



## Avis n° 25/2016 du 8 juin 2016

**Objet** : 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 (CO-A-2016-033)

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 17 mai 2016 ;

Vu le rapport de Monsieur Van Der Kelen et de Monsieur Frank De Smet ;

Émet, le 8 juin 2016, l'avis suivant :

## REMARQUE PRÉALABLE

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 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<sup>1</sup>.

Le Règlement, couramment appelé GDPR (General Data Protection Regulation), est entré en vigueur vingt jours après sa publication, soit le 24 mai 2016, et sera automatiquement d'application 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. Le 17 mai 2016, 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 décret modifiant le décret du

---

<sup>1</sup> 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>

8 mai 2009<sup>2</sup> (ci-après "le Décret sur l'Énergie), en ce qui concerne la prévention, la détection, la constatation et la sanction de la fraude à l'énergie (ci-après "le Projet").

2. Le Projet modifie le Décret sur l'Énergie en vue d'une meilleure prévention, détection, constatation et sanction de la fraude à l'énergie.

## II. CONTENU DU PROJET

### 1. Définition de la notion de fraude à l'énergie

3. L'article 2 du Projet prévoit l'instauration de la définition suivante de la "fraude à l'énergie" :

*"toute action d'un utilisateur du réseau, ou de son mandataire ou fondé de pouvoir ou d'un client, tant active que passive, qui vise à obtenir un avantage illégitime. On entend par là au moins :*

*a) poser des actes sur le réseau de distribution ou sur le réseau de transport d'électricité local sans y avoir été autorisé ;*

*b) manipuler le raccordement ou l'installation de mesurage ;*

*c) ne pas exécuter les obligations de déclaration découlant de l'application de ce décret, de ses arrêtés d'exécution, du règlement de raccordement, du contrat de raccordement ou du règlement technique ;*

*d) fournir des informations qui ne sont pas cohérentes ou conformes à la réalité dans le cadre de demandes de contrat ou de raccordement ;*

*e) fournir des informations qui ne sont pas cohérentes ou conformes à la réalité dans le cadre de la demande de certificats verts ou de certificats de cogénération ;*

*f) fournir des informations qui ne sont pas cohérentes ou conformes à la réalité dans le cadre des demandes de subventions ou de primes." [NdT : tous les passages cités du Projet repris dans le présent avis sont des traductions libres réalisées par le Secrétariat de la Commission, en l'absence d'une traduction officielle]*

### 2. Tâche, données, compétences d'investigation, de constatation et de sanction

4. La Commission fait remarquer qu'il existe une différence entre l'assignation d'une tâche légale et l'octroi d'une compétence d'investigation.

---

<sup>2</sup> Décret portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie (cité comme Décret sur l'Énergie), 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.

5. L'article 3 du Projet<sup>3</sup> instaure une nouvelle tâche pour les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité et de gaz naturel et pour le gestionnaire du réseau de transport d'électricité local, à savoir "la recherche active et la constatation de toutes les formes de fraude à l'énergie et la prise de mesures visant à éviter la fraude à l'énergie".
6. Cette tâche concerne la possibilité d'utiliser (toutes) les données "*dont ils disposent pour l'exercice de leurs tâches, mentionnées à l'article 4.1.6, ou les données auxquelles ils ont accès pour détecter et constater une fraude à l'énergie*"<sup>4</sup>.
7. En outre, le Projet prévoit des compétences d'investigation et de constatation pour les gestionnaires de réseaux de distribution, à savoir :
  - l'utilisation des (de toutes les) données dont ils disposent pour l'exercice de leurs tâches (...), ou des données auxquelles ils ont accès pour détecter et constater une fraude à l'énergie (article 12 du Projet) ;
  - la réclamation et l'utilisation du numéro d'entreprise, du numéro de Registre national ou du numéro d'étranger (article 5 du Projet) ;
  - la détection et l'établissement de constatations par les membres du personnel désignés par le Gouvernement flamand des gestionnaires de réseaux ou des sociétés d'exploitation, ayant force probante jusqu'à preuve du contraire (article 16 du Projet) ;
  - l'octroi d'une compétence d'accès aux "terrains et bâtiments" pour les membres du personnel des gestionnaires de réseaux de distribution ou des sociétés d'exploitation (article 16 du Projet).
8. Bien que le Projet ne renvoie pas explicitement à la possibilité pour les gestionnaires de réseaux de recourir au data mining, cette possibilité est mentionnée aussi bien dans la note adressée au Gouvernement flamand que dans l'Exposé des motifs. Concernant l'article 12 du Projet, l'Exposé des motifs précise ce qui suit : "*Les gestionnaires de réseaux peuvent donc utiliser ces données pour toutes les formes de surveillance et de data mining, dans les limites fixées par la législation de protection de la vie privée.*" L'article 12 du Projet ne mentionne toutefois pas explicitement la possibilité de surveillance et de data mining.
9. Enfin, les gestionnaires de réseaux de distribution se voient également attribuer une double compétence de sanction. Selon les articles 10 et 11 du Projet, ils peuvent couper la fourniture

