



Avis n° 07/2018 du 17 janvier 2018

Objet : projet de décret modifiant le Décret flamand sur l'Énergie du 8 mai 2009, en ce qui concerne le déploiement de compteurs numériques et modifiant les articles 7.1.1., 7.1.2., 7.1.5. et 13.2.1. de ce même décret (CO-A-2017-081)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LVP"), en particulier l'article 29 ;

Vu la demande d'avis du Ministre flamand du Budget, des Finances et de l'Énergie, reçue le 27 novembre 2017 ;

Vu le rapport du Président ;

Émet, le 17 janvier 2018, l'avis suivant :

La Commission attire l'attention sur le fait qu'une nouvelle réglementation européenne relative à la protection des données à caractère personnel a été promulguée récemment : le Règlement général relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et la Directive Police et Justice. Ces textes ont été publiés au journal officiel de l'Union européenne le 4 mai 2016^[1].

Le Règlement, couramment appelé RGPD (Règlement général sur la protection des données), est entré en vigueur vingt jours après sa publication, soit le 24 mai 2016, et est automatiquement applicable deux ans plus tard, soit le 25 mai 2018. La Directive Police et Justice doit être transposée dans la législation nationale au plus tard le 6 mai 2018.

Pour le Règlement, cela signifie que depuis le 24 mai 2016, pendant le délai d'exécution de deux ans, les États membres ont d'une part une obligation positive de prendre toutes les dispositions d'exécution nécessaires, et d'autre part aussi une obligation négative, appelée "devoir d'abstention". Cette dernière obligation implique l'interdiction de promulguer une législation nationale qui compromettrait gravement le résultat visé par le Règlement. Des principes similaires s'appliquent également pour la Directive.

Il est dès lors recommandé d'anticiper éventuellement dès à présent ces textes. Et c'est en premier lieu au(x) demandeur(s) de l'avis qu'il incombe d'en tenir compte dans ses (leurs) propositions ou projets. Dans le présent avis, la Commission a d'ores et déjà veillé, dans la mesure du possible et sous réserve d'éventuels points de vue complémentaires ultérieurs, au respect de l'obligation négative précitée.

I. OBJET ET CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. La Commission s'est déjà prononcée dans l'avis n° 17/2017 du 12 avril 2017 sur la note conceptuelle "déploiement des compteurs numériques en Flandre" du Ministre flamand du Budget, des Finances et de l'Énergie (ci-après "l'avis n° 17/2017").

^[1] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données)*
 Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil*
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2016%3A119%3ATOC>
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>)

2. Le 24 juillet 2017, la Commission a reçu une demande d'avis du Ministre flamand du Budget, des Finances et de l'Énergie (ci-après "le demandeur") concernant un projet de décret *modifiant le Décret flamand sur l'Énergie du 8 mai 2009, en ce qui concerne le déploiement de compteurs numériques et modifiant l'article 13.2.1. de ce même décret* (ci-après "le précédent projet").

3. Vu le grand nombre de questions soulevées par le précédent projet et l'importance du texte pour la population, une concertation complémentaire a été organisée avec le demandeur afin qu'il revoie le précédent projet.

4. C'est ce projet revu (ci-après "le Projet") qui est à présent soumis pour avis.

II. CONTENU DU PROJET

5. Il ressort de l'Exposé des motifs que le but du Projet est de reprendre dans le Décret sur l'Énergie une base légale suffisante en vue du déploiement et de la gestion des compteurs numériques et électroniques¹ en Flandre et de définir les mesures complémentaires pour le traitement des données (à caractère personnel) qui en découlent.

6. Le Projet contient diverses adaptations qui sont propres au fonctionnement du marché de l'électricité et du gaz naturel (par ex. un ensemble de tâches pour la gestion du réseau de distribution et du réseau de transport local d'électricité repris à l'article 11 du Projet, une révision des tâches des gestionnaires de réseau de distribution, l'introduction d'une distinction entre plusieurs types de compteurs comme le compteur analogique, le compteur numérique et le compteur électronique et les sous-compteurs). La Commission évalue ci-après uniquement les éléments qu'elle juge pertinents ou risqués à la lumière de la protection des données à caractère personnel.

