



Avis n° 17/2017 du 12 avril 2017

Objet : Projet de note "uitrol van digitale meters in Vlaanderen" (déploiement des compteurs numériques en Flandre) du ministre flamand du Budget, des Finances et de l'Énergie (CO-A-2017-009)

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 13 février 2017 ;

Vu le rapport du Président ;

Émet, le 12 avril 2017, 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 GDPR (General Data Protection Regulation ou RGPD pour 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.

^[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>

I. INTRODUCTION

1. Le 13 février 2017, la Commission a reçu une demande d'avis du Ministre flamand du Budget, des Finances et de l'Énergie (ci-après "le demandeur") sur le projet de note "uitrol van de digitale meters in Vlaanderen" (déploiement des compteurs numériques en Flandre) (ci-après "le projet de note").

2. D'après les explications, ce projet de note a été approuvé par le Gouvernement flamand le 3 février 2017.

II. CONTEXTE DE LA DEMANDE

3. Ces dernières années, les gestionnaires de réseaux de distribution ont lancé des projets pilotes relatifs aux compteurs intelligents. En 2012, la VREG a publié un communiqué¹ concernant les projets pilotes en cours.

4. Dans sa recommandation n° 04/2011 du 15 juin 2011², la Commission a attiré l'attention sur plusieurs principes qu'elle jugeait applicables au traitement de données à caractère personnel via les "smart grids" et/ou les compteurs (de gaz, d'électricité et d'eau) intelligents.

5. Ces dernières années, la Commission a déjà eu à plusieurs reprises des concertations informelles avec les contrôleurs (VREG, BRUGEL et CWAPE via la plateforme BEREC) et les gestionnaires de réseaux de distribution (EANDIS, INFRAx, SIBELGA et ORES). En ce qui concerne les fournisseurs d'énergie locaux, contact a été pris en 2016 avec la confédération européenne CEDEC.

6. La Commission européenne a publié deux recommandations appelant les acteurs concernés (les gestionnaires de réseaux de distribution) à réaliser une analyse d'impact relative à la protection des données (ce que l'on appelle un Data Protection Impact Assessment ou "DPIA"). Il s'agit notamment de la recommandation 2012/148/EU de la Commission européenne du 9 mars 2012 *relative à la préparation de l'introduction des systèmes intelligents de mesure*³ et de la recommandation 2014/724/EU de la Commission européenne du 10 octobre 2014 *concernant le*

¹ VREG, Communication de la VREG du 1^{er} octobre 2012 concernant les tests (projet pilote) effectués avec des compteurs intelligents, avec une attention particulière pour la sécurité des données & la vie privée, http://www.vreg.be/sites/default/files/mededelingen/mededeling_slimme_meters.pdf

² Recommandation n° 04/2011 de la Commission du 25 juin 2011 *quant aux principes à respecter pour les smart grids et les compteurs intelligents*, publiée à l'adresse https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_04_2011_0.pdf.

³ publié sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:073:0009:0022:NL:PDF>.

*modèle d'analyse d'impact sur la protection des données des réseaux intelligents et des systèmes intelligents de mesure*⁴.

7. Ces recommandations ont été suivies de la publication d'un modèle ("template") pour la réalisation d'un DPIA⁵, élaboré par le groupe d'experts 2 de la task-force sur les réseaux intelligents de la Commission européenne. Les différentes versions de ce DPIA ont été soumises pour la dernière fois pour avis au groupe de travail Article 29 en 2013⁶.

8. Dans la réglementation flamande, à l'article 4.1.22/2⁷ du Décret flamand du 8 mai 2009 *portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie*⁸ (ci-après le "Décret sur l'Énergie"), une base est créée⁹ depuis 2014 pour le déploiement de compteurs intelligents.

9. Jusqu'à présent, les arrêtés d'exécution font défaut au niveau flamand tant pour le déploiement du compteur (d'électricité et de gaz) intelligent que pour l'utilisation des données du compteur.

III. ANALYSE DE L'ARTICLE 4.1.22/2 du Décret sur l'Énergie

10. Vu que le projet de note est basé sur la disposition du Décret flamand sur l'Énergie mentionnée au point 8, et que l'avis de la Commission n'a pas été demandé auparavant concernant cette disposition, la Commission analyse la disposition susmentionnée du Décret sur l'Énergie.

11. La Commission constate que les paragraphes 1 et 4 de l'article 4.1.22/2 susmentionné du Décret sur l'Énergie octroient des compétences très étendues au Gouvernement flamand pour définir

⁴ publié sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0724&from=EN>

⁵ <https://ec.europa.eu/energy/en/test-phase-data-protection-impact-assessment-dpia-template-smart-grid-and-smart-metering-systems>

⁶ Groupe 29, Avis 07/2013 du 4 décembre 2013 *sur le modèle d'analyse d'impact relative à la protection des données pour les réseaux intelligents et les systèmes de relevés intelligents (modèle d'AIPD) élaboré par le groupe d'experts 2 de la task-force sur les réseaux intelligents de la Commission*, publié sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp209_fr.pdf.

⁷Cet article est libellé comme suit : "*§ 1^{er}. Le Gouvernement flamand arrête les situations dans lesquelles le gestionnaire de réseau et le gestionnaire d'un réseau de distribution fermé mettront en place un compteur intelligent.*

§ 2. En cas de mise en place d'un compteur intelligent, le gestionnaire de réseau et le gestionnaire d'un réseau de distribution fermé veillent à ce que le client soit suffisamment informé et conseillé quant à ses droits et obligations et au potentiel complet du compteur, notamment en ce qui concerne l'utilisation des données du compteur intelligent et la possibilité pour le client de contrôler sa consommation d'énergie.

§ 3. Le Gouvernement flamand arrête les conditions auxquelles ces compteurs intelligents doivent satisfaire.

§ 4. Le Gouvernement flamand arrête les parties et les objectifs pour lesquels elles ont accès à des données spécifiques des compteurs intelligents. § 5. Les parties qui, par le biais du présent décret et de ses dispositions d'exécution, obtiennent accès aux données de ces compteurs intelligents, veillent à ce que la sécurité des données soit assurée en tout temps, et qu'il soit satisfait à la législation relative à la protection de la vie privée."

⁸ M.B. du 7 juillet 2009, modifié pour la dernière fois par le décret du 27 novembre 2015 *portant des dispositions diverses en matière d'énergie*

⁹ Par le décret du 14 mars 2014 *modifiant le Décret relatif à l'Énergie du 8 mai 2009, en ce qui concerne la transposition de la Directive de l'Union européenne 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, et l'octroi de certificats d'électricité écologique, de certificats de cogénération et de garanties d'origine*

des éléments essentiels tels que (1) les parties qui auront accès aux données, (2) les finalités pour lesquelles les données pourraient être utilisées et (3) la réglementation des cas où une installation obligatoire de compteurs intelligents serait imposée.

12. À la lumière de l'article 22 de la Constitution, le législateur ne peut et ne doit pas régler tous les aspects relatifs aux compteurs intelligents. Il existe cependant une jurisprudence constante¹⁰ de la Cour constitutionnelle ainsi qu'une doctrine¹¹ en vertu desquelles des éléments essentiels tels que les catégories de données traitées¹² et les finalités pour lesquelles elles peuvent être utilisées¹³ ne peuvent être déterminés que par le législateur.

13. La définition des cas d' "obligation d'installation", donc les cas où la personne concernée ne peut pas refuser l'installation du compteur intelligent, constitue également une ingérence importante dans la vie privée. Il s'avère à présent que cet élément est laissé à l'appréciation du Gouvernement flamand. D'après la note conceptuelle, un compteur intelligent sera obligatoirement installé dans les cas suivants :

- nouvelle construction (+/- 50.000/an) ;
- remplacement obligatoire du compteur et rénovation en profondeur (+/- 120.000/an) ;
- installation de nouvelles unités de production décentralisées < 10kVA (+/- 15.000/an) où le compteur de production est également connecté au dispositif de mesure numérique ;
- remplacement de compteurs à budget actifs existants et installation de nouveaux compteurs à budget (+/- 40.000 E et 28.000 G compteurs actifs existants)
- chez des prosommateurs existants (+/- 240.000 prosommateurs)

(...)

dès que le compteur numérique aura atteint un taux de pénétration critique déterminé, les compteurs Ferraris restants seront obligatoirement remplacés afin de ne pas devoir entretenir inutilement deux systèmes parallèles. [Ndt : tous les extraits du projet de note ont fait l'objet d'une traduction libre effectuée par le Secrétariat de la Commission en l'absence de traduction officielle]

¹⁰Voir notamment le point B.10.3 de la Cour Const., 14 décembre 2005, n° 189/2005; points B.19 et B.20 de la Cour Const., 14 juin 2006, n° 94/2006 ; Point B.6.2. de la Cour Const., 21 décembre 2004, n° 202/2004 concernant le recours en annulation de la loi du 6 janvier 2003 *concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête*, introduit par l'asbl Ligue des droits de l'homme et autres) ; point B.42 de la Cour const. 26 juin 2008, n° 95/2008 concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, introduit par l'asbl "Vluchtelingenwerk Vlaanderen" et l'asbl "Association pour les droits des Étrangers" et autres.

¹¹ DE BOT, D. et DE HERT, P., *Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid persoonsgegevens verwerkt, maar toch vaak*, CDPK, 2013, 366.

¹² Voir les points 29 à 33 inclus de l'avis n° 45/2013 du 2 octobre 2013 *concernant le projet de Code wallon de l'Agriculture*, le point 26 de l'avis n° 36/2011 du 21 décembre 2011 et le point 15 de l'avis n° 08/2005 du 25 mai 2005 *concernant l'avant-projet de loi relatif à l'analyse de la menace*.

¹³ Voir le point 15 de l'avis n° 08/2005 du 25 mai 2005 *concernant l'avant-projet de loi relatif à l'analyse de la menace* et le point 26 de l'avis n° 36/2011 du 21 décembre 2011.

14. La Commission estime qu'outre les éléments mentionnés au point 12, les principes de base suivants doivent être clairement repris dans le Décret sur l'Énergie :

- la définition des cas d'obligation d'installation ;
- la définition du principe selon lequel la personne concernée conserve le contrôle de ses données à caractère personnel conformément aux divers droits et obligations prévus par le RGPD, hormis sur la base des cas et selon les conditions et les garanties qui sont clairement définis par le législateur ;
- la définition des garanties¹⁴ lors de l'application du profilage, du data mining et/ou d'analyses "big data" sur des données de compteurs intelligents par des autorités flamandes ou autres (par ex. fisc, sécurité sociale). La Commission renvoie à un précédent avis¹⁵ émis dans le cadre de la lutte contre la fraude à l'énergie ainsi qu'aux 33 recommandations formulées concernant le big data¹⁶.

IV. EXAMEN DU PROJET DE NOTE

1. Conformité au RGPD

15. Le projet de note confirme le principe de conformité du "gestionnaire de données" avec le RGPD¹⁷.

16. La Commission aurait préféré voir répéter le principe général revu dans la directive européenne relative à l'efficacité énergétique, selon lequel¹⁸ : *"Lorsque et dans la mesure où les États membres mettent en place des systèmes intelligents de mesure et des compteurs intelligents pour le gaz naturel et/ou l'électricité", ils doivent veiller à "assurer la sécurité des compteurs intelligents et de la communication des données ainsi qu'à garantir la protection de la vie privée des clients finals, conformément à la législation de l'Union en matière de protection des données et de la vie privée".*

17. Le projet de note vise surtout la gestion de données et l'utilisateur final concerné. Le RGPD vaut toutefois pour l'ensemble des responsables du traitement et/ou des sous-traitants dans le marché

¹⁴ À la lumière des exigences de transparence de la législation, de proportionnalité du traitement et de l'exigence de garanties concrètes suffisantes pour assurer une utilisation socialement justifiée de la surveillance et du data mining des données de compteurs intelligents.

¹⁵ Voir l'avis n° 25/2016 du 8 juin 2016 sur le projet de décret "modifiant le Décret sur l'Énergie du 8 mai 2009, en ce qui concerne la prévention, la détection, la constatation et la sanction de la fraude à l'énergie".

¹⁶ CPVP, Big Data Rapport, 22 février 2017, <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Big%20Data%20voor%20MindMap%2022-02-17%20fr.pdf>

¹⁷ Voir le passage : *"Le gestionnaire de données veille à la confidentialité et à la sécurité des données collectées. Il joue un rôle de protection de la vie privée, veille à être en conformité avec le nouveau Règlement européen sur la protection des données (General data protection regulation (GDPR)) et est responsable de l'élaboration périodique d'une analyse d'impact relative à la protection des données."*

¹⁸ Article 9 2. b) Directive 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE.

de l'énergie ou en dehors qui traitent des données à caractère personnel des compteurs intelligents. Le RGPD n'est donc pas uniquement applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution mais à tous les acteurs pertinents qui traitent des données à caractère personnel liées aux compteurs intelligents, tels que les fournisseurs d'énergie¹⁹, les tiers qui reçoivent les données des compteurs intelligents pour proposer des services et les autorités qui peuvent obtenir les données des compteurs afin d'exercer leurs tâches et compétences légales, comme les villes et communes.

18. Le RGPD instaure de nouvelles obligations et de nouveaux principes qui s'appliquent aux acteurs précités, comme :

- l'obligation de responsabilité ("accountability")²⁰ ;
- l'analyse d'impact relative à la protection des données (ou "data protection impact assessment")²¹ (voir la référence au DPIA ci-avant) ;
- la constitution d'une documentation interne²² ;
- les principes de la protection des données dès la conception ("privacy by design")²³ et de la protection des données par défaut ("privacy by default")²⁴. Ces principes impliquent que tous les acteurs devront indiquer si et comment les paramètres standard du compteur intelligent et des nouveaux produits et services basés sur cette technologie protègent la vie privée. Ce principe a un impact sur le statut par défaut "fermé" des ports de données pour les tiers et sur les paramètres standard des diverses applications que la personne concernée utilisera (par ex. des sous-compteurs).

2. Besoin de clarté concernant la légitimité en vertu de la loi vie privée pour toutes les finalités d'utilisation distinctes (traitements de données à caractère personnel)

19. Le projet de note renvoie à une discussion sur les fonctionnalités des compteurs intelligents²⁵. Dans la recommandation n° 04/2011 de la Commission du 15 juin 2011²⁶, une distinction de base a déjà été établie entre les diverses fonctionnalités. Le projet de note²⁷ et la réglementation européenne²⁸ montrent déjà que les finalités pour l'utilisation des données de compteurs intelligents

¹⁹ D'après le projet de note, il existe entre le "Customer Energy Management System" et le fournisseur de services énergétiques (back-end non régulé) un canal de communication à deux voies.

²⁰ Article 5.2 RGPD.

²¹ Article 35 RGPD.

²² Article 30 RGPD.

²³ Article 25 RGPD.

²⁴ Article 25 RGPD.

²⁵ Page 5 du projet de note

²⁶ Recommandation n° 04/2011 de la Commission du 15 juin 2011 *quant aux principes à respecter pour les smart grids et les compteurs intelligents*, publiée à l'adresse https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_04_2011_0.pdf.

²⁷ Pages 1 et 2 du projet de note.