---

<sup>3</sup> Art. 3. À l'article 4.1.6 du même décret, modifié en dernier lieu par le décret du 8 juillet 2011, il est ajouté un point 15° libellé comme suit :

"15° la recherche active et la constatation de toutes les formes de fraude à l'énergie et la prise de mesures visant à éviter la fraude à l'énergie."

<sup>4</sup> Article 12 du Projet.

d'électricité ou de gaz naturel et suspendre, stopper ou récupérer le paiement de certificats verts, de certificats de cogénération, d'indemnités et de primes instaurés en exécution du Décret sur l'Énergie si une fraude à l'énergie est constatée.

### III. EXAMEN DU PROJET

10. La Commission s'abstient d'examiner les articles du Projet qui ne sont pas pertinents pour l'application de la LVP. L'article 18 du Projet prévoit en effet des compétences supplémentaires pour le VREG (Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt, Régulateur flamand du marché de l'électricité et du gaz naturel) lui permettant d'infliger des amendes administratives lors d'actes ou de manipulations non autorisés sur le réseau de distribution ou sur le réseau de transport d'électricité local.

#### 1. Principe de légalité - Examen de la qualité de la législation

11. La Commission a déjà reconnu précédemment<sup>5</sup> la légalité de la finalité générique du traitement qui consiste à combattre certaines formes de fraude, comme la lutte contre la fraude sociale via l'utilisation d'adresses fictives (ce qu'on appelle la "fraude au domicile").

12. La réclamation d'informations sur des utilisateurs du réseau ou sur d'autres personnes physiques afin de détecter, d'éviter et/ou de sanctionner une fraude à l'énergie constitue une immixtion dans la vie privée qui doit suivre les règles de sources de droit telles que l'article 8 de la CEDH, l'article 22 de la Constitution, la LVP et l'arrêté d'exécution de la LVP<sup>6</sup>.

13. Prévoir une base décrétole générale dans le Projet pour les gestionnaires de réseaux de distribution afin d'exercer les tâches et compétences susmentionnées constitue une exigence minimale mais n'est en soi pas suffisant pour légitimer toutes les immixtions possibles dans la vie privée des personnes concernées.

14. En particulier, la compétence d'accès à des "terrains et bâtiments" (privés)<sup>7</sup> - dans la mesure où aucun consentement écrit préalable de l'habitant n'a été obtenu - a été liée à une autorisation par le juge de police (article 16 du Projet). À présent que la perquisition classique est liée à des conditions, il est étonnant que l'utilisation des dernières méthodes de recherche numériques qui

<sup>5</sup> Voir le point 10 de l'avis n° 06/2012.

<sup>6</sup> Arrêté royal du 13 février 2001 *portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, publié à l'adresse [https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/CONS\\_ar\\_execution\\_loi\\_vie\\_privée\\_13\\_02\\_2001.pdf](https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/CONS_ar_execution_loi_vie_privée_13_02_2001.pdf).

<sup>7</sup> Voir par analogie la littérature relative au droit de visite fiscal notamment dans le Tijdschrift voor Fiscaal Recht, janvier 2014, n° 453-454.

impliquent *de facto* une surveillance numérique des comportements au sein de l'habitation ne soit pas liée à un cadre décretaal adéquat et à des conditions qui doivent être respectées par les gestionnaires de réseaux de distribution. La Commission fait remarquer que le data mining des données de compteurs intelligents dont les gestionnaires de réseaux de distribution disposent déjà actuellement implique une nouvelle technique d'observation du comportement des habitants qui peut fonctionner de manière analogue aux techniques d'observation physique classiques. Il ressort de la littérature et de la jurisprudence sur la lutte contre la fraude fiscale que la mise en place de compétences d'investigation proactive ne peut pas être concrétisée de manière arbitraire par les contrôleurs et que les "fishing expeditions"<sup>8</sup> sont inadmissibles.