III. EXAMEN DU PROJET

1. Conformité avec le RGPD

7. La Commission prend acte des diverses modifications apportées dans le Projet qui ont pour but d'assurer une conformité avec le RGPD. Elle attire l'attention sur le fait que ces éléments ne

¹ Le Projet définit les deux à l'article 2 comme suit : [NdT : tous les passages cités du Projet sont des traductions libres réalisées par le Secrétariat de la Commission, en l'absence de traduction officielle]

"25°/2 compteur numérique : un compteur électronique qui mesure et enregistre les flux énergétiques et les quantités physiques apparentées et qui est équipé d'un moyen de communication à deux directions qui fait en sorte que les données puissent non seulement être lues localement mais aussi à distance de manière à ce que le compteur puisse, sur la base des données qu'il reçoit localement ou à distance, exécuter certaines actions ; "

(...)

"34° compteur électronique : un compteur qui mesure et enregistre les flux énergétiques et qui est équipé d'un moyen de communication qui fait en sorte que les données puissent non seulement être lues localement mais aussi à distance ;".

dispensent pas les responsables du traitement et les sous-traitants concernés de devoir respecter les obligations qui découlent du RGPD mais qui ne sont pas mentionnées dans le Projet (par ex. les obligations relatives au registre des activités de traitement, la réalisation d'une analyse d'impact relative à la protection des données ("AIPD" ou "DPIA" pour Data Protection Impact Assessment), la désignation d'un délégué à la protection des données ou "DPO" pour Data Protection Officer). Les modifications figurant dans le Projet pour assurer une conformité avec le RGPD comprennent les éléments suivants :

- pour la définition des données à caractère personnel, un renvoi au RGPD et à l'article 4.1° du RGPD est repris à l'article 1.1.3, points 12°/2 et 99°/1 du Décret sur l'Énergie (article 2 du Projet) ;
- la désignation des responsables du traitement respectifs, au sens de l'article 4.7) du RGPD, pour différentes catégories de données (à caractère personnel) aux articles 36 (gestionnaires de données), 37 (gestionnaires de réseau de distribution), 38 (fournisseurs d'énergie), 39 (fournisseurs de services énergétiques, 40 (responsables de l'équilibre et affréteurs), 41 (autorités) et 42 (institutions et personnes physiques ou morales auxquelles le gestionnaire de données peut accorder un accès en vertu du nouvel article 4.1.22/5 du Décret sur l'Énergie) du Projet ;
- l'application de l'approche basée sur les risques en vertu du RGPD aux acteurs susmentionnés (les gestionnaires de données, les gestionnaires de réseau et leur société d'exploitation, les fournisseurs d'énergie, les fournisseurs de services énergétiques, les responsables de l'équilibre et les affréteurs, les autorités et les institutions et personnes physiques ou morales) est mentionnée aux articles 37 à 42 inclus du Projet. L'article 43 du Projet mentionne une obligation pour ces acteurs d'instaurer "*un système continu de gestion des risques concernant la probabilité et la gravité des divers risques pour les droits et libertés des personnes physiques*". Ceci fait écho à l'avis n° 17/2017² de la Commission ;
- la communication d'informations complémentaires par le gestionnaire du réseau à l'utilisateur du réseau en plus de celles imposées par le RGPD concernant le potentiel complet du compteur, l'utilisation des données du compteur numérique et la possibilité pour l'utilisateur du réseau de contrôler sa consommation d'énergie (article 43 du Projet). Le Gouvernement flamand peut, dans ce cadre, prendre les mesures d'exécution nécessaires concernant les procédures et les modalités de cette transparence. Selon l'Exposé des motifs, le but est de prévoir un tableau sur le site Internet du VREG (Vlaamse regulator van de energiemarkt, régulateur flamand du marché de l'énergie) de manière à ce que la personne concernée ait

² Voir les points 21 et 22 de cet avis.

une idée claire de l'utilisation de ses données. Cette mesure répond également à une demande précédente de la Commission³ et à la jurisprudence de la Cour de justice⁴ ;

- l'application d'un code de conduite à l'égard des données traitées via les sous-compteurs (article 43 du Projet). Les explications du demandeur révèlent que ce code de conduite aurait pour but de prévoir une protection efficace pour les sous-compteurs privés qui sont intégralement laissés au marché commercial et qui ne sont pas utilisés pour des processus régulés.

