 In dit verband blijkt, gelet op de onderling overeenstemmende preciseringen die de congregatie, de gemeente en de Spaanse regering ter terechtzitting voor het Hof hebben verstrekt, dat het verstrekken van door de Spaanse Staat gesubsidieerd onderwijs deel uitmaakt van het stelsel van openbaar lager en middelbaar onderwijs van deze lidstaat, daar het onderwijs in de school „La Inmaculada” wordt verstrekt op grond van en overeenkomstig de voorwaarden neergelegd in een tussen de

¹⁶ Het Marktenhof beklemtoont.

congregatie en de autonome gemeenschap Madrid gesloten overeenkomst en volledig uit de staatskas wordt gefinancierd.

- 56 Indien deze informatie juist is – en het staat aan de verwijzende rechterlijke instantie om dit na te gaan – kunnen de door de Spaanse Staat gesubsidieerde onderwijsactiviteiten van de congregatie volgens de in de punten 41 tot en met 50 van het onderhavige arrest bedoelde rechtspraak van het Hof niet als „economische” activiteiten worden aangemerkt.
- 57 Gelet op de informatie die de congregatie, de gemeente en de Spaanse regering ter terechtzitting voor het Hof hebben verstrekt, lijkt het door de congregatie verstrekte onderwijs dat door de Spaanse Staat niet wordt gesubsidieerd – dat onder het voorschoolse, buitenschoolse en niet-verplichte onderwijs valt – echter te voldoen aan alle in de punten 44 tot en met 49 van het onderhavige arrest genoemde criteria om als „economische activiteit” te worden aangemerkt, doch dit dient door de verwijzende rechterlijke instantie te worden nagegaan.
- 58 Deze activiteiten worden immers niet gefinancierd door de Spaanse Staat. Het gaat integendeel om activiteiten die door de congregatie zelf worden georganiseerd en die hoofdzakelijk worden gefinancierd uit met name door de leerlingen en hun ouders betaalde particuliere financiële bijdragen in de schoolkosten.
- 59 Indien de verwijzende rechterlijke instantie aan het einde van die beoordeling tot de slotsom zou komen dat de door de Spaanse Staat niet gesubsidieerde onderwijsactiviteiten van de congregatie een „economische activiteit” vormen, dient zij nog na te gaan of de aula van de school „La Inmaculada” uitsluitend voor de ene of de andere van deze twee onderwijsactiviteiten dan wel voor gemengd gebruik is bestemd.
- 60 Indien de aula uitsluitend was bestemd voor de door de Spaanse Staat gesubsidieerde onderwijsactiviteiten die aan alle in punt 50 van het onderhavige arrest genoemde criteria voldeden, kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingvrijstelling immers niet onder het in artikel 107, lid 1, VWEU geformuleerde verbod vallen.
- 61 Indien deze aula echter uitsluitend was bestemd voor de onderwijsactiviteiten die de congregatie zonder subsidie van de Spaanse Staat verrichtte, en die voldeden aan alle in de punten 44 tot en met 49 van het onderhavige arrest genoemde criteria, kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vrijstelling onder dat verbod vallen.
- 62 In geval van gemengd gebruik van deze aula kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingvrijstelling onder dat verbod vallen voor zover die aula wordt gebruikt voor activiteiten die voldoen aan de in de punten 44 tot en met 49 en 51 van het onderhavige arrest genoemde criteria.



- 63 Uit een en ander volgt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingvrijstelling slechts onder het in artikel 107, lid 1, VWEU geformuleerde verbod kan vallen indien, enerzijds, ten minste een deel van de door de congregatie in de school „La Inmaculada” verrichte onderwijsactiviteiten als „economische activiteit” in de zin van de in de punten 44 tot en met 49 van het onderhavige arrest bedoelde rechtspraak moet worden aangemerkt, en anderzijds, de aula van deze school althans ten dele voor dergelijke economische activiteiten wordt gebruikt.
- 64 Het is derhalve alleen voor het geval dat de verwijzende rechterlijke instantie op basis van een beoordeling van de feiten tot de slotsom komt dat die aula wordt gebruikt voor activiteiten van de congregatie die als „economische” activiteiten moeten worden aangemerkt, dat hieronder dient te worden onderzocht of in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding aan de vier in artikel 38 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden is voldaan.

Het behoort niet aan het Marktenhof om regulerend op te treden. Het is absoluut niet aangetoond dat het aanbieden van scholing, als een *dienst die op de markt wordt aangeboden* zou moeten aanzien worden.

De GBA erkent dat het ongelukkig is dat artikel 221, § 2 GBW verwijst naar “de publiekrechtelijke rechtspersoon” (die goederen en diensten aanbiedt) en niet naar “de overheid” (die goederen en diensten aanbiedt).

De GBA stelt daarbij:

“de verwijzing naar “een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt” uit artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming is dus afgeleid uit de omschrijving van het begrip “onderneming” in artikel I.1, eerste lid, 1°, van het Wetboek van Economisch Recht (WER). Die laatste bepaling sluit “publiekrechtelijke rechtspersonen die geen goederen en diensten aanbieden” uit van het begrip onderneming. Onder die definitie van een onderneming vallen echter wél privaatrechtelijke rechtspersonen (ongeacht of ze goederen of diensten aanbieden op een markt of niet) én publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt. Met andere woorden, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt zijn ondernemingen in de zin van het WER. Beide moeten dan ook logischerwijze worden uitgesloten van de vrijstelling vermeld in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming en dat is o.i. ook wat de wetgever heeft bedoeld. Door echter letterlijk dezelfde bewoordingen over te nemen als degene die worden gebezigd in artikel I.1, eerste lid, 1°, WER en deze vervolgens om te keren in artikel 221, § 2, Wet Gegevensbescherming, is een onbedoelde spraakverwarring ontstaan. Daardoor staat er enkel “publiekrechtelijke rechtspersoon” in artikel 221, § 2, Wet



Gegevensbescherming, terwijl alle overheden (ook de privaatrechtelijke) die een goed of dienst aanbieden op een markt worden bedoeld door de wetgever.

Nu de gelaakte activiteit (waarvoor de Geschillencommissie sancties heeft opgelegd) in haar totaliteit direct gerelateerd is aan het verstrekken van verplicht gesubsidieerd onderwijs, is deze activiteit niet te vereenzelvigen met het aanbieden van een dienst op de markt in de zin van artikel 221 § 2 GBW.

Er is **niet aangetoond dat het aanbieden van wettelijk gesubsidieerd onderwijs door een scholengroep zou moeten aanzien worden als het aanbieden van een dienst op een markt.**

6.4.5.

Het Marktenhof heeft niet tot taak om de eventuele foutieve stellingen in wetteksten (in de stelling van de GBA) te corrigeren. Het Hof kan enkel vaststellen datgene wat effectief in de wettekst staat, daarbij rekening houdende met het feit dat het Grondwettelijk Hof in haar voornoemd arrest van 14 januari 2021 het beroep tot vernietiging van artikel 221 § 2 GBW verwerpt en onder meer overweegt:

B.27. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling blijkt dat het niet-opleggen van administratieve geldboeten aan bepaalde publieke verwerkingsverantwoordelijken wordt gemotiveerd door de noodzaak om de continuïteit van de openbare dienstverlening te waarborgen en de uitoefening van een opdracht van algemeen belang niet in gevaar te brengen (Parl. St., Kamer, 2017-2018, DOC 54-3126/001, pp. 229-230). Die doelstellingen die de wetgever op dat gebied nastreeft, kunnen op zich als wettig worden beschouwd. Er dient evenwel te worden nagegaan of de maatregel objectief en redelijk is verantwoord, rekening houdend met de gevolgen die hij met zich meebrengt, meer bepaald wat het recht op bescherming van persoonsgegevens betreft.

B.28. Het opleggen van administratieve geldboeten aan overheden die belast zijn met een opdracht van algemeen belang kan de uitoefening van die opdracht in gevaar brengen en bijgevolg afbreuk doen aan de continuïteit van de openbare dienstverlening, wegens de financiële last die eraan verbonden is. Niettegenstaande de verplichting die voortvloeit uit artikel 83, lid 2, van de AVG, ten aanzien van de Gegevensbeschermingsautoriteit, om een reeks concrete elementen in aanmerking te nemen wanneer zij onderzoekt of het opportuun is om administratieve geldboeten op te leggen - waaronder het doel van algemeen belang van de opdrachten die door de verwerkingsverantwoordelijke worden uitgeoefend -, vormt de vrijstelling van elke geldboete een pertinente maatregel ten opzichte van de doelstellingen die door de wetgever worden nagestreefd.



B.29.1. Toen de wetgever de door het Europees recht geboden mogelijkheid aangreep om bepaalde publieke personen vrij te stellen van administratieve geldboeten, vermocht hij redelijkerwijs te oordelen dat het niet noodzakelijk was om de overheden en hun aangestelden of gemachtigden die geen publiekrechtelijke rechtspersonen zijn die goederen of diensten aanbieden op een markt, te onderwerpen aan het systeem van administratieve geldboeten.

B.29.2. De administratieve geldboete is immers niet de enige maatregel waarmee de inachtneming van de AVG kan worden gewaarborgd. Het recht van de Europese Unie heeft rekening gehouden met het rechtssysteem van lidstaten die niet toestaan dat administratieve geldboeten worden opgelegd. De in de bestreden bepaling beoogde personen kunnen nog steeds worden veroordeeld tot corrigerende maatregelen en, in laatste instantie, tot strafsancties. De wetgever vermocht redelijkerwijs te oordelen dat die alternatieve maatregelen voldoende afschrikkend waren en dat zij toelieten de verplichting om de AVG in acht te nemen en de bekommernis om de continuïteit van de openbare dienstverlening te garanderen en om de uitoefening van een opdracht van algemeen belang niet in gevaar te brengen, te verzoenen.

Ook dient eraan te worden herinnerd dat de administratieve geldboeten tot bestraffing van de niet-naleving van de verplichtingen inzake gegevensbescherming slechts onrechtstreeks verbonden zijn aan een daadwerkelijke inachtneming van het recht van individuen op bescherming van hun persoonsgegevens. Die specifieke bescherming maakt het voorwerp uit van de burgerlijke aansprakelijkheidsregeling voor de verwerkingsverantwoordelijken, die is vervat in artikel 82 van de AVG. Het recht van eenieder om schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade, staat zonder onderscheid open tegen de privéondernemingen en tegen de door de bestreden bepaling beoogde overheden.

B.30. De bestreden bepaling heeft overigens niet tot gevolg dat mogelijkerwijs meer kwetsbare verwerkingsverantwoordelijken op economisch vlak ernstiger zouden worden geraakt door de sancties die hun kunnen worden opgelegd door de Gegevensbeschermingsautoriteit. Overweging 148 van de AVG bepaalt immers dat « indien de te verwachten geldboete een onevenredige last zou berokkenen aan een natuurlijke persoon, [...] in plaats van een geldboete [kan] worden gekozen voor een berisping ». Hoe dan ook is de werkgroep over de bescherming van personen inzake verwerking van persoonsgegevens, in zijn richtsnoeren, van oordeel dat de geldboeten niet automatisch worden opgelegd (Richtsnoeren voor de toepassing en vaststelling van administratieve geldboeten in de zin van Verordening (EU) 2016/679, goedgekeurd op 3 oktober 2017, 17/NL WP 253).



B.31. Wat het argument betreft dat het bedrag van de administratieve geldboeten had specifiek kunnen zijn aangepast voor de overheden bedoeld in de bestreden bepaling, behoort de beoordeling van de strengheid waarmee een misdrijf kan worden bestraft, tot het opportuniteitsoordeel van de wetgever. Wat de strafmaat en de bedragen van de straffen betreft, moet de beoordeling van het Hof beperkt blijven tot die gevallen waarin de keuze van de wetgever dermate onsamenhangend is dat ze leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling van vergelijkbare misdrijven, of tot onevenredige gevolgen, gelet op de door de wetgever nagestreefde doelstellingen.

B.32. Aangezien de wetgever, met de bestreden bepaling, de continuïteit van de openbare dienstverlening wil verzekeren en de uitoefening van een opdracht van algemeen belang niet in gevaar wil brengen, heeft de vrijstelling van administratieve geldboeten waarin wordt voorzien voor de in de bestreden bepaling bedoelde overheden, geen onevenredige gevolgen omdat zij toelaat te vermijden dat de financiële gevolgen van een dergelijke sanctie doorwegen op de burger en op de kwaliteit van de openbare dienstverlening, en tegelijkertijd de mogelijkheid vrijwaart om alternatieve afschrikkende maatregelen op te leggen bij niet-naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit de AVG.

B.33. Het onderzoek van de bestaanbaarheid van de bestreden bepaling met de artikelen 7, 8, 20, 21, lid 1, en 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, met artikel 16, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, met het algemeen beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in het recht van de Europese Unie, met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 83 en 84 van de AVG, leidt niet tot een ander besluit.

Het behoort niet tot de rechtsmacht van het Marktenhof om standpunt in te nemen aangaande een risico van een ongelijkberechtiging tussen een effectieve publiekrechtelijke rechtspersoon die het wettelijk onderwijs aanbiedt en een onderwijsinstelling zoals Y, die exact hetzelfde onderwijs aanbiedt via een rechtsvorm uit de privésfeer en met de mogelijkheid om regels en voordelen eigen aan de verzuiling te benutten om de overheidsdienst te verstrekken.

Dat Y *de facto* ageert als een publiekrechtelijke rechtspersoon die onderwijs verschaft en aanbiedt en die dienvolgens taken op zich neemt die (ook) door een publiekrechtelijke rechtspersoon worden aangeboden, is hierbij niet relevant.

De uitzondering van artikel 221 § 2 GBW in die zin dat in België toch administratieve geldboetes zouden kunnen opgelegd worden aan Y is dienvolgens te dezen niet toepasselijk.

De Geschillencommissie van de GBA heeft dienvolgens ten onrechte een administratieve geldboete opgelegd, deze sanctie is onwettelijk.



6.5. Prejudiciële vragen.

Ondergeschikt stelt de GBA:

“50. In ondergeschikte orde, verzoekt concludante U alvorens ten gronde uitspraak te doen over dit eerste middel, de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen:

1. “Dient artikel 83.7 AVG, gelezen in samenhang met de artikelen 20 en 21 van het EU-Handvest en met artikel 107.1 VWEU, zo te worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat om privaatrechtelijke rechtspersonen die ten behoeve van het algemeen belang goederen of diensten aanbieden op een markt, vrij te stellen van administratieve geldboeten, maar publiekrechtelijke rechtspersonen die ten behoeve van het algemeen belang dezelfde activiteit uitoefenen, niet?”

2. “Kan het toepassingsgebied van artikel 83.7 AVG zo ruim worden uitgelegd dat een lidstaat een gesubsidieerde private onderwijsinstelling die secundair onderwijs verstrekt, zoals aan de orde in het hoofdgeding, geheel mag vrijstellen van administratieve geldboeten voor inbreuken op de AVG, rekening houdend met de wil van de Uniewetgever om de handhaving van de Europese gegevensbeschermingsregels te versterken en te harmoniseren, met name via een boetestelsel, alsook met het feit dat dergelijke onderwijsinstellingen persoonsgegevens van grote groepen kinderen en minderjarigen verwerken, aan wie de AVG een bijzondere bescherming verleent?”

Ingevolge de hiervoor genomen beslissing en de omstandigheid dat het Marktenhof meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen, is het Marktenhof niet gehouden tot het stellen van prejudiciële vragen (zie artikel 26 § 2 Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof).

6.6. Is het opleggen van of de omvang van de opgelegde administratieve geldboete disproportioneel?

Gezien de beslissing omtrent de mogelijkheid om aan Y een administratieve geldboete op te leggen, is dit verweer zonder voorwerp.

7. Beslissing.

Het door Y ingestelde verhaal is ontvankelijk en gegrond. Er kon haar geen administratieve geldboete opgelegd worden.

8. De gerechtskosten.

De GBA is de in het ongelijk gestelde partij. De gerechtskosten worden begroot op de basis rechtsplegingsvergoeding voor niet in geld waardeerbare geschillen zijnde € 1.560.



**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 ingesteld door Y tegen de Gegevensbeschermingsautoriteit ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt derhalve de beslissing van 15 maart 2021 van de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit (beslissing ten gronde 36/2021 - dossiernummer: DOS-2019-03499) en zegt voor recht dat geen administratieve geldboete kon worden opgelegd aan Y.

Veroordeelt de GEGEVENS BESCHERMINGS AUTORITEIT tot de betaling van de gerechtskosten, wat de rechtsplegingsvergoeding betreft begroot op € 1.560.

Legt de € 400 rolrechten hoger beroep en de € 20 bijdrage budgettair fonds definitief ten laste van geïntimeerde.

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 19^e kamer A van het hof van beroep te Brussel op 6 oktober 2021,

waar aanwezig waren:

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

Raadsheer dd. voorzitter,
Raadsheer,
Raadsheer,
Griffier,

S. DE COOMAN

F. FOGLI

A-M. WITTERS

M. BOSMANS

PAGE 01-00002324034-0037-0037-02-01-4