15. Selon l'article 8 de la CEDH et l'article 22 de la Constitution, le décret doit répondre à plusieurs exigences de qualité<sup>9</sup>. Le Projet doit être suffisamment précis et donc prévisible. La législation doit même, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, être particulièrement précise<sup>10</sup> et prévoir encore des garanties procédurales supplémentaires<sup>11</sup>, s'il s'agit de mesures d'investigation d'une certaine ampleur (populations plus grandes) dont les personnes concernées ne sont pas informées. De telles exigences de qualité ressortent également des avis du Conseil d'État et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle s'il s'agit de mesures de recherche, d'investigation et de contrôle par l'autorité.
16. Selon une jurisprudence constante de la Commission, il est recommandé de prévoir un ancrage légal, au moins pour les éléments essentiels suivants<sup>12</sup>:

### **1.1. Le responsable du traitement**

17. La Commission souligne l'exigence de l'article 1, § 4 de la LVP de désigner le responsable du (des) traitement(s) concerné(s)<sup>13</sup> en vertu de la législation.
18. Cette exigence est surtout pertinente à la lumière de la complexité du marché de l'énergie, et des divers acteurs qui peuvent être impliqués aujourd'hui ou demain dans le croisement de données visé et le data mining. Le Projet ne fournit aucun cadre pour l'attribution des responsabilités des acteurs (par ex. les fournisseurs de données potentiels comme la "Vlaams Energieagentschap"

---

<sup>8</sup> Dans le cadre d'une "fishing expedition", une partie "va à la pêche" aux informations auprès d'une partie adverse sans savoir exactement de quelles informations cette partie adverse dispose. Une demande judiciaire est par exemple introduite afin d'obtenir de la partie adverse la remise de pièces et documents, dans le cadre de la collecte d'une preuve pour une procédure, dans l'espoir que ceux-ci contiennent un élément qui pourrait étayer une réclamation.

<sup>9</sup> Cour européenne des droits de l'homme du 4 mai 2000, Rotaru, § 52.

<sup>10</sup> Voir la Cour européenne des droits de l'homme, affaires Kruslin, Huvig et Kopp c. Suisse du 25 mars 1998 et Amann c. Suisse du 16 février 2000 (interception secrète d'une conversation téléphonique à l'intéressé provenant de l'ambassade soviétique).

<sup>11</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Kruslin c. France.

<sup>12</sup> Voir le point 16 de l'avis n° 45/2013 du 2 octobre 2013 *concernant le projet de Code wallon de l'Agriculture*, publié à l'adresse [https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis\\_45\\_2013.pdf](https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_45_2013.pdf).

<sup>13</sup> Data mining et fourniture de données.

(Agence flamande de l'Énergie, ci-après "VEA"), les fournisseurs d'énergie qui installent des compteurs intelligents pour le gestionnaire du réseau de distribution, ...) qui seront impliqués dans quelques années dans les analyses de fraude des gestionnaires de réseaux de distribution (par ex. en tant que fournisseur de données à caractère personnel, en tant que sous-traitant afin de fournir un service de data mining, en tant que "data scientist", ...).

### **1.2. La nature du traitement (compétence d'investigation)**

19. Bien que selon l'Exposé des motifs, le but soit que les gestionnaires de réseaux de distribution effectuent du "data mining", le Projet ne contient aucune disposition légale explicite à cet égard. Si l'utilisation du big data, du data mining et/ou du profilage est de plus en plus souhaitée par le législateur au sein et en dehors du secteur public afin de rechercher, de prévenir et de sanctionner diverses formes de fraude, ceci doit être explicitement mentionné dans la législation et non implicitement suggéré.

### **1.3. Les catégories de données traitées et le groupe de population visé**

20. La Commission constate que les données que le gestionnaire de réseau de distribution peut traiter ne sont pas clairement délimitées, pas plus que le groupe de population qui sera soumis à des mesures de contrôle complémentaires : les bénéficiaires de primes énergétiques et de certificats verts et/ou tous les clients d'énergie en Flandre ?
21. D'un point de vue purement "data mining", il est difficile de définir a priori des critères qui permettent de détecter aussi précisément que possible la fraude à l'aide du data mining. Cela peut même avoir un effet contre-productif étant donné qu'on obtiendra bien plus de faux positifs en utilisant des critères non optimaux. La recherche de critères ou de variables que l'on utilise dans un certain modèle par le biais du data mining se fera donc de préférence, d'un point de vue technique, en partant d'un ensemble de données comportant un maximum de variables (et donc également celles dont on n'est pas sûr à l'avance qu'elles contiennent des informations). C'est ce qu'on appelle dans le jargon du data mining la "feature selection".
22. En vertu de la réglementation relative à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, des limites devront toutefois nécessairement être fixées. Un compromis peut éventuellement être cherché en faisant une distinction entre la phase de construction du modèle (au cours de laquelle il faut établir quelles variables sont vraiment importantes à l'aide de données anonymes par ex.) et la phase d'utilisation du modèle.

23. Les flux de données potentiels qui seront mis en œuvre ne sont pas non plus clairement délimités. Ainsi, il se pourrait qu'à l'avenir, les gestionnaires de réseaux réclament des données à la VEA parce que les gestionnaires de réseaux de distribution ne savent pas à l'heure actuelle si les installations et les mesures d'isolation subventionnées répondent aux normes VEA, alors que des primes obtenues non conformément aux normes peuvent tomber sous la notion de "fraude à l'énergie".

#### **1.4. Conservation des données**

23. Il faut accorder une attention à un mécanisme de conservation des données obtenues (résultats des analyses de data mining et constatations et évaluations complémentaires, ...). À cet égard, on peut éventuellement faire une distinction entre la conservation (le mode de conservation) des données pertinentes d'une part, et les données non pertinentes (la suppression des données non pertinentes) (par exemple les fausses données positives) d'autre part.
24. Une enquête complémentaire peut également générer des résultats faux négatifs (par ex. où on ne trouve initialement pas d'éléments complémentaires mais où, ultérieurement - dans le délai de prescription - il s'avère qu'il y a quand même plus d'éléments). Il est donc parfois difficile de classer à un moment donné un "indicateur de fraude" comme faux positif définitif (par la suite, il peut s'avérer qu'il s'agit quand même d'un "true positive"). La demande d'un délai de conservation plus court pour les faux positifs a aussi ses inconvénients. Il y a donc aussi des arguments pour ne pas établir de différenciation dans le délai de conservation et pour définir un mécanisme de conservation.
25. La Commission estime que le Projet présente des lacunes concernant les points évoqués aux points 17 à 24 inclus susmentionnés pour répondre aux exigences de qualité qu'il doit remplir. Le Projet aurait donc au moins dû confier au Gouvernement flamand la mission de préciser les quatre points susmentionnés, après avis de la Commission.

#### **2. Principe de proportionnalité et exigence d'une utilisation compatible**

26. Autoriser les gestionnaires de réseaux de distribution à effectuer "toutes les formes possibles de surveillance et de data mining" (même si le Projet ou un arrêté d'exécution du Gouvernement flamand le mentionnait explicitement) ne peut pas être jugé par la Commission comme une mesure proportionnelle qui doit être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, comme l'exigent (notamment) l'article 8 de la CEDH et l'article 22 de la Constitution. Une des formes est la surveillance continue du comportement énergétique de tous les utilisateurs flamands (personnes physiques) d'électricité (ménages, PME). Une telle forme

extrême de surveillance ne peut pas être considérée comme une mesure nécessaire dans une société démocratique afin de poursuivre une finalité légitime (la lutte contre la fraude).

27. Il est donc essentiel que chaque compétence d'investigation soit toujours assortie de limites et de garanties fixées par le législateur, sans quoi il n'existe aucune garantie contre l'utilisation arbitraire (l'abus) de la compétence d'investigation par les acteurs concernés.
28. La Commission a déjà précisé précédemment dans le dossier de la fraude sociale<sup>14</sup> que le principe de proportionnalité s'opposait à la mise sous surveillance continue de tout un groupe de la population (par ex. tous les utilisateurs d'électricité ou de gaz en Flandre ou toutes les personnes ayant déjà reçu une prime énergétique) sans garanties claires.
29. Suivant l'article 4, § 1, 2° de la LVP, "*les données à caractère personnel ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables*". En ce qui concerne le data mining et la surveillance, le législateur doit prévoir explicitement ces deux méthodes comme une mesure souhaitée, sans quoi, il y aura violation de l'article 4, § 1, 2° de la LVP.

### **3. Garanties**

30. La Commission souligne l'évolution dans la littérature récente<sup>15</sup> concernant le "big data, le data mining et le profilage", qui consacre une attention à l'exigence sociale d'une utilisation légitime de ces techniques. Il en ressort la nécessité d'énumérer dans le Projet plusieurs garanties minimales qui doivent assurer une utilisation judicieuse de la technique de data mining par les gestionnaires de réseaux de distribution, en tant que garanties appropriées auxquelles on peut s'attendre dans une société démocratique. La Commission rappelle un certain nombre d'éléments de cette littérature ci-après.
31. Le Projet doit dès lors prévoir des garanties appropriées (ou du moins stipuler que le Gouvernement flamand a pour mission de définir ces garanties) afin d'assurer aux personnes concernées une utilisation légitime de la technique du data mining. Les garanties qui, selon la Commission, doivent être mentionnées dans le Projet pour assurer une utilisation socialement légitime de la surveillance et/ou du data mining sont les suivantes :

---

<sup>14</sup> Avis n° 24/2015 du 27 juin 2015.

<sup>15</sup> Voir le récent rapport du "Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid" (Conseil scientifique de la politique gouvernementale), *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, University Press Amsterdam, publié à l'adresse [http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-Rapporten/rapport\\_95\\_Big\\_Data\\_in\\_eeen\\_vrije\\_en\\_veilige\\_samenleving.pdf](http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-Rapporten/rapport_95_Big_Data_in_eeen_vrije_en_veilige_samenleving.pdf).

### **3.1.        Transparence (voir ci-après)**

32. Le Projet doit garantir une transparence vis-à-vis des personnes concernées et des tiers qui va bien au-delà d'un rapport annuel d'un plan d'action au ministre (article 9 du Projet).

### **3.2.        Prévoir des garanties lors de l'analyse de données de personnes physiques**

33. Il n'apparaît pas que les données à caractère personnel traitées seront transmises de manière automatique par les gestionnaires de réseaux de distribution à des tiers en vue de s'attaquer à la fraude à l'énergie. Vu que les règlements existants des exigences d'autorisation requièrent de tels flux externes, la Commission constate qu'il n'est pas du tout certain que les flux de données seront autorisés par un comité sectoriel ou par la Vlaamse toezichtcommissie (Commission de contrôle flamande).
34. La Commission a déjà attiré l'attention précédemment sur l'utilisation d'un projet pilote où les critères sont évalués, la nécessité d'adapter le modèle pour le rendre plus efficace et l'application de divers critères de sélection variables et flexibles qui maintiennent l'efficacité et le caractère "sur mesure" de l'application de la technique, où les faux résultats positifs et les faux résultats négatifs sont rejetés.
35. En cas d'utilisation de modèles prédictifs ((semi-) supervised learning), il est préférable de travailler en deux phases. Lors d'une première phase, on peut établir un modèle mathématique et le tester à l'aide de données anonymes en incluant exclusivement des variables qui contribuent de manière significative à la performance du modèle. Les garanties nécessaires doivent être prises à cet égard afin que le modèle généralise bien des données de test indépendantes de manière à ce que la précision des prévisions soit optimale. Lors d'une phase ultérieure, en cas d'une utilisation opérationnelle du modèle qui a été testé lors de la phase précédente, on ne pourrait accéder qu'aux variables qui ont été incluses dans le modèle (phase avec "singling out" et/ou identification de la personne concernée).
36. Il s'avère donc nécessaire d'expliquer dans le procès-verbal de constatations de quelle manière les résultats de l'analyse du data mining ont été traités dans un dossier concret (et de quelle manière ils ont été obtenus) et quelle est la marge d'erreur (faux positifs et faux négatifs). Le législateur décréteil (ou un arrêté d'exécution du Gouvernement flamand) doit veiller à ce que la personne concernée dispose à tout moment d'autant de garanties procédurales, ou du moins de garanties procédurales équivalentes, qu'en cas de lutte contre d'autres formes de fraude.

### 3.3. Prévoir des garanties dans le cadre de l'application des analyses à des personnes physiques

37. Lors de l'application d'analyse de data mining à des personnes physiques, l'utilisation judicieuse de cette technique devra être assurée. Outre une bonne connaissance des statistiques et des techniques utilisées dans le big data, le data mining et le profilage, les garanties suivantes devront assurer une utilisation judicieuse, en respectant les droits et libertés des personnes concernées :

1. l'établissement, par les gestionnaires de réseaux de distribution, d'un rapport interne global d'actes d'investigation, en plus de la rédaction d'un procès-verbal de constatations ;
2. un règlement de la possibilité, pour la personne concernée, de s'opposer aux constatations, effectuées ou non à l'aide du data mining ;
3. un suivi continu, par les gestionnaires de réseaux de distribution, des risques de la technique du data mining pour les droits et libertés des personnes concernées, dont la reprise des formes automatiques de surveillance dans l'évaluation de l'impact sur la vie privée existante<sup>16</sup> (voir le renvoi au GDPR *in fine*) ;
4. prévoir une obligation de diligence pour les gestionnaires de réseaux afin qu'ils effectuent des analyses de données à caractère personnel de qualité et qu'ils veillent à la fiabilité des méthodes d'analyse ;
5. une évaluation et une adaptation continues, par les gestionnaires de réseaux de distribution, de la méthode de data mining utilisée, dont l'apport de corrections sociales aux corrélations constatées afin d'éviter le risque de discrimination de certains groupes de population.

### 3.4. Assurer des garanties de sanction indépendante et de surveillance externe indépendante

38. La possibilité pour la même instance (les gestionnaires de réseaux de distribution) d'aussi bien mener des investigations qu'infliger des sanctions (couper l'eau ou l'énergie) suscite des questions sur le degré d'indépendance et la marge budgétaire des gestionnaires de réseaux de distribution pour exercer correctement les nouvelles compétences. Il est crucial qu'il n'y ait aucun conflit d'intérêts au sein de celui qui impose des sanctions. Comme on le sait, le Gouvernement fédéral a décidé de réformer la Commission, réservant les tâches d'investigation et de décision à

---

<sup>16</sup>Voir la Recommandation 2012/148/UE de la Commission européenne du 9 mars 2012 *relative à la préparation de l'introduction des systèmes intelligents de mesure*, publiée à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:073:0009:0022:FR:PDF> et la Recommandation 2014/724/UE de la Commission européenne du 10 octobre 2014 *concernant le modèle d'analyse d'impact sur la protection des données des réseaux intelligents et des systèmes intelligents de mesure* publiée à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0724&from=EN>

différentes chambres. D'autres instances (par ex. la FSMA, Financial Services and Markets Authority, Autorité des services et marchés financiers) connaissent également une répartition similaire des tâches d'investigation et de sanction.

39. Dès lors, la Commission souhaite qu'au sein des gestionnaires de réseaux de distribution, il y ait au moins aussi des "cloisons" entre la collecte, l'analyse et la modélisation des données et l'utilisation de celles-ci (sanction, analyses politiques de la fraude à l'énergie)<sup>17</sup>. Il faut aussi installer un contrôle indépendant de l'utilisation du data mining par les gestionnaires de réseaux de distribution, tout comme une possibilité de recours (collectif) pour le groupe de personnes concernées qui sont confrontées à certains profils de fraude (par ex. les propriétaires de panneaux solaires, ...).

**4. Traitement du numéro d'entreprise, du numéro de Registre national ou du numéro d'étranger par les gestionnaires de réseaux de distribution et le VREG**

40. Les articles 5 et 13 du Projet ajoutent les dispositions suivantes dans le Décret sur l'Énergie :

*"Art. 4.1.26/2. En vue de l'identification unique des utilisateurs du réseau, les gestionnaires de réseaux peuvent réclamer et utiliser le numéro d'entreprise, le numéro de Registre national ou le numéro d'étranger."*

*"En vue de l'identification unique des utilisateurs de la banque de données, le VREG peut réclamer et utiliser le numéro d'entreprise, le numéro de Registre national ou le numéro d'étranger."*

41. Dans la mesure où, selon le Conseil d'État, cela constitue une autorisation pour utiliser le numéro de Registre national, les dispositions de la Loi Registre national<sup>18</sup> s'appliquent aux gestionnaires de réseaux et au VREG.
42. La Commission estime aussi que l'utilisation des numéros d'identification susmentionnés doit être explicitement associée par le législateur à la définition des tâches mentionnée dans le Projet. Une réutilisation des autres tâches des gestionnaires de réseaux de distribution n'est par conséquent pas possible, vu l'exigence d'une utilisation compatible reprise à l'article 4 de la LVP.