2. Disposition légale par (ou en vertu du) Décret sur l'Énergie des éléments de base pour l'application du droit à la protection des données

8. La Commission a affirmé précédemment⁵ que l'installation (obligatoire) du compteur intelligent constituait une ingérence importante dans la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH et de l'article 22 de la Constitution, qui exige une base suffisante dans la législation (flamande). Elle a également précisé que seul le législateur (régional) pouvait et devait définir les éléments essentiels tels que (1) les catégories de données traitées, (2) les parties qui auront accès aux données, (3) les finalités pour lesquelles les données pourraient être utilisées et (4) la réglementation des cas où une installation obligatoire de compteurs numériques et électroniques serait imposée.

9. Il ressort du Projet que cette remarque a été prise en compte.

10. Les **données à caractère personnel** que les gestionnaires de réseau traitent sont réparties en trois catégories : les données techniques, les données relationnelles et les données de mesurage (notamment à l'article 37 du Projet). En précisant explicitement à l'article 37 du Projet que (notamment) des données techniques peuvent être des données à caractère personnel⁶, le législateur tient compte de l'erreur connue des techniciens de ne pas qualifier de données à caractère personnel des "données techniques" qui ne sont pas suffisamment agrégées.

11. L'article 35 du Projet définit **les parties auxquelles** le gestionnaire de données peut communiquer des données. À la demande de la Commission, le législateur a inséré une disposition légale dans le Décret sur l'Énergie, en se laissant inspirer par l'article 5 de la loi du 8 août 1983

³ Voir le point 26 de l'avis n° 17/2017.

⁴ CJUE, Smaranda Bara c. Roumanie, C-201/14, 1^{er} octobre 2015.

⁵ Voir les points 12 à 14 de l'avis n° 17/2017 et le point 14 de l'avis n° 35/2017 concernant un *avant-projet d'ordonnance modifiant diverses ordonnances relatives au marché du gaz et de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale*.

⁶ Parce qu'un lien est quand même établi (ou peut quand même être établi) (in)directement avec des personnes physiques via un point d'accès unique (par exemple le code EAN), on pourra souvent parler dans la pratique de données à caractère personnel.

organisant un registre national des personnes physiques et par l'article 18 de la loi du 19 mai 2010 portant création de la Banque-Carrefour des véhicules⁷.

12. Les **finalités** pour lesquelles les données pourraient être utilisées sont systématiquement mentionnées dans le Projet par catégorie d'utilisateurs et en précisant les catégories respectives de données. Ainsi, les finalités et catégories de données correspondantes sont énumérées pour les gestionnaires de données (gestion des accès à l'article 35 du Projet et autres opérations à l'article 36 du Projet), les gestionnaires de réseau et leur société d'exploitation (article 37 du Projet⁸), les fournisseurs de services énergétiques (article 39 du Projet), les responsables de l'équilibre et les affréteurs (article 40 du Projet), les autorités (l'article 41 du Projet renvoie à la loi spéciale, au décret ou à l'ordonnance respectif (respective)).

13. Le Projet fait également une distinction entre les **catégories de données à caractère personnel** primaires et dérivées. Cette dernière catégorie est en effet définie à l'article 2 du Projet comme étant "*des données à caractère personnel qui peuvent être déduites des données à caractère personnel qui sont collectées dans le cadre du présent décret*".

14. Le Projet prévoit également une autre explication des **données** que les gestionnaires de réseau de distribution et les gestionnaires de données peuvent (doivent) précisément traiter en vertu du Décret sur l'Énergie. L'article 59 du Projet ajoute à l'article 4.2.1, § 2 du Décret sur l'Énergie que le règlement technique doit au moins définir la liste de rubriques et de données, dont des données à caractère personnel, qui sont reprises dans le registre d'accès et dont le gestionnaire du réseau de distribution ou le gestionnaire de données a besoin pour ses tâches ou pour une obligation de service public.

15. La Commission en prend acte. Une indication claire des données à caractère personnel constitue une aide pour les personnes concernées qui souhaitent exercer leurs droits, comme le droit de consultation. Il s'agit également d'un point de départ pour les acteurs concernés qui devront établir pour le 25 mai 2018 au plus tard un **registre** correct (complet) **des activités de traitement** en vertu de l'article 30 du RGPD. Le Projet est rédigé de telle manière à pouvoir être utilisé par les responsables concernés comme base pour établir ce registre.

⁷ M.B. du 28 juin 2010.