²⁸ Voir notamment la Directive 2012/27/UE du 25 octobre 2012 *relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE*.

sont très diverses. Un certain nombre de finalités (légitimes) ne ressortent cependant pas du projet de note, comme le recouvrement de diverses taxes, dont la taxe sur les logements inoccupés, par les villes et communes (voir ci-après) ainsi que l'utilisation des données pour la recherche scientifique.

20. Cette distinction au niveau des fonctionnalités est importante afin de prévoir en temps utile une base suffisante et correcte en vertu de l'article 5 de la loi vie privée et de l'article 6 du RGPD. Par souci de clarté, la Commission reprend en annexe plusieurs bases pertinentes pour la licéité des traitements en vertu de l'article 6 du RGPD.

3. Suivi continu des risques inhérents au traitement de données de compteurs intelligents

21. La nécessité d'effectuer une analyse des risques des traitements est au cœur du RGPD²⁹. Le risque à prendre en compte n'est pas tant celui qui est lié au responsable du traitement, mais plutôt celui qui touche aux droits et aux libertés des personnes concernées. Le considérant 75 du RGPD comporte un certain nombre de conséquences possibles (risques), dont deux sont pertinentes pour le traitement de données de compteurs intelligents : le profilage personnel et le traitement d'un volume important de données à caractère personnel et conséquences pour un nombre important de personnes concernées. Il découle dès lors du RGPD que les traitements de données à caractère personnel relatifs aux compteurs intelligents doivent être suivis en tant que "risque" pour la protection de la vie privée. Il s'agit d'un point de départ extrêmement important car il implique que les divers responsables et acteurs (Autorité flamande, gestionnaires de données, gestionnaires de réseaux de distribution, responsables de l'équilibre, fournisseurs de données, agrégateurs, ...) doivent effectuer un suivi continu des risques ("risk based approach") impliquant une surveillance continue de l'impact des divers traitements sur les droits et libertés des personnes concernées. Ce suivi des risques constitue la base sous-jacente pour l'application des articles 32 (Sécurité du traitement), 33 (Notification à l'autorité de contrôle d'une violation de données à caractère personnel³⁰), 34 (Communication à la personne concernée d'une violation de données à caractère personnel), 35 (Analyse d'impact relative à la protection des données ou "DPIA") et 36 (obligation de consultation en cas de risque résiduel élevé) du RGPD.

22. Ceci implique également qu'il incombe à l'autorité (flamande) de prévoir un soutien réglementaire suffisant à un système spécifique et continu de gestion des risques dans le marché de l'énergie pour le 25 mai 2018, au lieu de laisser chaque (nouvelle) partie du marché développer son propre modèle de gestion des risques, ce qui entraîne une insécurité juridique ainsi que des risques tels qu'un manque de neutralité (pondération différente des risques) et une différence substantielle

²⁹ Voir les considérants 76 et 77 ainsi que les articles 32, 33 et 34.

³⁰ Ce que l'on appelle une "violation de données à caractère personnel".

de tels modèles privés d'acteurs du marché. Ceci est urgent, vu que la "risk based approach" doit être opérationnelle pour le 25 mai 2018 (date à laquelle le RGPD devient applicable). La Commission considère dès lors comme positif le fait que le projet de note prévoit expressément³¹ que des conditions uniformes pour un système continu de gestion des risques seront élaborées.

4. Risques au niveau de la sécurité et garanties concrètes concernant la gestion de l'accès

23. La numérisation accrue des données de consommation entraîne un risque de sécurité accru. Une récente fuite de données auprès du gestionnaire de réseau de distribution néerlandais "Netbeheer Nederland"³² ayant touché 2 millions de ménages démontre que l'utilisation illicite de données est un risque réel.

24. Le risque existe toujours que des travailleurs ou des tiers souhaitent obtenir un accès illicite aux données des compteurs intelligents. Il paraît positif que le projet de note indique qu'une obligation de signalement pour les infractions de sécurité dans le marché de l'énergie sera mise en œuvre³³. Le RGPD le prévoit cependant déjà en tant qu'obligation, et la conformité avec les articles 33 et 34 du RGPD est en outre recommandée avant d'envisager d'instaurer une obligation de signalement sectorielle.

25. Les villes et communes flamandes disposent d'une base décrétable pour réclamer ces données *dans des dossiers concrets* et avec une base juridique en vue de l'exécution de tâches d'intérêt général. Il s'agit (notamment) de décrets flamands contenant des dispositions analogues, quoiqu'assez vagues, comme en matière de politique foncière et immobilière³⁴ et en matière de taxes provinciales et communales³⁵. Un audit flamand³⁶ a révélé qu'au niveau flamand, l'incertitude règne néanmoins quant à savoir exactement quel service peut actuellement réclamer, selon quelle procédure (d'autorisation)³⁷, des données de consommation.

³¹ Page 13 du projet de note.

³² RTLnieuws, Autoriteit Persoonsgegevens: Data energieleveranciers was niet goed beveiligd, 13 september 2016, <http://www.rtlnieuws.nl/nederland/autoriteit-persoonsgegevens-data-energieleveranciers-was-niet-goed-beveiligd>; Informatiebeveiliging, Grootste datalek energiecontracten ooit in Nederland, 14 septembre 2016, <https://informatiebeveiliging.nl/nieuws/grootste-datalek-energiecontracten-ooit-in-nederland/>

³³ Page 13 du projet de note.

³⁴ Article 2.2.6 § 7 du Décret du 27 mars 2009 *relatif à la politique foncière et immobilière* Cet article (qui prévoit la possibilité de tenir un registre des immeubles inoccupés) comporte une disposition qui confère des "compétences de recherche, de contrôle et de constatations" aux membres du personnel chargés par le collège des bourgmestre et échevins de la détection d'immeubles et d'habitations abandonnés. Cette compétence est analogue à celle mentionnée à l'article 6 du décret du 30 mai 2008 *relatif à l'établissement, au recouvrement et à la procédure contentieuse des taxes provinciales et communales*, M.B. du 4 juillet 2008.

³⁵ Article 6 du décret du 30 mai 2008 *relatif à l'établissement, au recouvrement et à la procédure contentieuse des taxes provinciales et communales*, M.B. du 4 juillet 2008.

³⁶ Voir le rapport d'Audit Vlaanderen, où il est renvoyé en page 69 aux données de consommation d'eau et d'énergie, http://www.auditvlaanderen.be/sites/default/files/atoms/files/Globaal_rapport_thema_audit_gemeentelijke_belastingen_en_tributies.pdf

³⁷ En particulier, il n'est pas encore clair pour certains de savoir, en pratique, quels flux de données doivent être autorisés ou non par la Vlaamse Toezichtcommissie (Commission de contrôle flamande). Dans la mesure où le responsable du traitement

26. De telles dispositions décrétales générales et vagues en matière de pouvoirs d'enquête doivent être clarifiées. Le régulateur pour l'énergie compétent pourrait, après concertation avec la Commission de contrôle flamande, donner sur son site Internet un relevé des bénéficiaires d'accès ainsi que des bases, procédures et conditions d'accès légales pour les divers acteurs.

27. Les pouvoirs d'enquête susmentionnés ne comportent pas non plus de garanties et doivent également être revus à la lumière de l'article 22 de la Constitution, afin d'encore intégrer les garanties requises dans les décrets. Ce afin que les pouvoirs d'enquête puissent être appliqués de manière proportionnelle, non arbitraire et sûre vis-à-vis du regard accru dans la vie privée qu'offrent les compteurs intelligents.

28. Chaque incertitude sur la légitimité de certaines formes d'accès constitue un risque de sécurité potentiel qui doit être reconnu et géré à temps par la réglementation flamande. Conformément à l'avis de la VREG³⁸, la Commission souhaite dès lors qu'une plus grande attention soit consacrée à l'élaboration d'une gestion centrale de l'accès sur la base du Décret sur l'Énergie, avec des garanties suffisantes.

5. Rôle du "gestionnaire des données" et du tiers de confiance

29. Le projet de note instaure le rôle de "gestionnaire de données". À l'instar de la VREG³⁹, la Commission observe qu'en vertu de la LVP et du RGPD, il n'existe aucune définition du concept de "gestionnaire de données". À la lumière de la LVP et du RGPD, il est important de désigner le responsable du traitement respectif (la plate-forme centrale) dans la réglementation flamande (article 4. 7) du RGPD). À défaut, le risque existe que les responsables ne puissent pas être clairement assignés et que les personnes concernées ne sachent pas à qui elles doivent s'adresser pour exercer leurs droits.

30. La Commission constate que le projet de note utilise la notion de tiers de confiance. Il mentionne également que *"À l'instar de la loi organisant un registre national des personnes physiques, un cadre réglementaire sera également établi pour les données relatives à l'énergie qui définira notamment quelles données peuvent être enregistrées, comment elles sont traitées et conservées, combien de temps elles sont conservées, qui doit les gérer et qui peut les utiliser (...)."*

concerné peut être considéré comme une instance au sens de l'article 2, 7° et de l'article 8 du décret du 18 juillet 2008 relatif à l'échange électronique de données administratives et où il est question d'une communication électronique (systématique et organisée) de données à caractère personnel, une autorisation de la Commission de contrôle flamande sera requise.

³⁸ VREG, Avis ADV-2017-02 du 6 avril 2017 concernant le projet de note sur les compteurs intelligents, point 2.9, alinéa 8, <http://www.vreg.be/nl/document/adv-2017-02>

³⁹ VREG, Avis ADV-2017-02 du 6 avril 2017 concernant le projet de note sur les compteurs intelligents, point 2.9, alinéa 7, <http://www.vreg.be/nl/document/adv-2017-02>

31. La Commission a expliqué la notion de tiers de confiance dans la recommandation du 31 mars 2010⁴⁰. Le point 17 de cette recommandation énonce plusieurs conditions pour pouvoir parler d'un tiers de confiance.

32. Le caractère régulé des activités des gestionnaires de réseaux de distribution ne signifie pas automatiquement que ces derniers puissent assurer, dans le cadre de leur fonctionnement, une gestion suffisamment indépendante et neutre des données à caractère personnel. Des risques tels que l'éventuelle participation externe de tiers dans un gestionnaire de réseau de distribution et/ou des arguments en faveur de l'entrée en bourse de gestionnaires de réseaux de distribution sont des indications pouvant être contraires au besoin d'autonomie et d'indépendance du traitement de données à caractère personnel.

33. La désignation ou non d'une instance en tant que tiers de confiance ne constitue dès lors pas en soi une garantie au niveau de la protection des données, ni une condition sine qua non absolue qui est requise dans chaque situation pour protéger suffisamment les données des compteurs intelligents.

34. Il est par contre important pour le RGPD⁴¹ qu'il existe une politique centrale de protection des données prévoyant des garanties adaptées pour les traitement présentant un risque élevé pour les droits et les libertés des personnes concernées, comme

- prévoir des garanties de proportionnalité liées aux fonctionnalités telles que l'analyse "small cells" et éviter l'exportation de données sans agrégation suffisante des données selon la fonctionnalité,
- conservation et analyse potentielles de données par des tiers établis dans des pays n'offrant pas un niveau adéquat de protection des données (par ex. conservation dans le cloud)⁴²;
- exportation de données vers des parties pouvant avoir des intérêts financiers lors de la vente d'open data (supposées anonymes) ou de solutions d'analyse de données.

35. La Commission estime donc que, si l'option d'un tiers de confiance est retenue, la concrétisation du concept de tiers de confiance dans le domaine de la protection des données ne peut

⁴⁰ Recommandation n° 02/2010 du 31 mars 2010 *concernant le rôle de protection de la vie privée des Trusted Third Parties (TTP ou tiers de confiance) lors de l'échange de données*, publiée à l'adresse suivante https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_02_2010_0.pdf.

⁴¹ Les articles 32 à 36 inclus du RGPD imposent également, en fonction des risques pour les droits et libertés des personnes concernées, des obligations supplémentaires sous la forme d'une sécurisation suffisante, une analyse d'impact relative à la protection des données, la notification des risques de sécurité et la consultation de la Commission en cas de risques résiduels élevés.

⁴² Voir les reportages dans les médias de septembre 2016 concernant la possibilité de participation d'une société publique chinoise dans EANDIS et la page 15 de l'avis de la VREG du 8 avril 2015 sur un projet d'arrêt du gouvernement flamand modifiant l'arrêté relatif à l'énergie du 19 novembre 2010 en ce qui concerne l'installation de compteurs intelligents, publié sur http://www.vreg.be/sites/default/files/document/adv-2015-03_ontwerp_van_besluit_uitrol_slimme_meters.pdf.

pas être une "boîte vide" dont l'appréciation est entièrement laissée aux gestionnaires de réseaux de distribution.

36. Le Décret Énergie peut instaurer une réglementation par analogie à la réglementation des sources authentiques (par exemple la loi Registre national⁴³), et avec un volet "open data"⁴⁴ pour les données anonymisées (statistiques). La commercialisation directe de données à caractère personnel (et avec ceci le financement du service du tiers de confiance) est contraire au concept de tiers de confiance et doit être exclue. Là où c'est opportun, des flux de données complémentaires peuvent être soumis à l'exigence d'une autorisation préalable de la Commission de contrôle flamande.

6. Besoin d'un contrôle accru par la personne concernée ("Customer empowerment") via davantage de transparence de traitements complexes opaques et clarification de la réglementation flamande en matière d'actes d'enquête

37. Les possibilités de traitements automatisés de données à caractère personnel relatives à la consommation d'énergie et d'eau à l'aide des compteurs intelligents augmentent, tout comme le regard possible dans la vie privée (accès au comportement de la personne concernée). Dans son rapport sur le big data, la Commission a déjà souligné que des traitements se caractérisent de plus en plus souvent par l'opacité ("opacity")⁴⁵, ce qui mène la personne concernée à une situation dite "situation de boîte noire", l'empêchant de consentir "en connaissance de cause" au traitement de ses données à caractère personnel au sens de l'article 1, § 8 de la LVP et du RGPD.

38. La Commission partage dès lors entièrement le point de vue de la VREG⁴⁶ selon lequel il convient de tendre à un contrôle accru de la personne concernée ("Customer empowerment") grâce à une transparence accrue (du traitement) des données à caractère personnel. La transparence concernant les finalités d'utilisation des données de compteurs intelligents et le niveau de risque (élevé ou non) de certaines applications vis-à-vis de la personne concernée via la transparence liée à l'analyse d'impact relative à la protection des données ou "DPIA", répond également aux recommandations pertinentes de transparence que la Commission a récemment publiées sur son site Internet concernant des traitements complexes tels que le profilage, le data mining et le big data⁴⁷.

⁴³ Loi du 8 août 1983 *organisant un registre national des personnes physiques*, M.B. du 21 avril 1984.

⁴⁴ Le point d, page 14 du projet de note renvoie aux "données énergétiques ouvertes anonymisées".

⁴⁵ BURRELL, Jenna, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, janvier 2016, <http://bds.sagepub.com/content/3/1/2053951715622512>; page 8 (challenge 2) de l'Executive Office of the President, Big Data : A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights, Ma 2016, publié sur https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/2016_0504_data_discrimination.pdf.

⁴⁶ VREG, Avis ADV-2017-02 du 6 avril 2017 concernant le projet de note sur les compteurs intelligents, point 2.9, alinéa 3, <http://www.vreg.be/nl/document/adv-2017-02>

⁴⁷ Voir le point L. du "Big Data Rapport", CPVP, 22 février 2017, <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Big%20Data%20voor%20MindMap%2022-02-17%20fr.pdf>

39. Il est également essentiel que la transparence règne dans la législation (flamande) si les pouvoirs publics souhaitent utiliser les données comme mesure d'enquête dans la lutte contre certaines formes de fraude, les logements inoccupés, ... (voir le point 25 ci-avant).

7. Manifestation de volonté libre de la personne concernée/une obligation d'installation n'implique pas d'obligation d'acceptation de toutes les fonctionnalités (commerciales) du compteur intelligent

40. Le projet de note applique le point de départ selon lequel : "*l'utilisateur est le propriétaire et le gestionnaire de ses données de mesure et il détermine aussi quelles données sont fournies à quelle partie (et la fréquence de la fourniture)*"⁴⁸.

41. Lors de l'application du consentement en tant que base pour la légitimité des traitement (fonctionnalités déterminées), il convient d'établir une distinction claire entre le consentement pour l'installation d'un compteur et le consentement pour certaines finalités d'utilisation.

42. Aujourd'hui, toute personne concernée ne peut a priori pas être obligée de faire installer un compteur intelligent⁴⁹. L'évolution décrite dans le projet de note va vers une obligation générale d'installation (voir le point 13 ci-avant).

43. Dans la situation d'un passage progressif de l'installation sur une base volontaire à une obligation générale d'installation, il faut aussi clairement exclure que le service puisse être refusé si la personne concernée refuse de donner son consentement (au sens du RGPD) pour certaines fonctionnalités (commerciales). Plus clairement : une obligation d'installation n'implique pas d'obligation d'acceptation de toutes les fonctionnalités (commerciales) du compteur intelligent (voir les principes de "privacy by design" et de "privacy by default" dans le RGPD).

44. La LVP et le RGPD comportent diverses exigences ayant pour effet qu'il ne sera souvent pas question de consentement, même si ceci est repris unilatéralement dans les contrats. Premièrement, la LVP et (dans une mesure renforcée) le RGPD⁵⁰ appliquent une définition très stricte du consentement. Aucun consentement n'est possible non plus s'il existe un "déséquilibre manifeste" entre les parties, comme entre une personne concernée et une autorité publique. Un gestionnaire de réseau de distribution pourrait être considéré comme une autorité publique vu le caractère régulé de ses tâches et la nature de la tâche que le Gouvernement flamand souhaite lui conférer dans l'intérêt général (comme la lutte contre la fraude) (voir le considérant 43 du RGPD). Le RGPD requiert en outre

⁴⁸ Page 9 du projet de note.

⁴⁹ <http://www.vreg.be/nl/mag-ik-de-plaatsing-van-de-slimme-meter-weigeren>.

⁵⁰ Voir le considérant 75 du RGPD.

un "consentement éclairé", ce qui n'est pas le cas lorsqu'un fournisseur de services commerciaux traite les données du compteur intelligent à l'aide d'algorithmes, de profilages et/ou d'analyses de données obscurs dont l'impact concret pour la personne concernée n'est pas suffisamment clair sans davantage de transparence et d'informations (considérant 42 du RGPD).

45. Le point de départ de la "manifestation de volonté libre" dans le projet de note ne tient enfin pas suffisamment compte de la nature des nouveaux produits et services qui seront déployés à l'aide des compteurs intelligents qui impliqueront de nouveaux traitements automatisés de données à caractère personnel, lesquels seront moins transparents pour la personne concernée. Les responsables dans des secteurs qui gèrent déjà de nombreux nouveaux traitements automatisés de données à caractère personnel (finances, télécoms, médias sociaux, ...) renvoient aujourd'hui dans leurs conditions générales au fait que des profils peuvent être traités et que du data mining peut être effectué (à l'aide de statistiques ou d'algorithmes), mais ce que cela implique concrètement est souvent totalement obscur.

46. Il convient au moins d'apporter une plus grande attention à la promotion de l'information des personnes concernées d'une manière compréhensible, par exemple via un code de conduite sectoriel, comme le prévoit l'article 40 du RGPD. Le projet de note prévoit déjà cette possibilité pour les sous-compteurs. Sur le modèle de ce qui se fait à l'étranger⁵¹, une check-list de protection de la vie privée pourrait être appliquée, permettant l'évaluation de la qualité de la communication d'informations par les personnes concernées et par les responsables.

8. Élaboration concrète des droits de protection des données des personnes concernées à l'égard des compteurs intelligents : plus que le seul accès aux propres données de consommation

47. L'accès de la personne concernée à ses propres données de consommation est déjà mentionné dans le projet de note⁵². L'application des droits d'accès et de rectification au (concept élargi du) profil de la personne ainsi qu'aux autres éléments concernant le data mining (informations clés telles que le modèle choisi, les données sélectionnées et la finalité des analyses) est une question qui nécessite toutefois davantage d'explications dans la réglementation (par ex. si le data mining est effectué à l'aide des données de compteurs intelligents afin de lutter contre la fraude).

48. Si l'on poursuit la finalité d'un niveau de protection élevé, il importe alors de consacrer une plus grande attention à l'application concrète (et au champ d'application) des droits d'accès et de

⁵¹ Voir <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/med/privacychecklist-slimme-meters.pdf>

⁵² On peut lire à la page 8 du projet de note que "le consommateur doit pouvoir consulter les données collectées et si nécessaire, pouvoir les faire rectifier".

rectification des personnes concernées (articles 10 et 12 de la LVP)⁵³ aux autres éléments que les propres données de consommation. La Commission renvoie à cet égard au rapport précité sur le big data, dans lequel elle recommande l'accès aux éléments de base ou aux informations clés dans le cadre d'analyses de big data.

49. Là où des exceptions aux droits d'accès ou de rectification sont nécessaires (par ex. pour garantir une lutte efficace contre la fraude à l'énergie), celles-ci doivent être explicitement prévues par la loi et associées à des restrictions dans le temps et à des garanties procédurales pour les personnes concernées.

PAR CES MOTIFS, la Commission

constate que le projet de note prête attention à la protection de la vie privée.

souligne dans le présent avis la nécessité d'une modification du Décret sur l'Énergie ainsi que des diverses dispositions dans des décrets flamands prévoyant des actes de constat et de recherche à l'égard de données de consommation. Les éléments et les principes essentiels visés aux points 12 (catégories de données traitées et finalités d'utilisation), 14 (obligation d'installation et contrôle des propres données à caractère personnel), 34 et 36 (garanties lors de l'exportation de données vers des tiers incluant le data mining, les pouvoirs d'enquête) et 38 (transparence accrue) doivent être explicitement mentionnés dans les décrets flamands plutôt que d'être confiés au Gouvernement flamand.

Le Décret sur l'Énergie doit aussi accorder une plus grande attention à l'exigence de conformité avec le RGPD. Le RGPD implique un contrôle et une protection accrue de la personne concernée par rapport à ses propres données au moyen d'une plus grande transparence des finalités d'utilisation et du niveau de risque correspondant (publication du DPIA). Les exceptions à ce principe doivent être précisées. Cela implique de clarifier les garanties lors de l'application des pouvoirs d'enquête des autorités publiques aux données de compteurs intelligents en vertu des décrets flamands existants (points 37 et 38).

⁵³ Voir la référence faite par la VREG à ces droits dans sa communication du 1^{er} octobre 2012 à propos des tests (projet pilote) effectués avec des compteurs intelligents, en mettant l'accent sur la sécurité & la vie privée, http://www.vreg.be/sites/default/files/mededelingen/mededeling_slimme_meters.pdf.

La Commission souhaite également une plus grande attention pour une politique centrale en matière de vie privée et de gestion de l'accès (point 28).

La Commission se réserve le droit de procéder à des évaluations et/ou à des actions ultérieures, si elle l'estime nécessaire. Elle se prononcera bien sûr également, au moyen d'avis, sur les dispositions à modifier du Décret sur l'Énergie ainsi que sur les projets d'arrêté du gouvernement en la matière.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere

Annexe 1

relevé de plusieurs bases pertinentes pour la licéité des traitements

- a) *"la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques" ;*

Pour les nouvelles fonctionnalités (dont la promotion de nouveaux services énergétiques et le profilage commercial⁵⁴), on privilégiera surtout dans la pratique le consentement. Le projet de note se base sur le "consentement explicite éclairé" du "client/consommateur (final)"⁵⁵ pour légitimer plusieurs traitements, comme "le consentement du client au partage de données à caractère personnel avec des parties commerciales pour l'offre de "nouveaux" produits et services".

Le RGPD est toutefois beaucoup plus strict que l'exigence d'un "consentement explicite éclairé". Le consentement ne sera en outre souvent pas possible et ne constituera donc pas une véritable garantie, vu l'opacité des traitements (applications de big data et/ou recours au profilage, à des algorithmes, ..., où il n'est pas question de consentement "en connaissance de cause").

- b) *"le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci" ;*

Les fonctionnalités de base existantes ("gestion classique de la clientèle" pour la fourniture et la facturation de l'énergie) relèveront de cette catégorie.

- c) *"le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis" ;*

(...)

- e) *"le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement" ;*

Il ressort du RGPD et de l'article 8 de la CEDH que pour les fonctionnalités dans l' "intérêt public" (comme la lutte contre la fraude sociale ou la fraude à l'énergie), une base juridique suffisamment claire et motivée doit être disponible au niveau européen, fédéral ou flamand.

⁵⁴ Voir la définition de profilage à l'article 3. 4) du RGPD : *"toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique";*

⁵⁵ pages 7, 8, 9, 13 et 16 du projet de note.

Les fonctionnalités relevant de l'intérêt public (assurer une gestion efficace du réseau) sont notamment reprises dans les Directives européennes 2009/72/CE et 2009/73/CE.

f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant.

Le considérant 75 du RGPD comporte six conséquences possibles (classes de risque), le traitement de données de compteurs intelligents se retrouvant dans deux classes différentes : le profilage personnel et le traitement d'un volume important de données à caractère personnel et conséquences pour un nombre important de personnes concernées.

Vu le fait que d'après les critères de risque du RGPD, le traitement de données de compteurs intelligents comporte un risque particulier pour la vie privée de la personne concernée, cette dernière base juridique en vertu de l'article 6 du RGPD devra être corroborée avec une grande prudence.

Voir aussi à cet égard le point J. du rapport de la Commission sur le big data⁵⁶.

⁵⁶ <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Big%20Data%20voor%20MindMap%202022-02-17%20fr.pdf>.