---

<sup>17</sup> Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2006, Weber et Saravia c. Allemagne.

<sup>18</sup> Loi du 8 août 1983 *organisant un registre national des personnes physiques*, M.B. du 21 avril 1984.

## **5. Transparence et droits d'accès et de rectification des personnes concernées**

### **5.1. Transparence des constatations qui ont (peuvent avoir) force probante jusqu'à preuve du contraire**

43. L'article 16 du Projet insère la disposition suivante dans le Décret sur l'Énergie :

*"(...) Sans préjudice des compétences des officiers de police judiciaire, le Gouvernement flamand désigne, dans les limites et aux conditions qu'il détermine, les membres du personnel des gestionnaires de réseaux ou des sociétés d'exploitation pour détecter et constater une fraude à l'énergie. Leur procès-verbal a force probante jusqu'à preuve du contraire."*

44. La Commission constate que la disposition relative à la force probante des constatations a été rédigée de manière large. Elle souhaite d'une part qu'une nuance soit apportée selon laquelle la force probante ne vaut pas pour toutes les mentions du procès-verbal en soi, mais uniquement pour les constatations sensorielles. D'autre part, les constatations doivent être notifiées à la personne concernée dans un bref délai après les constatations (par ex. 8 jours), en l'avertissant que la force probante vaudra jusqu'à preuve du contraire.

45. Toutes les informations obtenues à l'aide du data mining ne peuvent pas valoir jusqu'à preuve du contraire, ce que le Projet n'exclut toutefois pas. Une classification donne parfois des résultats faux positifs (ou faux négatifs). Les résultats d'analyses du data mining peuvent tout au plus être un signal d'alerte ou une indication pour mener une investigation plus poussée et le législateur doit prévoir des garanties qui doivent empêcher qu'une fraude soit constatée uniquement sur la base d'une corrélation ou du résultat d'un profilage.

### **5.2. Transparence des choix méthodologiques et précision des modèles**

46. Il est crucial - tant à l'égard de la personne concernée qu'à l'égard des contrôleurs - que les procès-verbaux et les sites Internet des gestionnaires de réseaux de distribution soient transparents concernant les choix méthodologiques (choix des algorithmes (d'apprentissage) et de la structure du modèle, choix des paramètres éventuels, variables utilisées, ...) afin de détecter une fraude et que ceux-ci soient mis à disposition de manière à ce que les traitements de données soient aussi reproductibles que possible.

47. Il importe également d'être aussi transparent que possible au sujet de la précision/performance de modèles éventuellement utilisés (sur des données de test indépendantes), de manière à ce que la marge d'erreur du profilage soit claire. Cela doit permettre à la personne concernée de se

défendre, au besoin, contre des décisions qui sont prises à son égard - et qui ne peuvent d'ailleurs jamais se produire de manière (semi-)automatique - et dans lesquelles les analyses du data mining ont joué un rôle.

### **5.3. Accès et rectification appliqués aux analyses du data mining et constatations et appréciations complémentaires**

48. La Commission demande enfin d'également accorder une attention à l'application des articles 9, 10 et 12 de la LVP à l'égard des appréciations de fraude par les gestionnaires de réseaux de distribution.

#### **PAR CES MOTIFS,**

La Commission reconnaît la légitimité de la finalité générique du traitement qui consiste à combattre la fraude à l'énergie efficacement à l'aide de techniques modernes d'investigation telles qu'utilisées dans le big data, le data mining et/ou le profilage.

Toutefois, la Commission émet un **avis défavorable** sur l'article 12 du Projet. Cet article permet en effet "toutes les formes de surveillance et de data mining", ce que la Commission estime non conforme aux exigences de légalité et de proportionnalité. Cela doit être spécifié. Le Projet ne contient pas non plus de disposition substantielle qui soit adaptée à la technique de surveillance et de data mining, ni de garanties concrètes suffisantes pour assurer une utilisation socialement justifiée de la surveillance et du data mining.

La Commission émet un **avis favorable** pour tous les autres aspects du Projet.

La Commission se réserve le droit, même en dehors du contexte du Projet et à l'instar d'avis étrangers récents, d'émettre des recommandations complémentaires plus générales concernant les dispositions et les garanties substantielles que le législateur doit prévoir lors de l'utilisation du data mining, du big data et/ou du profilage, notamment dans le cadre de la lutte contre la fraude.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere