



Advies nr. 07/2018 van 17 januari 2018

Betreft: Ontwerp van decreet tot wijziging van het Vlaams Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1., 7.1.2., 7.1.5 en 13.2.1 van hetzelfde decreet (CO-A-2017-081)

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (hierna "de Commissie");

Gelet op de wet van 8 december 1992 *tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens* (hierna WVP), inzonderheid artikel 29;

Gelet op het verzoek om advies van de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie ontvangen op 27 november 2017;

Gelet op het verslag van de voorzitter;

Brengt op 17 januari 2018 het volgend advies uit:

De Commissie vestigt er de aandacht op dat er recent nieuwe Europese regelgeving inzake de bescherming persoonsgegevens werd uitgevaardigd: de algemene Verordening betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en de Richtlijn voor Politie en Justitie. Deze teksten verschenen in het Europese Publicatieblad van 4 mei 2016^[1].

De verordening, meestal AVG (Algemene Verordening Gegevensbescherming) genaamd, is van kracht geworden twintig dagen na publicatie, nl. op 24 mei 2016 en wordt, twee jaar later, automatisch van toepassing: 25 mei 2018. De richtlijn voor politie en justitie moet via nationale wetgeving omgezet worden tegen uiterlijk 6 mei 2018.

Voor de Verordening betekent dit dat vanaf 24 mei 2016, en gedurende de termijn van twee jaar voor de tenuitvoerlegging, op de lidstaten enerzijds een positieve verplichting rust om alle nodige uitvoeringsbepalingen te nemen en anderzijds ook een negatieve verplichting, de zogenaamde "onthoudingsplicht". Laatstgenoemde plicht houdt in dat er geen nationale wetgeving mag worden uitgevaardigd die het door de Verordening beoogde resultaat ernstig in gevaar zou brengen. Ook voor de Richtlijn gelden gelijkaardige principes.

Het verdient dan ook aanbeveling om desgevallend nu reeds op deze teksten te anticiperen. En het is in de eerste plaats aan de adviesaanvrager(s) om hier rekening mee te houden in zijn (hun) voorstellen of ontwerpen. De Commissie heeft in onderhavig advies, in de mate van het mogelijke en onder voorbehoud van mogelijke bijkomende toekomstige standpunten, alvast gewaakt over de hoger geschetste negatieve verplichting.

I. ONDERWERP EN CONTEXT VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. De Commissie sprak zich reeds in advies nr. 17/2017 van 12 april 2017 uit over de Conceptnota "uitrol van digitale meters in Vlaanderen" van de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie (hierna "het advies nr. 17/2017").

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

Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad*

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2016%3A119%3ATOC>

2. De Commissie ontving op 24 juli 2017 een adviesaanvraag van de Vlaams minister van Begroting, Financiën en Energie (hierna "de aanvrager") aangaande een ontwerp van decreet *tot wijziging van het Vlaams Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 13.2.1 van hetzelfde decreet* (hierna het "Vorige Ontwerp").

3. Gelet op het groot aantal vragen dat het Vorige Ontwerp opwierp en het belang van de tekst voor de bevolking werd bijkomend overleg gepleegd met de aanvrager teneinde een herziening van het Vorige Ontwerp te bekomen.

4. Het is dit herzien ontwerp (hierna "het Ontwerp") dat thans voor advies wordt voorgelegd.

II. INHOUD VAN HET ONTWERP

5. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de bedoeling van het Ontwerp is om in het Energiedecreet een afdoende wettelijke basis op te nemen met het oog op de uitrol en het beheer van de digitale en elektronische meters¹ in Vlaanderen en de aanvullende maatregelen voor de verwerking van de daaruit vloeiende (persoons)gegevens te bepalen.

6. Het Ontwerp bevat diverse aanpassingen die eigen zijn aan de werking van de elektriciteits- en aardgasmarkt (bvb. Takenpakket voor het beheer van het distributienet en het plaatselijk vervoernet van elektriciteit in artikel 11 van het Ontwerp ?, herziening van de taken van de distributienetbeheerders, introductie van een onderscheid tussen verschillende type meters zoals analoge meter, digitale meter en elektronische meter en de submeters). De Commissie beoordeelt hierna enkel de elementen die zij relevant of risicovol acht in het licht van de bescherming van persoonsgegevens.

III. ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

1. AVG Compliance

7. De Commissie neemt akte van de diverse wijzigingen in het Ontwerp die tot doel hebben om AVG compliance te verzekeren. Zij wijst er op dat deze elementen de betrokken

¹ Het Ontwerp definieert beiden in artikel 2 als :

"25°/2 digitale meter: een elektronische meter die energiestromen en aanverwante fysische grootheden meet en registreert en die uitgerust is met een tweerichtingscommunicatiemiddel, dat ervoor zorgt dat de gegevens niet alleen lokaal, maar ook op afstand uitgelezen kunnen worden zodat de meter in staat is om op basis van de gegevens die hij lokaal of van op afstand ontvangt bepaalde acties uit te voeren;"

(...)

"34° elektronische meter: een meter die energiestromen meet en registreert en die uitgerust is met een communicatiemiddel dat ervoor zorgt dat de gegevens niet alleen lokaal, maar ook op afstand uitgelezen kunnen worden."

verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers niet ontslaan van het naleven van de verplichtingen die uit de AVG voortvloeien maar die niet vermeld staan in het Ontwerp (bv. verplichtingen aangaande het register van verwerkingsactiviteiten, het verrichten van een gegevensbeschermingseffectbeoordeling ("DPIA"), de aanduiding van een ? functionaris voor gegevensbescherming of "DPO"). De wijzigingen in het Ontwerp om AVG compliance te verzekeren omvatten volgende elementen :

- een verwijzing naar de AVG en naar artikel 4.1° AVG voor de definitie van persoonsgegevens wordt opgenomen in artikel 1.1.3 punten 12°/2 en 99°/1 van het Energiedecreet (artikel 2 van het Ontwerp).
- aanduiding van de respectievelijke verwerkingsverantwoordelijken in de zin van artikel 4.7) AVG voor onderscheiden categorieën van (persoons)gegevens in de artikelen 36 (databeheerders), 37 (distributienetbeheerders), 38 (energieleveranciers), 39 (aanbieders van energiediensten), 40 (evenwichtsverantwoordelijken en bevrachters), 41 (overheden) en 42 (instellingen en natuurlijke personen of rechtspersonen aan wie de databeheerder toegang kan verlenen ingevolge het nieuwe artikel 4.1.22/5 van het Energiedecreet) van het Ontwerp;
- de toepassing van de risicogebaseerde aanpak onder de AVG op de voormelde actoren (de databeheerders, de netbeheerders en hun werkmaatschappij, de energieleveranciers, de aanbieders van energiediensten, de evenwichtsverantwoordelijken en bevrachters, de overheden en de instellingen en natuurlijke personen of rechtspersonen) wordt vermeld in de artikelen 37 tot en met 42 van het Ontwerp. Artikel 43 van het Ontwerp vermeldt een plicht voor deze actoren om *"een continu risicobeheersingssysteem met betrekking tot de waarschijnlijkheid en ernst van de uiteenlopende risico's voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen"* op te stellen. Dit komt tegemoet aan het advies nr. 17/2017² van de Commissie;
- het verstrekken van aanvullende informatie door de netbeheerder aan de netgebruiker bovenop deze waartoe de AVG verplicht m.b.t. het volledige potentieel van de meter, het gebruik van de gegevens van de digitale meter en de mogelijkheid voor de netgebruiker om zijn energieverbruik te controleren (artikel 43 van het Ontwerp). De Vlaamse Regering kan hierbij de nodige uitvoeringsmaatregelen nemen m.b.t. de procedures en modaliteiten van deze transparantie. Volgens de memorie van toelichting is het de bedoeling om op de website van de VREG een tabel te plaatsen zodat de betrokkene op begrijpelijke wijze het nodige inzicht krijgt over het gebruik van zijn gegevens. Ook dit komt tegemoet aan een eerdere vraag van de Commissie³ en de rechtspraak van het Hof van Justitie⁴;

² Zie de randnummers 21 en 22 van dit advies.

³ Zie randnummer 26 van het advies nr. 17/2017.

⁴ HvJ, Smaranda Bara vs. Roemenië, C-201/14, 1 oktober 2015.

- de toepassing van een gedragscode ten aanzien van de gegevens verwerkt via de submeters (artikel 43 van het Ontwerp). Uit de toelichting van de aanvrager blijkt dat deze gedragscode tot doel zou hebben om afdoende bescherming te voorzien voor de private submeters die volledig aan de commerciële markt worden overgelaten en die die niet worden gebruikt voor gereguleerde processen.

2. Wettelijke bepaling door (of krachtens) het Energiedecreet van de basiselementen voor toepassing van het dataproctierecht

8. De Commissie bepaalde eerder⁵ dat de (verplichte) plaatsing van de slimme meter een belangrijke inmenging in de persoonlijke levenssfeer vormt in de zin van de artikelen 8 EVRM en 22 Grondwet, die een afdoende basis in de (Vlaamse) wetgeving vergt. Zij stelde ook dat enkel de (regionale) wetgever de essentiële elementen kan en dient te bepalen, zoals (1) de categorieën van de verwerkte gegevens (2) de partijen die toegang zullen krijgen tot de gegevens, (3) de doeleinden waarvoor de gegevens zouden kunnen worden gebruikt en (4) de regeling van de gevallen waarin een verplichte plaatsing van digitale en elektronische meters wordt opgelegd.

9. Uit het Ontwerp blijkt dat werd voldaan aan deze opmerking.

10. De **persoonsgegevens** die de netbeheerders verwerken worden opgedeeld in drie categorieën : technische gegevens, relationele gegevens en meetgegevens (onder meer artikel 37 van het Ontwerp). Door expliciet te bepalen in artikel 37 van het Ontwerp dat (o.m.) technische gegevens persoonsgegevens kunnen zijn⁶ houdt de wetgever rekening met de gekende misvatting van technici om niet voldoende geaggregeerde “technische gegevens” niet te kwalificeren als persoonsgegevens.

11. Artikel 35 van het Ontwerp omschrijft **de partijen aan wie** de databeheerder gegevens kan verstrekken. Op vraag van de Commissie heeft de wetgever zich laten inspireren door het invoegen van een algemene bepaling in het Energiedecreet naar analogie met artikel 5 van de wet van 8 augustus 1983 *tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen*, en artikel 18 van de wet van 19 mei 2010 *houdende oprichting van de Kruispuntbank van de voertuigen*⁷.

12. De **doeleinden** waarvoor de gegevens zouden kunnen worden gebruikt staan systematisch vermeld in het Ontwerp per categorie van gebruikers en met vermelding van de respectievelijke

⁵ Randnummers 12 tot en met 14 van het advies nr. 17/2017 en randnummer 14 van het advies nr. 35/2017 betreffende een Voorontwerp van ordonnantie tot wijziging van diverse ordonnanties betreffende de gas- en elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest ?

⁶ Omdat er (on)rechtstreeks toch een link gelegd wordt (of kan gelegd worden) met natuurlijke personen via een uniek toegangspunt (bijvoorbeeld de EAN code) zal er in de praktijk vaak kunnen gesproken worden over persoonsgegevens.

⁷ B.S., 28 juni 2010.

categorieën van gegevens. Zo worden de doelstellingen en corresponderende gegevenscategorieën opgesomd voor de databeheerders (toegangsbeheer in artikel 35 van het Ontwerp en andere operaties in artikel 36 van het Ontwerp), de netbeheerders en hun werkmaatschappij (artikel 37 van het Ontwerp⁸), de aanbieders van energiediensten (artikel 39 van het Ontwerp), de evenwichtsverantwoordelijken en bevrachters (artikel 40 van het Ontwerp), de overheden (artikel 41 van het Ontwerp verwijst naar de respectievelijke bijzondere wet, decreet of ordonnantie).

13. Het Ontwerp maakt ook een onderscheid tussen de primaire en afgeleide **categorieën van persoonsgegevens**. De laatste categorie wordt immers gedefinieerd in artikel 2 van het Ontwerp als “persoonsgegevens die afgeleid kunnen worden uit de persoonsgegevens die in het kader van dit decreet verzameld worden”.

14. Het Ontwerp voorziet ook een verdere verduidelijking van **welke persoonsgegevens** de distributienetbeheerders en databeheerders precies kunnen (moeten) verwerken onder het Energiedecreet. Artikel 59 van het Ontwerp voegt in artikel 4.2.1., § 2 van het Energiedecreet toe dat het technisch reglement minimaal de lijst van rubrieken en gegevens, waaronder persoonsgegevens, moet bepalen die opgenomen zijn in het toegangsregister en die de distributienetbeheerder of databeheerder nodig hebben voor hun taken of een openbardienstverplichting.

15. De Commissie neemt hiervan akte. Een duidelijke aanwijzing van de persoonsgegevens helpt de betrokkenen die hun rechten wensen uit te oefenen zoals het recht van inzage. Het is ook een vertrekbasis voor de betrokken actoren die tegen ten laatste 25 mei 2018 een correct (volledig) **register van verwerkingsactiviteiten** zullen moeten aanleggen onder artikel 30 AVG. Het Ontwerp is zo opgesteld dat het door de betrokken verantwoordelijken zal kunnen worden gebruikt als basis voor het aanleggen van dit register.

16. Artikel 31 van het Ontwerp vermeldt tenslotte expliciet zes gevallen waar er een **plaatsingsplicht** zal zijn, naast een mogelijkheid voor de Vlaamse regering om bijkomende gevallen te bepalen. Concreet gaat het om de volgende gevallen :

“ 1° bij nieuwbouw en ingrijpende renovatie;

2° bij verplichte metervervanging;

3° bij installatie van nieuwe decentrale productie-installaties met een maximaal AC-vermogen van 10 kVa;

⁸ Voor de technische gegevens gaat het voornamelijk om netmanagement, keuze van de meetinrichting, de capaciteitsreservering, de fraudebestrijding, het meterbeheer, en de rapportering. Voor de relationele gegevens betreft het klantbeheer, de levering in het kader van de rol als sociale leverancier en de fraudebestrijding. Voor de meetgegevens betreft het verwerkingen met het oog op het netmanagement voor een veilig, betrouwbaar en efficiënt net, het netmanagement in het kader van de aansluitvoorwaarden, de levering in het kader van de rol als sociale leverancier, de fraudebestrijding en de rapportering.

- 4° *bij vervanging van bestaande actieve budgetmeters en plaatsing van nieuwe budgetmeters;*
- 5° *bij bestaande prosumenten;*
- 6° *op verzoek van de netgebruiker."*

17. Het omschrijven van de gevallen van plaatsingsplicht in het Energiedecreet komt ook tegemoet aan de overweging dat het opleggen van een plaatsing van een slimme meter een belangrijke inmenging in de persoonlijke levenssfeer is in de zin van de artikelen 8 EVRM en 22 Grondwet. Dit gelet op het toegenomen risico om het (energie) gedrag van natuurlijke personen in hun huiselijke kring op te volgen, en dit gedrag te onderzoeken voor diverse doeleinden.

3. Recht op bescherming van persoonsgegevens

18. Het artikel 34 van het Ontwerp voegt een artikel 4.1.22/4 in in het Energiedecreet dat luidt als volgt : *"De betrokkene behoudt de zeggenschap over zijn persoonsgegevens uit de digitale meter, de elektronische meter en de analoge meter conform de diverse rechten en plichten voorzien door de wetgever, tenzij op basis van de gevallen en onder de voorwaarden en waarborgen, bepaald door of krachtens wet of decreet"*. De Commissie neemt hiervan akte.

19. In dit verband wijst de Commissie op het feit dat artikel 35 van het Ontwerp in punt 5° van een nieuw artikel 4.1.22/5 van het Energiedecreet de doorgifte van de metergegevens aan andere partijen mogelijk maakt *"op voorwaarde dat de netgebruiker en in voorkomend geval de natuurlijke persoon van wie de persoonsgegevens worden verwerkt, toestemming heeft gegeven aan die partij."*

20. De Commissie vestigt de aandacht op volgend pijnpunt: de netgebruiker zal niet altijd de betrokken natuurlijke persoon zijn⁹ (de persoon op wiens naam de injectie of de afname geregistreerd staat vs. de personen die deel uitmaken van een huishouden). De toestemming die de netgebruiker geeft, is persoonlijk. Ze kan geen basis vormen voor de doorgifte als er andere betrokkenen naast de netgebruiker zijn. Bovendien wees de Commissie er eerder¹⁰ al op dat er sowieso niet altijd sprake zal zijn van toestemming in de zin van de AVG omdat de AVG op dat vlak een heel strikte interpretatie erop nahoudt (bv. bij een situatie van een toetredingscontract, enkel een bepaling in de algemene voorwaarden van de andere partij zal geen toestemming kunnen uitmaken in de zin van de AVG).

21. De databeheerder draagt derhalve onder artikel 35 van het Ontwerp de volle verantwoordelijkheid om de passende technische en organisatorische maatregelen te nemen¹¹ om na

⁹ Een gelijkaardige situatie vindt men op de telecommarkt waar de abonnee niet steeds de betrokkene is (bv. contracten afgesloten door de werkgever ten behoeve van werknemers).

¹⁰ Zie de randnummers 44 en 45 van het advies nr. 17/2017.

¹¹ Artikel 5 1. f) AVG.

te gaan of elke betrokkene toestemming verleent. Dit houdt onder meer een controle in op de vraag of de andere partij die gegevens opvraagt op basis van de toestemming van de betrokkene dit ook doet conform de voorwaarden van de AVG, waaronder de mogelijkheid van intrekking van de toestemming, na te gaan of de toestemming vrij en duidelijk en specifiek is. Mocht de databeheerder de AVG op dat punt niet naleven, dan is er potentieel sprake van een onrechtmatige verwerking (artikel 6 AVG) en/of een inbreuk in verband met persoonsgegevens (wegens een onrechtmatige schending van de vertrouwelijkheid van de persoonsgegevens onder artikelen 5.1 f), 32.1 b) en 33 AVG).

4. Schaderegeling “als gevolg van een inbreuk in verband met de persoonsgegevens

22. Artikel 28 van het Ontwerp voert een artikel 4.1.11/6 in in het Energiedecreet, dat luidt als volgt :

“De databeheerder is de betrokkene vergoeding verschuldigd van de schade die de betrokkene lijdt als gevolg van een inbreuk in verband met de persoonsgegevens die de databeheerder beheert, valideert en bewaart. De betrokkene dient hiervoor enkel de schade en het oorzakelijk verband tussen de inbreuk en de schade te bewijzen.

De databeheerder wordt in de rechten van de betrokkene gesteld ten opzichte van de veroorzaker van de inbreuk, voor de vergoeding die hij heeft betaald met toepassing van dit artikel.

De Vlaamse Regering bepaalt, na advies van de VREG, de voorwaarden en de procedure om de vergoeding aan te vragen”.

23. De Commissie wijst er op dat rekening moet worden gehouden met het recht op schadevergoeding van de betrokkene onder artikel 82 AVG in geval van inbreuk op de AVG. De AVG gaat hierbij uit van een “volledige en daadwerkelijke vergoeding”¹² van “de gehele schade”¹³ (in brede betekenis) van de betrokkene voor inbreuk op de AVG. De schadevergoeding is dan ook niet beperkt tot de databeheerder, maar van toepassing op elke verwerkingsverantwoordelijke (naargelang de verwerking kan dit bvb een distributienetbeheerder of een energiedienstenbedrijf (“ESCO”) zijn). Anderzijds hoeft een datalek op zich niet noodzakelijk gepaard te gaan met de niet naleving van de AVG (bvb een inbreuk in verband met persoonsgegevens waar de verwerkingsverantwoordelijke de AVG niet heeft geschonden).

24. Nu noch het Ontwerp, noch de memorie van toelichting verduidelijken hoe artikel 28 van het Ontwerp zich verhoudt ten opzichte van artikel 82 AVG en de duidelijkheid van de bepaling voor de nodige discussie kan zorgen, stelt de Commissie voor om toe te voegen dat deze schadevergoeding geldt “onverminderd de toepassing van artikel 82 AVG”.

¹² Overweging 146 AVG en artikel 82.5 AVG (“geheel heeft vergoed”).

¹³ Artikel 82.4 AVG. De overweging 146 AVG stelt “De verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker moeten alle schade vergoeden die iemand kan lijden ten gevolge van een verwerking die inbreuk maakt op deze verordening”.

5. Rol van de "databeheerder" als "authentieke bron"

5.1. Afscheiden van het "databeheer" van het "netbeheer"

25. Het Ontwerp voert de nieuwe rol in van databeheerder die wordt aangeduid door de Vlaamse Regering (artikel 15 van het Ontwerp), en een aantal kernverwerkingen overneemt van de distributienetbeheerder. De voorwaarden waaraan de databeheerder zal moeten voldoen, zullen worden bepaald door een besluit van de Vlaamse Regering (artikel 16 van het Ontwerp).

26. Uit de memorie van toelichting blijkt dat "*de verzameling gegevens die deze rechtspersoon verzamelt en beheert wordt beschouwd als de meest volledige en kwalitatief hoogstaande bron van gegevens (authentieke bron).*"

27. De databeheerder krijgt een aantal **kerntaken** in artikel 19 van het Ontwerp, die verwerkingen van persoonsgegevens inhouden¹⁴.

28. In artikel 36 van het Ontwerp wordt vermeld dat deze databeheerder een verwerkingsverantwoordelijke is in de zin van artikel 4.7) AVG voor de persoonsgegevens.

¹⁴ "1° het af- en uitlezen van de digitale, elektronische en analoge meters en tellers op de toegangspunten van het distributienet voor:

a) allocatie, reconciliatie en facturatie in het kader van de aankoop en verkoop van elektriciteit en aardgas;
 b) het aanbieden van energiediensten door een derde na expliciete en geïnformeerde toestemming van de afnemer;
 c) netbeheer en operationele veiligheid;

2° het beheren van het toegangsregister;

3° het beheren, verwerken, beveiligen en bewaren van de technische, relationele en meetgegevens, en het instaan voor de waarachtigheid en nauwkeurigheid, onder voorbehoud van de gegevens in beheer van de distributienetbeheerder die noodzakelijk zijn voor het beheer van het distributienet zoals vermeld in artikel 4.1.6, §1, 12°;

4° de bepaling en de validatie van de injectie en de afname van de producenten en afnemers die aangesloten zijn op de distributienetten;

5° het verstrekken van de nodige gegevens aan de distributienetbeheerder, de beheerder van het transmissienet, de vervoeronderneming en de beheerder van het plaatselijk vervoernet in het kader van netbeheer en operationele veiligheid;

6° het faciliteren van de ontwikkeling van innovatieve diensten en producten als dat conform de regelgeving met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens is;

7° het verstrekken van de nodige gegevens aan de producenten, de evenwichtsverantwoordelijken, de bevrachters, de tussenpersonen, de leveranciers, de beheerder van het plaatselijk vervoernet, de transmissienetbeheerder, de afnemers, de VREG en de aanbieders van energiediensten, waaronder ESCO's en aggregatoren, om de energiemarkt te faciliteren en dit op een evenwaardige manier;

8° het verstrekken van de nodige gegevens aan overheden voor het uitoefenen van hun taak;

9° het verstrekken van geanonimiseerde gegevens voor wetenschappelijk onderzoek;

10° het voor de betrokkene mogelijk maken zijn rechten uit te oefenen met betrekking tot de verwerking van zijn persoonsgegevens."

5.2. Onafhankelijkheid van het databeheer

29. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de taken van "databeheer" en "netbeheer" worden gescheiden, waarbij de wetgever enkele waarborgen wil bieden die de onafhankelijkheid van het databeheer moeten verzekeren.

30. De memorie van toelichting stelt verder "*Ten eerste wordt de regelgeving aangepast aan de introductie van de databeheerder. Er wordt een nieuwe procedure beschreven met voorwaarden die vervuld moeten zijn tot aanwijzing en beëindiging van de databeheerder. (...) Er wordt een limitatieve lijst van taken opgenomen voor de databeheerder en strategische en vertrouwelijke aangelegenheden gedefinieerd waarvoor de databeheerder beroep moet doen op eigen personeel en middelen voor beslissingen hierover. Net als de distributienetbeheerder wordt de databeheerder uitgesloten van het aanbieden van commerciële energiediensten of het optreden als aggregator.*"

31. Het Ontwerp vermeldt zowel het principe van onafhankelijkheid van de distributienetbeheerder ten opzichte van de databeheerder (artikel 10 van het Ontwerp) als onafhankelijkheidsvereisten van de databeheerder (artikel 16 van het Ontwerp). In § 4 van het nieuwe artikel 4.1.8/3 van het Energiedecreet ingevoegd door artikel 16 van het Ontwerp is een mogelijkheid opgenomen om de aanwijzing van de databeheerder te beëindigen indien deze de AVG zou schenden.

32. De Commissie neemt hiervan akte doch stelt vast dat de voormelde onafhankelijkheid duidelijk zeer relatief is gelet op de volgende bepalingen in het Ontwerp :

- artikel 10 van het Ontwerp stelt dat de onafhankelijkheid een "beheersmatige of juridische onafhankelijkheid is", hetgeen impliceert dat dezelfde rechtspersoon diverse functies kan verenigen (databeheer, distributienetbeheer, sociale energieleverancier);
- volgens het Ontwerp zal enkel een werkmaatschappij van de distributienetbeheerder de kandidaat-databeheerder kunnen zijn (artikel 16 van het Ontwerp voegt hiertoe een bepaling in in artikel 4.1.8, § 2, 5° van het Energiedecreet). De memorie van toelichting verduidelijkt dat het de bedoeling is te anticiperen op "*de aangekondigde fusie van de werkmaatschappijen Eandis en Infrac tot één werkmaatschappij Fluvius*", en dat de voormelde onafhankelijkheid niet inhoudt dat eenzelfde rechtspersoon niet kan optreden of worden aangesteld als zowel netbeheerder als databeheerder. De verstrengeling tussen de functie van de distributienetbeheerder en de databeheerder is derhalve verankerd in de artikelen 10 en 16 van het Ontwerp;
- volgens artikel 16 van het Ontwerp zal een onbezoldigde regeringsafgevaardigde zetelen met raadgevende stem in het bestuursorgaan van de databeheerder, aangesteld en afgezet bij besluit van de Vlaamse Regering op voordracht van de minister.

33. In het kader van de verplichte aanduiding van de **functionaris voor gegevensbescherming** ("DPO") onder artikel 37.1 AVG is de Commissie van oordeel dat de onafhankelijkheid van de DPO binnen de organisatie van de databeheerder impliceert dat deze persoon en de organisatie waarbinnen hij dient te werken bij de werking in verband met persoonsgegevens ook voldoende onafhankelijk ten opzichte van de diverse actoren op de energiemarkt en de lokale besturen en Vlaamse Regering moeten zijn.

34. In de memorie van toelichting wordt wel verwezen naar "chinese walls" die de Vlaamse Regering zou instellen om beheersmatige onafhankelijkheid te waarborgen. De Commissie is in dat opzicht van oordeel dat de onafhankelijkheid van de DPO bij het beheer van de authentieke bron (vooral ten opzichte van de distributienetbeheerders, de lokale besturen en intercommunales en de Vlaamse Regering) onvoldoende is gewaarborgd met de verwijzing in de memorie van toelichting naar een mogelijke introductie van "chinese walls" door de Vlaamse Regering. Deze maatregel weegt niet op tegen het risico op belangenvermenging bij de besluitvorming in het bestuur van een maatschappij die zowel de petjes van databeheerder als distributienetbeheerder draagt. Een correcte toepassing van de AVG op de doorgifte van persoonsgegevens van de databeheerder aan de distributienetbeheerder vergt meer dan een juridische en beheersmatige scheiding om beoordeling conform de beginselen van de AVG door de databeheerder en diens DPO te waarborgen.

35. De Commissie acht het derhalve noodzakelijk dat de artikelen 10 en 16 van het Ontwerp zodanig worden aangepast zodat afdoende kan worden gewaarborgd dat de in de schoot van de databeheerder aangeduide DPO op onafhankelijke en autonome wijze zal kunnen functioneren ten opzichte van het bestuursorgaan van de databeheerder, de distributienetbeheerder, de intercommunales, politieke organen en lokale besturen.

36. De toevoeging van een concrete bepaling in het Ontwerp dat de databeheerder en diens DPO in hun werking in verband met persoonsgegevens geen directe instructies mogen ontvangen van de Vlaamse regering of de publieke of particuliere entiteiten vermeld in de artikelen 37 tot en met 42 van het Ontwerp, zou op dat vlak de naleving van artikel 38.3 AVG en het onafhankelijk databeheer van de authentieke bron helpen waarborgen.

6. Waarborgen inzake data mining, profilering en geautomatiseerde besluitvorming

37. De Commissie drong in haar eerder advies¹⁵ en big data rapport aan op bijkomende waarborgen bij gebruik van onderzoekstechnieken zoals data mining of profilering ten aanzien van slimmetergegevens.

38. In artikel 43 van het Ontwerp wordt er aanvullende transparantie voorzien (*“Als de voormelde partijen gebruikmaken van onderzoekstechnieken zoals datamining, profilering en geautomatiseerde besluitvorming, vermelden ze dat uitdrukkelijk en geven ze inzage in de gebruikte methodologische keuzes”*)

39. De Commissie wijst op het feit dat de bewoording “de gebruikte methodologische keuzes” slechts een deel omvat van wat vermeld stond in aanbeveling 25 van haar big data rapport¹⁶. Zij wees in deze aanbeveling op de nood aan aanvullende transparantie van de “sleutel informatie” van het algoritme (doelstelling en verantwoordelijkheid, gebruikte data, de belangrijkste methodologische keuzes onder het model, en de te voorzien gevolgen voor de betrokkenen). Ook de betrouwbaarheid (foutenmarge van het model), en de eventuele neveneffecten van bepaalde modellen op de rechten en vrijheden van de betrokkenen kunnen immers ter discussie komen te staan en behoeven aanvullende transparantie (bv. gebruik in de strijd tegen energiefraude,...) ¹⁷.

40. De Commissie wenst derhalve dat de aanvullende transparantie in artikel 43 van het Ontwerp ook betrekking heeft op de voormelde sleutel informatie in de zin van aanbeveling 25 van haar big data rapport.

7. Beheer van geschillen en gedragscode inzake submeters

41. De bestaande bemiddelingsbevoegdheid van de VREG m.b.t. bepaalde materies van het Energiedecreet ingevolge artikel 3.1.3., 3° van het Energiedecreet wordt uitgebreid door artikel 3 van het Ontwerp tot het bemiddelen bij geschillen en het beslechten van geschillen tegen de databeheerder. Het Energiedecreet lijkt niet uit te sluiten dat deze bemiddelingsbevoegdheid van de VREG ook betrekking kan hebben op geschillen tussen de betrokkene en een distributienetbeheerder of databeheerder (bv. in verband met de betwisting van een kwalificatie door de betrokkene van energiefraude door de distributienetbeheerders). In dat geval zou de DPO van de distributienetbeheerder moeten worden

¹⁵ Zie randnummers 37 tot en met 39 van het advies nr. 17/2017

¹⁶ https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Big_Data_Rapport_2017.pdf.

¹⁷ Hof van Justitie, Opinie 1/2015 van 26 juli 2017. In de paragrafen 131, 168 en volgende van deze opinie wordt gewezen op de voorafbepaalde modellen en criteria met een “significante foutenmarge” en de keuze van de databanken voor bestandsvergelijking van de geautomatiseerde PNR analyses, die de mate van inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene bepalen. Het Hof wenste dat de betrouwbaarheid en actualiteit van deze vooraf bepaalde modellen, criteria en databanken zou deel uitmaken van het opvolgend “joint review” toezicht onder de PNR Overeenkomst, teneinde de noodzakelijkheid en het niet discriminatoir karakter te bewaken (§ 174).

betrokken bij deze bemiddeling teneinde een aanbeveling te formuleren. De DPO dient immers ingevolge artikel 38.1 AVG "*naar behoren en tijdig (te worden) betrokken bij alle aangelegenheden die verband houden met de bescherming van persoonsgegevens*".

42. Volgens artikel 43 van het Ontwerp kan de Vlaamse Regering een gedragscode opstellen om te bepalen hoe de energieleveranciers en aanbieders van energiediensten moeten omgaan met de gegevens verkregen uit de submeter. Hoewel de Commissie de potentiële toegevoegde waarde van deze bepaling erkent, wijst zij er op dat dit artikel 43 op enkele punten moet worden herschreven teneinde de conformiteit met de AVG te bereiken :

- de rol van de Vlaamse Regering is volgens de AVG om facilitair te werken in plaats van om de gedragscode zelf op te stellen (artikel 40.1 AVG spreekt van "bevorderen");
- een gedragscode kan enkel worden opgesteld door "Verenigingen en andere organen die categorieën van verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers vertegenwoordigen" (artikel 40.2 AVG);
- de gedragscode moet een toegevoegde waarde bieden en een toezichthoudend orgaan instellen (artikel 40.4 AVG).

8. Onduidelijkheden en terminologische opmerkingen

43. Punt 10 van het nieuwe artikel 4.1.8./4 ingevoegd door artikel 19 van het Ontwerp voegt als taak van het databeheer toe om "*het voor de betrokkene mogelijk (te) maken zijn rechten uit te oefenen met betrekking tot de verwerking van zijn persoonsgegevens.*" Nu het gaat om een wettelijke plicht onder de AVG die niet enkel weegt op de databeheerder (maar ook op elke verwerkingsverantwoordelijke), stelt de Commissie de toegevoegde waarde en duidelijkheid van deze bepaling in vraag.

44. In het Ontwerp worden de termen "netgebruiker" en "betrokkene" door elkaar gebruikt, terwijl het geen synoniemen zijn (zie bv. alinea 1 vs. alinea 3 van het nieuwe artikel 4.1.22./13 ingevoegd door artikel 43 van het Ontwerp. De Commissie wees er hiervoor op dat de netgebruiker niet altijd de betrokkene zal zijn, en dat elke betrokkene sowieso zijn rechten onder de AVG behoudt, zelfs indien het Ontwerp op dat vlak niet expliciet is of de betrokkene niet de netgebruiker is.

IV. BESLUIT

45. Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat het Ontwerp afdoende waarborgen biedt ter bescherming van de betrokken persoonsgegevens, op voorwaarde dat volgende opmerkingen worden geïntegreerd:

- bijkomend nazicht qua consistentie op het gebruik van de termen "netgebruiker" en "betrokkene" in het Ontwerp (randnummers 20 en 44);
- opname in artikel 28 van het Ontwerp dat de schadevergoeding geldt "onverminderd de toepassing van artikel 82 AVG" (randnummer 24);
- ingevolge artikel 38.3 AVG de onafhankelijke werking in verband met persoonsgegevens van de DPO en de databeheerder waarbinnen hij is aangeduid afdoende is gewaarborgd (randnummers 35 en 36);
- de aanpassing van de regeling inzake gedragscodes in artikel 43 van het Ontwerp aan de vereisten van artikel 40 AVG (randnummer 42).

OM DEZE REDENEN

De Commissie stelt vast dat de aanvrager afdoende rekening hield met de basiselementen uit haar eerdere advies nr. 17/2017 van 12 april 2017, en stelt vast dat er hierbij een aanzienlijke verbetering is van het Ontwerp ten opzichte van de versie die werd ingediend op 24 juli 2017.

De Commissie brengt derhalve een **gunstig advies** uit over het Ontwerp onder de **strikte voorwaarde** dat aan de opmerkingen onder de in het advies vermelde randnummers 35 en 36 tegemoet wordt gekomen.

De Wnd. Administrateur,

De Voorzitter,

(get.) An Machtens

(get.) Willem Debeuckelaere