⁸ Pour les données techniques, il s'agit principalement de la gestion du réseau, du choix du dispositif de mesure, de la réservation de capacités, de la lutte contre la fraude, de la gestion du compteur et du rapport. Pour les données relationnelles, il s'agit de la gestion de la clientèle, de la fourniture dans le cadre du rôle de fournisseur social et de la lutte contre la fraude. Pour les données de mesurage, il s'agit de traitements en vue de la gestion du réseau pour un réseau sûr, fiable et efficace, de la gestion du réseau dans le cadre des conditions de raccordement, de la fourniture dans le cadre du rôle en tant que fournisseur social, de la lutte contre la fraude et du rapport.

16. L'article 31 du Projet mentionne enfin explicitement six cas dans lesquels une **obligation d'installation** sera de mise, outre une possibilité pour le Gouvernement flamand de définir des cas supplémentaires. Il s'agit concrètement des cas suivants :

- " 1° en cas de construction neuve ou de rénovation profonde ;*
- 2° en cas de remplacement obligatoire du compteur ;*
- 3° en cas d'installation de nouvelles installations de production décentralisées ayant une puissance AC maximale de 10 kVa ;*
- 4° en cas de remplacement de compteurs à budget actifs existants et d'installation de nouveaux compteurs à budget ;*
- 5° en cas de prosommateurs existants ;*
- 6° à la demande de l'utilisateur du réseau."*

17. La définition des cas d'installation obligatoire dans le Décret sur l'Énergie tient compte également du considérant selon lequel l'installation obligatoire d'un compteur intelligent constitue une ingérence importante dans la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH et de l'article 22 de la Constitution, et ce vu le risque accru de suivre le comportement (énergétique) de personnes physiques dans leur cercle familial et d'examiner ce comportement à diverses fins.

3. Droit à la protection des données à caractère personnel

18. L'article 34 du Projet insère un article 4.1.22/4 dans le Décret sur l'Énergie libellé comme suit : *"La personne concernée conserve le contrôle de ses données à caractère personnel provenant du compteur numérique, du compteur électrique et du compteur analogique, conformément aux divers droits et obligations prévus par le législateur, sauf dans les cas, aux conditions et aux garanties définis par ou en vertu d'une loi ou d'un décret."* La Commission en prend acte.

19. À cet égard, la Commission souligne le fait que l'article 35 du Projet permet, au point 5° du nouvel article 4.1.22/5 du Décret sur l'Énergie, la transmission des données de mesurage à des tiers *"à condition que l'utilisateur du réseau et, le cas échéant, la personne physique dont les données à caractère personnel sont traitées, aient donné leur consentement à ce tiers."*

20. La Commission attire l'attention sur le problème suivant : l'utilisateur du réseau ne sera pas toujours la personne physique concernée⁹ (la personne au nom de laquelle l'injection ou le prélèvement est enregistré(e) par opposition aux personnes qui font partie d'un ménage). Le consentement que l'utilisateur du réseau donne est personnel. Il ne peut pas constituer la base de

⁹ On trouve une situation similaire sur le marché des télécommunications où l'abonné n'est pas toujours la personne concernée (par ex. des contrats conclus par l'employeur au profit des travailleurs).

la transmission s'il y a d'autres personnes concernées que l'utilisateur du réseau. En outre, la Commission a déjà souligné précédemment¹⁰ qu'il ne sera pas toujours question de consentement au sens du RGPD car sur ce point, le RGPD privilégie une interprétation très stricte (par ex. dans une situation d'un contrat d'adhésion, une simple disposition dans les conditions générales de l'autre partie ne pourra pas constituer un consentement au sens du RGPD).

21. En vertu de l'article 35 du Projet, le gestionnaire de données endosse l'entière responsabilité de prendre les mesures techniques et organisationnelles¹¹ pour vérifier si chaque personne concernée donne son consentement. Cela implique notamment un contrôle de la question de savoir si le tiers qui réclame des données sur la base du consentement de la personne concernée le fait également conformément aux conditions du RGPD, dont la possibilité de retirer le consentement, vérifier si le consentement est libre, clair et spécifique. Si le gestionnaire de données ne respecte pas le RGPD sur ce point, il est potentiellement question d'un traitement illicite (article 6 du RGPD) et/ou d'une violation de données à caractère personnel (en raison d'une violation illicite de la confidentialité des données à caractère personnel en vertu des articles 5.1 f), 32.1 b) et 33 du RGPD).

4. Réparation "en conséquence d'une violation de données à caractère personnel"

22. L'article 28 du Projet insère un article 4.1.11/6 dans le Décret sur l'Énergie, libellé comme suit :

"Le gestionnaire de données doit à la personne concernée réparation du préjudice subi à la suite d'une violation de données à caractère personnel que le gestionnaire de données gère, valide et conserve. La personne concernée doit pour ce faire uniquement prouver le préjudice et le lien causal entre la violation et le préjudice.

Le gestionnaire de données peut agir en droit comme la personne concernée à l'égard de l'auteur de la violation en ce qui concerne la réparation qu'il a payée en application du présent article.

Le Gouvernement flamand détermine, après avis du VREG, les conditions et la procédure pour réclamer la réparation".

23. La Commission signale qu'il faut tenir compte du droit à réparation de la personne concernée en vertu de l'article 82 du RGPD en cas de violation du RGPD. Le RGPD part du principe d'une "réparation complète et effective"¹² du "dommage dans sa totalité"¹³ (au sens large) de la personne concernée pour une violation du RGPD. La réparation n'est dès lors pas limitée au gestionnaire de

¹⁰ Voir les points 44 et 45 de l'avis n° 17/2017.

¹¹ Article 5.1. f) du RGPD.

¹² Considérant 146 du RGPD et article 82.5 du RGPD ("à réparé totalement").

¹³ Article 82.4 du RGPD. Le considérant 146 du RGPD affirme que "Le responsable du traitement ou le sous-traitant devrait réparer tout dommage qu'une personne peut subir du fait d'un traitement effectué en violation du présent règlement."

données mais s'applique à chaque responsable du traitement (selon le traitement, il peut par ex. s'agir d'un gestionnaire de réseau de distribution ou d'une société de services énergétiques (ou ESCO pour Energy Service Company). D'autre part, une fuite de données en soi ne doit pas nécessairement être associée au non-respect du RGPD (par ex. une violation de données à caractère personnel pour laquelle le responsable du traitement n'a pas violé le RGPD).

24. Vu que ni le Projet, ni l'Exposé des motifs ne précisent la manière dont l'article 28 du Projet doit être appliqué par rapport à l'article 82 du RGPD et que la clarté de la disposition peut susciter une certaine discussion, la Commission propose d'ajouter que cette réparation s'applique "sans préjudice de l'application de l'article 82 du RGPD".

5. Rôle du "gestionnaire de données" en tant que "source authentique"

5.1. Séparation de la "gestion des données" de la "gestion du réseau"

25. Le Projet instaure le nouveau rôle de gestionnaire de données qui est désigné par le Gouvernement flamand (article 15 du Projet) et reprend plusieurs traitements de base du gestionnaire du réseau de distribution. Les conditions auxquelles devra satisfaire le gestionnaire de données seront déterminées par un arrêté du Gouvernement flamand (article 16 du Projet).

26. Il ressort de l'Exposé des motifs que *"les données collectées et gérées par cette personne morale sont considérées comme étant la source de données la plus complète et la plus qualitative (source authentique)."*

27. Le gestionnaire de données se voit confier un certain nombre de **tâches principales** dans l'article 19 du Projet qui impliquent des traitements de données à caractère personnel¹⁴.

¹⁴ "1° relever les compteurs numériques, électroniques et analogiques aux points d'accès au réseau de distribution pour :

- a) l'allocation, la réconciliation et la facturation dans le cadre de l'achat et de la vente d'électricité et de gaz naturel ;
- b) la prestation de services énergétiques par un tiers après consentement explicite et informé du client ;
- c) la gestion du réseau et la sécurité opérationnelle ;

2° gérer le registre des accès ;

3° gérer, traiter, sécuriser et conserver les données techniques, relationnelles et de mesurage et être responsable de la véracité et de la précision, sous réserve des données gérées par le gestionnaire du réseau de distribution qui sont nécessaires pour la gestion du réseau de distribution telles que mentionnées à l'article 4.1.6, § 1, 12° ;

4° définir et valider l'injection et le prélèvement des producteurs et clients qui sont raccordés aux réseaux de distribution ;

5° communiquer les données nécessaires au gestionnaire du réseau de distribution, au gestionnaire du réseau de transmission, à l'entreprise de transport et au gestionnaire du réseau de transport local dans le cadre de la gestion du réseau et de la sécurité opérationnelle ;

6° faciliter le développement de services et de produits innovateurs si cela est conforme à la réglementation relative au traitement de données à caractère personnel ;

7° communiquer les données nécessaires aux producteurs, aux responsables de l'équilibre, aux affréteurs, aux intermédiaires, aux fournisseurs, au gestionnaire du réseau de transport local, au gestionnaire du réseau de transmission, aux clients, au VREG et aux fournisseurs de services énergétiques, dont des ESCO et des agrégateurs, afin de faciliter le marché de l'énergie, et ce de manière équivalente ;

8° communiquer les données nécessaires aux autorités pour exercer leur tâche ;

9° communiquer des données anonymisées à des fins de recherche scientifique ;

10° permettre à la personne concernée d'exercer ses droits concernant le traitement de ses données à caractère personnel."

28. L'article 36 du Projet mentionne que ce gestionnaire de données est un responsable du traitement au sens de l'article 4. 7) du RGPD pour les données à caractère personnel.

5.2. Indépendance de la gestion des données

29. Il ressort de l'Exposé des motifs que les tâches de "gestion des données" et de "gestion du réseau" sont séparées, le législateur voulant ainsi offrir quelques garanties qui doivent assurer l'indépendance de la gestion de donnée.

30. L'Exposé des motifs précise en outre ce qui suit : *"Premièrement, la réglementation est adaptée à l'introduction du gestionnaire de données. Une nouvelle procédure est définie avec des conditions qui doivent être remplies pour la désignation et la fin de fonction du gestionnaire de données. (...) Une liste limitative de tâches est reprise pour le gestionnaire de données et des questions stratégiques et confidentielles pour lesquelles le gestionnaire de données doit recourir à son propre personnel et à ses propres moyens pour prendre des décisions à ce sujet sont définies. Tout comme le gestionnaire du réseau de distribution, le gestionnaire de données est exclu de la fourniture de services énergétiques commerciaux ou de l'intervention en tant qu'agrégateur."*

31. Le Projet mentionne aussi bien le principe d'indépendance du gestionnaire du réseau de distribution à l'égard du gestionnaire de données (article 10 du Projet) que des exigences d'indépendance du gestionnaire de données (article 16 du Projet). Le § 4 du nouvel article 4.1.8/3 inséré par l'article 16 du Projet dans le Décret sur l'Énergie reprend une possibilité de mettre un terme à la désignation du gestionnaire de données si celui-ci viole le RGPD.

32. La Commission en prend acte mais constate que l'indépendance susmentionnée est clairement très relative vu les dispositions suivantes dans le Projet :

- l'article 10 du Projet précise que l'indépendance est une "indépendance de gestion ou juridique", ce qui implique que la même personne morale peut réunir plusieurs fonctions (gestion de données, gestion du réseau de distribution, fournisseur social d'énergie) ;
- selon le Projet, seule une société d'exploitation du gestionnaire du réseau de distribution pourra être le candidat gestionnaire de données (l'article 16 du Projet ajoute à cet effet une disposition à l'article 4.1.8, § 2 du Décret sur l'Énergie). L'Exposé des motifs précise que le but est d'anticiper *"la fusion annoncée des sociétés d'exploitation Eandis et Infrax en une seule société d'exploitation Fluvius"* et que l'indépendance susmentionnée n'implique pas

qu'une même personne morale ne puisse pas intervenir ou être désignée aussi bien en tant que gestionnaire du réseau qu'en tant que gestionnaire de données. L'enchevêtrement entre la fonction de gestionnaire du réseau de distribution et celle de gestionnaire de données est donc ancré dans les articles 10 et 16 du Projet ;

- selon l'article 16 du Projet, un représentant du gouvernement non rémunéré siégera avec une voix consultative dans l'organe de gestion du gestionnaire de données, désigné et révoqué par arrêté du Gouvernement flamand, sur proposition du ministre.

33. Dans le cadre de la désignation obligatoire du **délégué à la protection des données** ("DPO") en vertu de l'article 37.1 du RGPD, la Commission estime que l'indépendance du DPO au sein de l'organisation du gestionnaire de données implique que cette personne et l'organisation au sein de laquelle elle doit travailler dans les activités liées aux données à caractère personnel doivent également être suffisamment indépendantes vis-à-vis des divers acteurs sur le marché de l'énergie et des administrations locales et du Gouvernement flamand.

34. L'Exposé des motifs fait certes référence à des "murailles de Chine" que le Gouvernement flamand instaurerait pour garantir l'indépendance de gestion. La Commission estime à cet égard que l'indépendance du DPO dans la gestion de la source authentique (surtout à l'égard des gestionnaires de réseau de distribution, des administrations locales et des intercommunales et du Gouvernement flamand) n'est pas suffisamment garantie par le renvoi, dans l'Exposé des motifs, à l'introduction éventuelle de "murailles de Chine" par le Gouvernement flamand. Cette mesure ne fait pas le poids contre le risque de confusion d'intérêts dans la gestion d'une société qui revêt aussi bien la casquette de gestionnaire de données que celle de gestionnaire du réseau de distribution. Une application correcte du RGPD à la transmission de données à caractère personnel du gestionnaire de données au gestionnaire du réseau de distribution exige plus qu'une séparation juridique et de gestion pour garantir une évaluation conforme aux principes du RGPD tant du gestionnaire de données que de son DPO.

35. La Commission estime dès lors nécessaire que les articles 10 et 16 du Projet soient adaptés de telle manière qu'il y ait suffisamment de garanties que le DPO désigné au sein du gestionnaire de données puisse fonctionner de manière indépendante et autonome vis-à-vis de l'organe de gestion du gestionnaire de données, du gestionnaire du réseau de distribution, des intercommunales, des organes politiques et des administrations locales.

36. L'ajout d'une disposition concrète dans le Projet selon laquelle le gestionnaire de données et son DPO ne peuvent recevoir, dans leur travail lié aux données à caractère personnel, aucune instruction directe du Gouvernement flamand ou des entités publiques ou privées mentionnées aux

articles 37 à 42 inclus du Projet contribuerait à garantir sur ce point le respect de l'article 38.3 du RGPD et de la gestion de données indépendante de la source authentique.

6. Garanties en matière de data mining (exploration de données), profilage et décision automatisée

37. La Commission a déjà insisté dans son avis précédent¹⁵ et dans le Rapport Big Data sur les garanties complémentaires dans le cadre de l'utilisation de techniques de recherche telles que le data mining ou le profilage vis-à-vis des données de compteurs intelligents.

38. L'article 43 du Projet prévoit une transparence supplémentaire (*"Si les parties susmentionnées utilisent des techniques de recherche telles que le data mining, le profilage et la décision automatisée, elles le mentionnent explicitement et elles donnent accès aux choix méthodologiques utilisés"*).

39. La Commission attire l'attention sur le fait que les termes "de gebruikte methodologische keuzes" (NdT : "les choix méthodologiques utilisés" en français mais étant donné que le Projet de décret n'existe qu'en néerlandais, il convient d'utiliser les termes originaux) ne reprennent qu'une partie de ce qui était mentionné dans la recommandation 25 de son Rapport Big Data¹⁶. Elle soulignait dans cette recommandation le besoin de transparence supplémentaire des "informations clés" de l'algorithme (finalité et responsabilité, données utilisées, les principaux choix méthodologiques en vertu du modèle et les conséquences à prévoir pour la personne concernée). La fiabilité (marge d'erreur du modèle) et les éventuels effets secondaires de certains modèles sur les droits et libertés des personnes concernées peuvent en effet faire l'objet d'une discussion et nécessitent plus de transparence (par ex. utilisation dans la lutte contre la fraude à l'énergie, ...)¹⁷.

40. La Commission souhaite dès lors que la transparence supplémentaire visée à l'article 43 du Projet concerne également les informations clés susmentionnées au sens de la recommandation 25 de son Rapport Big Data.

7. Gestion de litiges et code de conduite en ce qui concerne les sous-compteurs

41. La compétence de conciliation existante du VREG concernant certaines matières du Décret sur l'Énergie en vertu de l'article 3.1.3, 3° du Décret sur l'Énergie est étendue par l'article 3 du Projet à la

¹⁵ Voir les points 37 à 39 inclus de l'avis n° 17/2017.

¹⁶ https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Rapport_Big_Data_2017.pdf

¹⁷ Cour de Justice, "Avis 1/15 du 26 juillet 2017. Aux paragraphes 131, 168 et suivants de cet avis, on insiste sur les modèles et critères préétablis ayant un "taux d'erreur non négligeable" et sur le choix des bases de données pour la comparaison de fichiers des analyses automatisées de données PNR qui déterminent la mesure d'ingérence dans la vie privée des personnes concernées. La Cour souhaitait que la fiabilité et l'actualité de ces modèles et critères préétablis et des bases de données fassent l'objet de l'examen conjoint de la mise en œuvre de l'Accord PNR, afin de garantir le caractère strictement nécessaire et non discriminatoire (§ 174).

conciliation en cas de litiges et au règlement de litiges contre le gestionnaire de données. Le Décret sur l'Énergie ne semble pas exclure que cette compétence de conciliation du VREG puisse aussi concerner les litiges entre la personne concernée et un gestionnaire de réseau de distribution ou un gestionnaire de données (par ex. concernant la contestation par la personne concernée d'une qualification de fraude à l'énergie par les gestionnaires de réseau de distribution). Dans ce cas, le DPO du gestionnaire du réseau de distribution devrait être impliqué dans cette conciliation afin de formuler une recommandation. En vertu de l'article 38.1 du RGPD, le DPO doit en effet *"être associé, d'une manière appropriée et en temps utile, à toutes les questions relatives à la protection des données à caractère personnel"*.

42. Selon l'article 43 du Projet, le Gouvernement flamand peut élaborer un code de conduite pour déterminer la manière dont les fournisseurs d'énergie et les fournisseurs de services énergétiques doivent traiter les données obtenues via le sous-compteur. Bien que la Commission reconnaisse la valeur ajoutée potentielle de cette disposition, elle souligne que cet article 43 doit être réécrit sur plusieurs points afin d'être conforme au RGPD :

- le rôle du Gouvernement flamand est, selon le RGPD, de faciliter le travail et non d'élaborer lui-même le code de conduite (l'article 40.1 du RGPD parle d' "encourager") ;
- un code de conduite peut uniquement être élaboré par des "Associations et autres organismes représentant des catégories de responsables du traitement ou de sous-traitants" (article 40.2 du RGPD) ;
- le code de conduite doit apporter une valeur ajoutée et instaurer un organisme de contrôle (article 40 du RGPD).

8. Imprécisions et remarques terminologiques

43. Le point 10° de l'article 4.1.8/4 inséré par l'article 19 du Projet dans le Décret sur l'Énergie ajoute comme tâche de gestion des données *"permettre à la personne concernée d'exercer ses droits concernant le traitement de ses données à caractère personnel"*. À présent qu'il s'agit d'une obligation légale en vertu du RGPD qui n'est pas uniquement imposée au gestionnaire de données (mais également à tout responsable du traitement), la Commission remet en question la valeur ajoutée et la clarté de cette disposition.

44. Le Projet utilise indifféremment les termes "netgebruiker" et "betrokken" (NdT : "utilisateur du réseau" et "personne concernée" en français mais étant donné que le Projet de décret n'existe qu'en néerlandais, il convient d'utiliser les termes originaux) alors que ceux-ci ne sont pas synonymes (voir par ex. l'alinéa 1 et alinéa 3 du nouvel article 4.1.22/13 inséré par l'article 43 du Projet dans le Décret sur l'Énergie). La Commission a signalé ci-dessus que l'utilisateur du réseau ne sera pas

toujours la personne concernée et que chaque personne concernée conserve quoi qu'il en soit ses droits en vertu du RGPD, même si le Projet n'est pas explicite sur ce point ou si la personne concernée n'est pas l'utilisateur du réseau.

IV. CONCLUSION

45. Vu ce qui précède, la Commission estime que le Projet offre suffisamment de garanties de protection des données à caractère personnel concernées, à condition d'intégrer les remarques suivantes :

- un contrôle complémentaire en matière de cohérence de l'utilisation des termes "netgebruiker" et "betrokkene" dans le Projet (points 20 et 44) ;
- reprendre à l'article 28 du Projet le fait que la réparation s'applique "sans préjudice de l'application de l'article 82 du RGPD" (point 24) ;
- en vertu de l'article 38.3 du RGPD, le travail indépendant du DPO lié aux données à caractère personnel et du gestionnaire de données au sein duquel il a été désigné doit être suffisamment garanti (points 35 et 36) ;
- adapter le règlement en matière de codes de conduite à l'article 43 du Projet aux exigences de l'article 40 du RGPD (point 42).

PAR CES MOTIFS,

La Commission constate que le demandeur a suffisamment tenu compte des éléments de base de son précédent avis n° 17/2017 du 12 avril 2017 et constate qu'il y a une amélioration significative du Projet par rapport à la version qui a été introduite le 24 juillet 2017.

La Commission émet dès lors un **avis favorable** sur le Projet **à la condition stricte** qu'il soit tenu compte des remarques formulées aux points 35 et 36 du présent avis.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere