



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 22/2021 du 25 février 2021

Objet: Demande d'avis concernant un avant-projet de décret modifiant les décrets du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité (CO-A-2021-011)

L'Autorité de protection des données (ci-après « l'Autorité »);

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 (ci-après « LCA »);

Vu le 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* (ci-après « RGPD »);

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après « LTD »);

Vu la demande d'avis de Monsieur Philippe Henry, Vice-Président du Gouvernement wallon et Ministre du Climat, de l'Énergie et de la Mobilité, reçue le 12 janvier 2021;

Vu le rapport de Madame Alexandra Jaspar, Directrice du Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données ;

Émet, le 25 février 2021, l'avis suivant :

I. OBJET ET CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Vice-Président du Gouvernement wallon et Ministre du Climat, de l'Énergie et de la Mobilité, Monsieur Philippe Henry (ci-après « le demandeur ») a sollicité, le 12 janvier 2021, l'avis de l'Autorité concernant un avant-projet de décret modifiant les décrets du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité (ci-après « le projet »).
2. Selon l'exposé des motifs, le projet vise notamment¹ à transposer dans l'ordre juridique wallon deux directives faisant partie d'un paquet législatif européen surnommé « *Une énergie propre pour tous les Européens* », dont l'ambition est d'adapter les règles de marché afin de tenir compte de la nécessité de passer d'une production d'électricité centralisée à une production décentralisée à partir de sources renouvelables, et ce, dans le but d'atteindre la décarbonation du système énergétique et d'œuvrer à la création d'une Union de l'Énergie².
3. Cette décentralisation s'accompagne d'une modification du cadre normatif relatif aux acteurs de marché et, en particulier, en ce qui concerne la protection des données, aux communautés d'énergie et à l'autoconsommation. Par ailleurs, l'optimisation des méthodes de production et de consommation d'énergie impliquent, dans l'esprit du législateur européen, le développement de la technologie digitale.
4. A l'occasion de l'introduction de la demande d'avis concernant le projet, le fonctionnaire délégué a précisé que les dispositions au sujet desquelles l'avis est demandé visent, d'une part, les conditions de l'autoconsommation collective (article 44 du projet) et, d'autre part, la procédure d'autorisation relative à l'autoconsommation par une communauté d'énergie et l'avis technique y relatif (art. 50 du projet). Ces dispositions sont libellées comme suit :

¹ L'exposé des motifs ajoute que, par ailleurs, le projet vise à intégrer certaines modifications issues du rapport bonne gouvernance CWaPE, l'indemnisation du client final en cas d'interruption prolongée de plus de 6 heures et la révision de la procédure de recours devant la Cour des marchés.

² Il s'agit des directives :

- (UE) 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (refonte) (J.O.U.E., L 328, 21 décembre 2018) ;

- et (UE) 2019/944 du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (J.O.U.E., L 158, 14 juin 2019).

Art. 44. Dans la même section 1, insérée, à l'article 41, il est inséré un article 35 nonies rédigé comme suit :

« Art.35 nonies

§1er. L'autoconsommation collective est soumise aux conditions suivantes :

1° les clients actifs agissant collectivement sont situés ou établis dans un même bâtiment ;

2° le cas échéant, le client actif est équipé d'un compteur communicant ou télérelevé double flux quart horaire permettant de connaître et de vérifier qu'au cours d'une même période quart-horaire :

a) la quantité d'électricité autoconsommée collectivement n'est pas supérieure à la production totale d'électricité, en ce compris l'électricité issue d'une installation de stockage, ni à la consommation totale d'électricité, en ce compris l'électricité utilisée pour charger une installation de stockage ;

b) la quantité d'électricité affectée à chaque participant conformément aux clés de répartition définies dans la convention visée au 6° n'est pas supérieure à sa consommation effective.

(...)

5° un représentant est désigné parmi les clients actifs agissant collectivement afin d'assurer, notamment, les missions suivantes :

a) constituer le point de contact unique pour tout échange avec le gestionnaire de réseau auquel le bâtiment est raccordé

b) être le responsable de la facturation et de la répercussion des frais de réseau, des taxes, surcharges et autres frais régulés applicables.

6° une convention est établie entre les clients actifs concernés ; elle comprend au minimum les éléments suivants :

a) les droits et obligations de chaque client actif, notamment en matière de respect de la vie privée ainsi que d'échange et de protection des données à caractère personnel, leurs responsabilités, notamment en ce qui concerne les règles de partage, dont la clé de répartition et, le cas échéant, de facturation de l'électricité autoconsommée collectivement ;

(...)

e) la procédure de désignation du représentant auprès du gestionnaire de réseau concerné et des fournisseurs concernés ;

f) les modalités de mise à jour de la convention ;

g) le cas échéant, la gestion des certificats verts octroyés.

Le Gouvernement peut compléter ou préciser les éléments que doit contenir la convention.

(...)

§5. Toute autoconsommation collective est notifiée, par le représentant désigné, au gestionnaire de réseau auquel le bâtiment est raccordé au moins deux mois avant le début de l'activité. La notification s'effectue selon le formulaire type établi par la CWaPE en concertation avec les gestionnaires de réseaux.

Le formulaire est publié sur le site de la CWaPE et des gestionnaires de réseaux.

Chaque client actif, le cas échéant par l'intermédiaire du représentant de l'autoconsommation collective, transmet le formulaire pour information à son fournisseur.

Le Gouvernement détermine les conditions de renouvellement de la notification visée à l'alinéa 1er notamment en cas de modification de la puissance installée, d'entrée ou de sortie de membres ou de modification de la clé de répartition de l'électricité autoconsommée collectivement.

(...). »

Art. 50. *Dans la même section 2 insérée à l'article 46, il est inséré un article 35 quaterdecies rédigé comme suit :*

« Art.35 quaterdecies.

§1er. L'autoconsommation de l'énergie produite par une communauté d'énergie est soumise à l'octroi d'une autorisation délivrée par la CWaPE, moyennant le respect des conditions fixées par ou en vertu décret et après avis technique du ou des gestionnaires de réseaux concernés notamment quant à l'impact de la future communauté sur leurs réseaux.

(...)

La demande d'autorisation inclut ou est accompagnée notamment des documents et informations suivants
:

1° les statuts de la communauté d'énergie ou, à défaut, le projet de statuts ;

2° la convention entre la communauté d'énergie et ses membres et actionnaires, ou, à défaut, un projet de convention ;

3° les caractéristiques et la puissance de ou des installations de production d'électricité dont la communauté est propriétaire, ainsi que la date de leur mise en service actuelle ou estimée ;

4° la liste mise à jour des membres et actionnaires ;

5° pour une communauté d'énergies renouvelables, la délimitation précise du périmètre local sur lequel elle compte exercer ses activités ;

6° l'avis technique du ou des gestionnaires de réseaux concernés.

§2. Après avis de la CWaPE, le Gouvernement fixe les modalités de la procédure d'octroi, de renonciation, de révision et de retrait de l'autorisation, en ce compris les délais et modes de communication, et, le cas échéant, la redevance à payer pour l'examen de la demande d'autorisation. La procédure et la redevance peuvent être différenciées notamment sur base du type de communauté d'énergie ou de la qualité des participants.

La CWaPE notifie sa décision à la communauté d'énergie ainsi qu'aux gestionnaires de réseaux concernés.

§3. Après avis de la CWaPE, le Gouvernement détermine les types de modifications nécessitant une notification à la CWaPE et aux gestionnaires de réseaux concernés ainsi que leur délai de notification.

§4. La CWaPE et le gestionnaire de réseau sont responsables du traitement des données à caractère personnel communiquées dans le cadre de l'octroi, de la révision d'autorisations ou de la renonciation, et seules les personnes en charge des matières relatives aux données collectées peuvent y avoir accès.

La CWaPE peut utiliser ces données en vue :

1° d'analyser, traiter et statuer sur une demande d'autorisation, de révision, de renonciation ou sur un retrait ;

2° de suivre le développement des communautés d'énergie et de contrôler leur conformité avec les obligations qui leur sont imposées par ou en vertu du présent décret ;

3° de remplir toute mission légale ou réglementaire qui lui est assignée.

Les données à caractère personnel traitées dans le cadre de l'octroi, de la révision, de la renonciation et du retrait des autorisations sont conservées par la CWaPE pendant la durée de vie de la communauté d'énergie. Les données relatives aux membres ayant quitté une communauté d'énergie sont supprimées à dater de la notification de leur sortie.

Le gestionnaire de réseau a accès aux données visées à l'alinéa 1er en vue d'analyser les demandes d'autorisation et, le cas échéant, de révision des communautés d'énergie et de proposer à la CWaPE un avis technique.

Les données à caractère personnel traitées dans le cadre de l'avis relatif à la demande d'autorisation ou de révision de la communauté d'énergie sont conservées par le gestionnaire de réseau jusqu'à l'extinction de toutes les voies de recours possibles à l'encontre de la décision de la CWaPE.

§5. Les participants à la communauté d'énergie sont informés par la CWaPE et le gestionnaire de réseau préalablement au traitement des données fournies :

1° des finalités précises du traitement ;

2° de la durée du traitement et de la conservation des données ;

3° du responsable de traitement des données ;

4° de la procédure applicable concernant l'exercice du droit d'accès, de rectification et d'opposition des données, en ce compris les coordonnées du service compétent à cet effet. »

II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Compteurs communicants

5. Les dispositions relatives aux compteurs « communicants »³ figuraient déjà dans le décret du 12 avril 2001 (ci-après « décret électricité ») et ne font l'objet – comme indiqué dans l'exposé des motifs – que d'adaptations dans le cadre de ce projet⁴. Toutefois, la directive (UE) 2019/944 du 5 juin 2019, que le projet entend transposer⁵, souligne avec force la nécessité pour les Etats membres d'avoir une

³ Il s'agit de la terminologie instaurée par le projet

⁴ L'Autorité s'est déjà prononcée sur le projet de décret consacrant le déploiement de ces compteurs en région wallonne, voy.

Les avis 23/2018 du 21 mars 2018 (<https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-23-2018.pdf>) et 44/2019 du 6 février 2019 (<https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-44-2019.pdf>); voy. également la recommandation n° 04/2011 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) ainsi que les avis du Groupe 29 (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp183_en.pdf) et du CEPD (https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-06-08_smart_metering_fr.pdf).

⁵ Et qui modifie 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 (qui, pour rappel, dispose que "lorsque et

attention particulière pour la sécurité et la protection des données lors de la transposition de ses dispositions (et en particulier de celles relatives aux compteurs intelligents)⁶. L'Autorité comprend que

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 veillent 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 privée⁷)

⁶ Considérant 57 : « Actuellement, différents modèles pour la gestion des données ont été élaborés ou sont en cours d'élaboration dans les États membres à la suite du déploiement de systèmes intelligents de mesure. Indépendamment du modèle de gestion des données, il est important que les États membres mettent en place des règles transparentes en vertu desquelles l'accès aux données peut se faire dans des conditions non discriminatoires, et qu'ils assurent les niveaux les plus élevés de cybersécurité et de protection des données, ainsi que l'impartialité des entités qui traitent les données ».

Considérant 91 : « La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la Charte. Par conséquent, il convient d'interpréter et d'appliquer la présente directive conformément à ces droits et principes, en particulier le droit à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 8 de la Charte. Il est essentiel que tout traitement de données à caractère personnel au titre de la présente directive respecte le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil ».

Article 2.27 : « meilleures techniques disponibles: dans le cadre de la protection des données et de la sécurité dans un environnement de compteurs intelligents, les techniques les plus efficaces, avancées et adaptées dans la pratique pour constituer, en principe, la base sur laquelle s'appuyer pour respecter les règles de l'Union en matière de protection des données et de sécurité ».

Article 19.1 : « Afin de promouvoir l'efficacité énergétique et d'autonomiser les clients finals, les États membres ou, si un État membre le prévoit, l'autorité de régulation, recommandent vivement aux entreprises d'électricité et aux autres acteurs du marché d'optimiser l'utilisation de l'électricité, notamment en proposant des services de gestion de l'énergie, en élaborant des formules tarifaires novatrices et en introduisant des systèmes intelligents de mesure qui sont interopérables, en particulier avec des systèmes de gestion énergétique des consommateurs et des réseaux intelligents, conformément aux règles de l'Union applicables en matière de protection des données ».

Article 20 : « Lorsque le déploiement de systèmes intelligents de mesure est évalué de manière positive à la suite de l'évaluation coûts-avantages visée à l'article 19, paragraphe 2, ou lorsque les systèmes intelligents de mesure sont déployés systématiquement après le 4 juillet 2019, les États membres déploient des systèmes intelligents de mesure conformément aux normes européennes, à l'annexe II et aux exigences suivantes:

- a) les systèmes intelligents de mesure ont pour fonction de mesurer avec précision la consommation réelle d'électricité et sont capables de fournir aux clients finals des informations sur le moment réel où l'énergie a été utilisée. Les clients finals doivent pouvoir accéder facilement aux données validées relatives à l'historique de consommation et les visualiser facilement, de manière sécurisée, sur demande et sans frais supplémentaires. Les clients finals doivent également pouvoir accéder facilement aux données non validées relatives à la consommation en temps quasi réel et de manière sécurisée, sans frais supplémentaires, via une interface normalisée ou via un accès à distance, afin de favoriser les programmes automatisés d'amélioration de l'efficacité énergétique, la participation active de la demande et d'autres services;
- b) la sécurité des systèmes intelligents de mesure et de la communication des données respecte les règles de l'Union applicables en matière de sécurité en tenant dûment compte des meilleures techniques disponibles pour garantir le plus haut niveau de protection en matière de cybersécurité, tout en gardant à l'esprit les coûts et le principe de proportionnalité;
- c) le respect de la vie privée des clients finals et la protection de leurs données respectent les règles de l'Union applicables en matière de protection des données et de respect de la vie privée;
- d) (...)
- e) si les clients finals le demandent, les données sur l'électricité qu'ils injectent dans le réseau et les données relatives à leur consommation d'électricité sont mises à leur disposition, conformément aux actes d'exécution adoptés en vertu de l'article 24, via une interface de communication normalisée ou via un accès à distance, ou à la disposition d'un tiers agissant en leur nom, sous une forme aisément compréhensible, qui leur permette de comparer les offres sur une base équivalente;
- f) des informations et des conseils appropriés sont donnés aux clients finals avant ou au moment de l'installation de compteurs intelligents, notamment en ce qui concerne toutes les possibilités qu'ils offrent en matière de gestion des relevés et de suivi de la consommation d'énergie, ainsi qu'en ce qui concerne la collecte et le traitement des données à caractère personnel conformément aux règles de l'Union applicables en matière de protection des données;
- g) (...)

Aux fins du premier alinéa, point e), les clients finals ont la possibilité d'extraire leurs données de relevés de compteur ou de les transmettre à un tiers sans frais supplémentaires et conformément au droit à la portabilité des données qui leur est reconnu au titre des règles de l'Union en matière de protection des données ».

Article 34 : « Tâches des gestionnaires de réseau de distribution en matière de gestion des données :

Les États membres veillent à ce que toutes les parties éligibles disposent d'un accès non discriminatoire aux données selon des modalités claires et équitables, conformément aux règles applicables en matière de protection des données ».

Article 40.1.m) : « Chaque gestionnaire de réseau de transport est chargé de la gestion des données, y compris le développement de systèmes de gestion des données, de la cybersécurité et de la protection des données, sous réserve des règles applicables et sans préjudice de la compétence d'autres autorités ».

les compteurs communicants envisagés dans le cadre du projet, présentent les mêmes caractéristiques et modalités de fonctionnement que celles approuvées par l’Autorité dans le cadre de son avis 23/2018⁷ et se limite donc à attirer l’attention du demandeur sur les risques inhérents aux traitements de données à caractère personnel via de tels compteurs et à vérifier l’adéquation des adaptations aux dispositions du RGPD.

Ingérence dans les droits et libertés des personnes concernées

6. Si la directive est aussi insistante en ce qui concerne la protection des données, c’est parce qu’en se basant sur des données traitées par des compteurs communicants, il est possible d’inférer les périodes de vacances et les pratiques religieuses des résidents, de détecter l’utilisation d’appareils ménagers (et donc de comportements du ménage susceptibles de permettre l’identification de ses membres)⁸. L’Autorité reviendra ci-dessous sur la fréquence de collecte des données, mais constate qu’en imposant au « *client actif* », c’est-à-dire dans certains cas une personne physique⁹, souhaitant agir collectivement dans le cadre d’une autoconsommation, le placement d’un « *compteur communicant ou télérelevé double flux quart horaire* », le traitement de données consacré à l’article 44¹⁰ du projet constitue une ingérence importante dans les droits et libertés des personnes concernées.

Responsable du traitement

7. Le paragraphe 2 de l’article 35^{septies} du décret électricité¹¹ n’est pas modifié par le projet. Or, son libellé laisse sous-entendre que le responsable du traitement désigné n’est responsable que pour les données auxquelles il accède. Afin d’éviter toute ambiguïté quant à l’identité de la personne ou de l’entité qui doit être considérée comme responsable du traitement des données traitées via le compteur et de faciliter ainsi l’exercice des droits de la personne concernée tels que prévus aux articles 12 à 22 du RGPD, l’Autorité invite le demandeur à identifier explicitement, dans son projet, pour chaque traitement de données, la personne ou l’entité qui doit être considérée comme le responsable du traitement. L’Autorité en profite pour rappeler que la désignation des responsables du traitement doit être adéquate au regard des circonstances factuelles¹². Il est nécessaire de vérifier pour chaque

⁷ *Op. cit.*

⁸ en ce sens, voy. le rapport daté de 2019 de l’Unité "Politique des technologies de l’information" du Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) et les références citées (https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/techdispatch/techdispatch-2-smart-meters-smart-homes_en); le rapport cité fait également état d’un risque de profilage et d’utilisation de ces profils à des fins de marketing ou de surveillance.

⁹ Voy. l’article 3, 28° du projet modifiant l’article 2 du décret de 2001

¹⁰ La même remarque vaut pour l’article 43 du projet dont il sera question *infra*

¹¹ Libellé comme suit : « *Le gestionnaire de réseau de distribution est le responsable de traitement des données à caractère personnel issues du compteur communicant qu’il collecte* ».

¹² En effet, tant le Groupe de travail 29 – prédécesseur du Comité européen de la protection des données – que l’Autorité ont insisté sur la nécessité d’approcher le concept de responsable du traitement dans une perspective factuelle. Voir : Groupe de travail 29, Avis 1/2010 sur les notions de "responsable de traitement" et de "sous-traitant", 16 février 2010, p. 9 (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_en.pdf) et Autorité de protection des données, *Le point sur les notions de responsable de traitement/sous-traitant au regard du Règlement EU 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) et quelques applications spécifiques aux*

traitement de données à caractère personnel qui poursuit la finalité pour laquelle elles sont traitées et dispose de la maîtrise des moyens utilisés pour atteindre cette finalité.

8. La même clarification s'impose à l'article 35 *quinquies*, al. 2 du décret électricité¹³, faisant référence à la « *propriété* » des données, auquel l'article 39, 1^o du projet ajoute : « *sur demande, l'utilisateur peut recevoir gratuitement toutes les données relatives à l'exercice de sa flexibilité au moins par période de facturation* ». En effet, le concept de « *propriété* » renvoie à la classification des biens issue du droit civil¹⁴, ce qui pourrait laisser sous-entendre (à tort) qu'il serait possible de disposer du droit fondamental à la protection des données¹⁵. L'Autorité recommande de se référer à « *l'accès de la personne concernée aux données à caractère personnel qui le concernent* » et d'identifier le responsable du traitement auprès de qui cet accès peut être demandé.

Base de licéité - consentement

9. L'Autorité se réjouit de la consécration de la possibilité¹⁶, pour tout client final, de refuser le placement d'un compteur communicant ou l'activation de la fonction communicante¹⁷. Néanmoins, les articles subséquents ne permettent pas à l'Autorité de déterminer avec certitude si cette possibilité de refus, motivée par la volonté du Gouvernement de renforcer l'implication individuelle des consommateurs dans la transition énergétique¹⁸, emporte ou non la prohibition, pour le client actif, de s'engager dans une activité d'autoconsommation.
10. La réponse à cette question est fondamentale, car s'il fallait y répondre positivement, le client final souhaitant s'engager dans cette activité n'aurait en réalité pas la possibilité de refuser le traitement de ses données via un compteur communicant. Or, l'Autorité rappelle que, lors de l'usage du consentement en tant que base de légitimité des traitements, le recueil du consentement des personnes concernées doit répondre aux exigences de liberté, d'information, de spécificité et d'univocité prévues au considérant 32 du RGPD¹⁹. Afin d'éviter toute équivoque, l'Autorité invite le

professions libérales telles que les avocats,
p.1..(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/Notions_RT_ST.pdf).

¹³ Libellé comme suit : « *Tout utilisateur du réseau est propriétaire de ses données de consommation et d'injection et peut donner accès à celles-ci, par accord libre et explicite, au fournisseur de service de flexibilité de son choix* ».

¹⁴ Et impliquerait donc qu'il s'agisse de biens dits « dans le commerce »

¹⁵ Garanti par l'article 8 de la Charte des Droits fondamentaux ; en ce sens, voy. les lignes directrices 2/2019 de l'EDPB du 8 octobre 2019 relatives au traitement de données à caractère personnel sous l'article 6.1.b du RGPD, point 54 (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf)

¹⁶ Comme le précise l'exposé des motifs : « afin de mettre en œuvre la déclaration de politique régionale ».

¹⁷ Voy. article 35, 2^o du projet

¹⁸ Déclaration de politique régionale 2019-2024, p. 61 (https://www.wallonie.be/sites/default/files/2019-09/declaration_politique_regionale_2019-2024.pdf)

¹⁹ Pour plus d'informations à ce sujet, l'Autorité renvoie aux Guidelines sur le consentement adoptées par le Contrôleur européen de la protection des données (anciennement «Groupe de l'Article 29») le 4 mai 2020 (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_fr.pdf)

demandeur à clarifier les conséquences d'un refus de placement ou d'activation dans le projet de décret.

11. De plus, l'Autorité constate que l'obligation d'installation et d'activation des compteurs communicants à partir de 2023, figure toujours à l'article 35 du décret électricité²⁰. Par conséquent, l'Autorité s'interroge sur l'effectivité de ce « libre choix ».

Principe de légalité, finalités et proportionnalité

12. L'article 43 du projet²¹ prévoit l'obligation pour le client actif souhaitant autoconsommer l'électricité produite collectivement ou vendre l'électricité autoproduite de « *disposer d'un compteur lui permettant, pour chaque période quart-horaire, de mesurer séparément l'électricité injectée sur et prélevée du réseau et qui communique les informations automatiquement au gestionnaire de réseau* ». De plus, l'article 34 du projet incite les fournisseurs disposant d'un important portefeuille de clients à proposer à ces derniers la conclusion d'un « *contrat d'électricité à tarification dynamique* »²². L'exposé des motifs précise qu'un tel contrat est lié aux prix du marché spot de l'électricité et peut varier chaque quart d'heure.
13. Ces dispositions ne permettent toutefois pas de déterminer les finalités du traitement des données²³, ni a fortiori le caractère proportionnel de ces traitements au regard des finalités poursuivies. Or, l'article 5.1.c) du RGPD prévoit que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités visées (principe de "minimisation des données").
14. L'Autorité rappelle qu'aux termes de l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la CEDH et 6.3 du RGPD, il appartient au législateur de déterminer dans quelles circonstances un traitement de données est autorisé. Conformément au principe de légalité, cette norme législative doit ainsi, en tout cas, fixer les éléments essentiels du traitement. Lorsque le traitement de données constitue une ingérence particulièrement importante dans les droits et libertés des personnes concernées, comme c'est potentiellement le cas dès lors qu'il s'agit de données de consommation énergétique²⁴, il est nécessaire que les éléments essentiels suivants soient déterminés par le législateur : la (les) finalité(s) précise(s)²⁵ à la lecture de laquelle (desquelles) on peut déjà apercevoir les traitements de données qui seront mis en place pour sa (leur) réalisation, l'identité du (des) responsable(s) du traitement, le type de données qui sont nécessaires à la réalisation de cette (ces)

²⁰ Voy. également l'article 35 *octies* du décret inséré par l'article 43 du projet

²¹ Comme mentionné supra, l'article 44 du projet se réfère également à ce type de compteur

²² Tel que défini à l'article 2, 15° de la directive 2019/944

²³ qui, pour rappel, doivent être déterminées, explicites et légitimes, en vertu de l'article 5.1.b) du RGPD

²⁴ Voy. *supra*

²⁵ Voir aussi l'article 6.3 du RGPD.

finalité(s), le délai de conservation des données²⁶, les catégories de personnes concernées dont les données seront traitées, les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données seront communiquées²⁷, les circonstances dans lesquelles elles seront communiquées ainsi que l'éventuelle limitation des obligations et/ou des droits visé(e)s aux articles 5, 12 à 22 et 34 du RGPD.

15. L'Autorité estime qu'en raison de l'importance de l'ingérence résultant du traitement de données envisagé à une fréquence de traitement aussi élevée, le projet doit être modifié en vue de justifier cette fréquence, idéalement en prévoyant des fréquences différentes en fonction des catégories de personnes concernées (par exemple, en fonction d'un seuil de production net).
16. Par conséquent, sauf si une fréquence indifférenciée devait être justifiable (et effectivement justifiée dans le décret, *quod non*), l'Autorité estime que la fréquence de collecte des données doit être limitée de manière explicite et recommande une la fixation d'une fréquence de traitement de ces données de consommation plus large pour les producteurs ne pouvant être qualifiés de professionnels.
17. A toutes fins utiles, l'Autorité précise que la détermination de cette limite ne dispense pas le responsable du traitement de veiller au respect du principe de minimisation²⁸. Il lui appartient au contraire de démontrer pour chaque traitement (collecte, enregistrement, communication au fournisseur, au gestionnaire ou à des tiers, etc), que la fréquence proposée (ou imposée) à la personne concernée est strictement nécessaire au regard de la finalité poursuivie (information du consommateur, sécurité du réseau, facturation, etc.)²⁹.

²⁶ La Cour constitutionnelle a déjà reconnu que "le législateur pouvait régler de manière générale les conditions de conservation des données à caractère personnel, ainsi que la durée de cette conservation", Arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, point B. 23.

²⁷ Voir par exemple, Cour constitutionnelle, Arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, point B.18, et Cour constitutionnelle, Arrêt n° 44/2015 du 23 avril 2015, points B.36.1 e.s.

²⁸ l'article 5.1.c) du RGPD prévoit que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités visées (principe de "minimisation des données").

²⁹ L'Autorité renvoie pour le surplus à l'avis du CEPD du 8 juin 2012 relatif à la recommandation de la Commission relative à la préparation de l'introduction des systèmes intelligents de mesure (https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-06-08_smart_metering_fr.pdf), en particulier le point 52

2. Autoconsommation collective (article 44 du projet)

18. Comme le rappelle l'exposé des motifs, la notion d'autoconsommation figurait déjà dans le décret électricité³⁰.

Finalités

19. Le projet prévoit la désignation d'un représentant parmi les clients actifs avec pour mission de constituer le point de contact unique pour tout échange avec le gestionnaire de réseau auquel le bâtiment est raccordé et d'être le responsable de la facturation et de la répercussion des frais de réseau, des taxes, surcharges et autres frais régulés applicables. L'Autorité en prend acte.

Catégories de données

20. A l'occasion de son avis 44/2019³¹, l'Autorité invitait le demandeur à préciser quelles sont les catégories de données personnelles auxquelles le gestionnaire devra avoir accès pour exercer sa mission de représentation des participants ainsi qu'à préciser les obligations de confidentialité de ce gestionnaire eu égard aux données personnelles traitées dans le cadre de la facturation de l'électricité. L'Autorité réitère cette invitation.

Principe de légalité

21. Les auteurs du projet ont vraisemblablement entendu répondre à cette invitation en prévoyant, à l'article 44 du projet, l'obligation de conclure une convention entre clients actifs déterminant notamment les droits et obligations « *en matière de respect de la vie privée ainsi que d'échange et de protection des données à caractère personnel* ». Toutefois, si le mention des droits des personnes concernées dans ce contrat est à approuver, cette manière de procéder n'est pas heureuse en ce qui concerne les obligations, dans la mesure où cela revient à permettre la détermination des éléments essentiels du traitement par contrat.
22. L'Autorité déplore, en première instance, que les directives européennes – pourtant soucieuses de la protection des données – consacrent l'existence d'un nouvel acteur appelé à traiter des données tout en laissant aux Etats membres le soin d'en déterminer les éléments essentiels du traitement.

³⁰ Et l'Autorité a déjà rendu un avis n°44/2019 du 6 février 2019, à ce sujet (<https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-44-2019.pdf>)

³¹ *Op. cit.*, point 7

23. Néanmoins, ces éléments ne peuvent être abandonnés à la liberté contractuelle et c'est bien aux Etats membres et en particulier au législateur qu'il revient de les déterminer et de prévoir des garanties appropriées pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée. En effet, l'Autorité rappelle une fois de plus qu'aux termes de l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la CEDH et 6.3 du RGPD, c'est au législateur qu'il appartient de déterminer dans quelles circonstances un traitement de données est autorisé. Conformément au principe de légalité, cette norme législative doit ainsi, en tout cas, fixer les éléments essentiels du traitement. Lorsque le traitement de données constitue une ingérence importante dans les droits et libertés des personnes concernées, comme c'est potentiellement le cas dès lors qu'il s'agit de données de consommation énergétique³², il est nécessaire que les éléments essentiels suivants soient déterminés par le législateur : la (les) finalité(s) précise(s)³³ à la lecture de laquelle (desquelles) on peut déjà apercevoir les traitements de données qui seront mis en place pour sa (leur) réalisation, l'identité du (des) responsable(s) du traitement, le type de données qui sont nécessaires à la réalisation de cette (ces) finalité(s), le délai de conservation des données³⁴, les catégories de personnes concernées dont les données seront traitées, les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données seront communiquées³⁵, les circonstances dans lesquelles elles seront communiquées ainsi que l'éventuelle limitation des obligations et/ou des droits visé(e)s aux articles 5, 12 à 22 et 34 du RGPD.
24. L'Autorité constate qu'en l'occurrence, le projet ne mentionne pas ces éléments essentiels. Aussi, dans la mesure où la détermination de ces éléments essentiels par contrat est contraire à l'article 22 de la Constitution, l'Autorité estime que l'article 44 du projet doit être revu.
25. A toutes fins utiles, l'Autorité précise qu'il en irait autrement si ces éléments essentiels étaient déterminés par le législateur, mais que celui-ci imposait également – par souci de transparence – l'obligation de faire figurer ces éléments essentiels (préalablement déterminés par ses soins) dans le contrat. Le cas échéant, l'Autorité approuverait une modification du projet en ce sens.
26. L'Article 49 du projet contient une disposition identique en ce qui concerne les participants à une communauté d'énergie. L'Autorité estime que cet article doit également être revu³⁶.

³² Voy. *supra*

³³ Voir aussi l'article 6.3 du RGPD.

³⁴ La Cour constitutionnelle a déjà reconnu que "le législateur pouvait régler de manière générale les conditions de conservation des données à caractère personnel, ainsi que la durée de cette conservation", Arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, point B. 23.

³⁵ Voir par exemple, Cour constitutionnelle, Arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, point B.18, et Cour constitutionnelle, Arrêt n° 44/2015 du 23 avril 2015, points B.36.1 e.s.

³⁶ En l'espèce, l'Autorité s'interroge également sur l'opportunité de conclure une telle convention dans la mesure où la communauté est déjà régie par des statuts conformément à l'article 35 *tredecies* nouveau du décret électricité. L'Autorité insiste cependant pour que, dans l'hypothèse où le contrat serait considéré comme redondant par rapport aux statuts, les éléments essentiels de chacun des traitements soient déterminés par le législateur. Par souci d'exhaustivité, contrairement à la recommandation formulée *supra* au sujet du contrat d'autoconsommation, l'Autorité précise qu'elle ne préconise pas que ces éléments soient rappelés dans les statuts. En effet, en raison à la lourdeur inhérente à une modification statutaire, l'Autorité

27. Ces deux articles consacrent la possibilité, pour le Gouvernement, de compléter ou préciser les éléments que doit contenir la convention. L'Autorité estime qu'il convient de préciser que le Gouvernement ne peut compléter ces éléments que pour autant que cette extension ne porte pas sur des éléments essentiels du traitement de données à caractère personnel.

Principe de minimisation

28. Enfin, l'article 45 du projet introduit un article 35decies, §2, libellé comme suit, dans le décret énergie :

« Les gestionnaires de réseaux déterminent les volumes d'électricité autoconsommés collectivement et prélevée par chaque membre individuellement sur base des relevés de production, de consommation et des clés de répartition fixées dans la convention liant les clients actifs exerçant l'autoconsommation collective.

Ils transmettent au représentant de l'autoconsommation collective les données de mesure relatives à l'électricité produite et injectée par l'installation de production de l'autoconsommation collective et prélevée par chaque membre individuellement ainsi que les informations nécessaires à leur facturation.

Ils transmettent aux fournisseurs respectifs des différents clients actifs les données nécessaires à la facturation ».

29. L'Autorité rappelle que l'article 5.1.c) du RGPD prévoit que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités visées (principe de "minimisation des données"). En l'espèce, l'Autorité n'est pas en mesure de déterminer si la granulosité³⁷ des données communiquées est proportionnelle au regard de la finalité de facturation. L'article 45 du projet sera donc modifié.

3. Autorisation et avis technique relatifs à l'autoconsommation par une communauté d'énergie (article 50)

Profilage

30. L'article 50 du projet introduit un article 35^{quaterdecies} dans le décret électricité, lequel consacre un traitement de données à caractère personnel dans le cadre d'une demande d'autorisation

recommande la simple publication d'une politique relative à la vie privée et au traitement des données à caractère personnel (le cas échéant via le site web de la communauté).

³⁷ La proportionnalité sera appréciée différemment selon qu'il s'agira de données de production, de la différence entre l'énergie produite et consommée, de données de consommation annuelles ou en temps quasi-réel.

d'autoconsommation par une communauté d'énergie. Cette disposition succède à l'article 42 *quinquies*, §2 du décret électricité, au sujet duquel l'Autorité a eu l'occasion de se prononcer³⁸.

31. Le libellé de cet ancien article 42 *quinquies* avait conduit l'Autorité à réclamer l'introduction de précisions relatives à une activité de profilage³⁹.
32. L'exposé des motifs du projet actuel justifie dûment la prise en compte de l'impact sur le réseau par le risque de congestion locale inhérent au partage d'énergie à l'échelle de la communauté et le projet se réfère à la vérification du respect des conditions fixes par ou en vertu du décret⁴⁰. L'Autorité en conclut que le projet ne semble pas contenir de disposition laissant craindre un profilage, mais invite le demandeur à se conformer à son avis précité si tel devait être le cas.

Responsable du traitement

33. Pour le surplus, l'Autorité constate que les éléments essentiels du traitement figurent bien dans l'article en projet. Toutefois, en ce qui concerne la détermination du responsable du traitement, le libellé de l'article 35 *quaterdecies*, §4 nouveau laisse sous-entendre que le régulateur et le gestionnaire de réseau seraient co-responsables du traitement de ces données. Aussi, afin d'éviter toute ambiguïté quant à l'identité de la personne ou de l'entité qui doit être considérée comme responsable du traitement et de faciliter ainsi l'exercice des droits de la personne concernée tels que prévus aux articles 12 à 22 du RGPD, l'Autorité invite le demandeur à distinguer, pour chaque traitement de données, la personne ou l'entité qui doit être considérée comme le responsable du traitement. L'Autorité en profite pour rappeler que la désignation des responsables du traitement doit être adéquate au regard des circonstances factuelles⁴¹. Concrètement, l'Autorité recommande d'omettre le gestionnaire du réseau au premier alinéa de ce paragraphe et de préciser à l'alinéa relatif à l'accès aux données par le gestionnaire que, ce faisant, ce dernier acquiert la qualité de responsable du traitement.

³⁸ Voy. avis 44/2019, *op. cit.*, point 8

³⁹ *Ibidem*, points 8 et sv.

⁴⁰ L'exposé des motifs précise qu'il s'agit notamment des articles 35 *tredecies* et *quinquies* nouveaux du décret

⁴¹ En effet, tant le Groupe de travail 29 – prédécesseur du Comité européen de la protection des données – que l'Autorité ont insisté sur la nécessité d'approcher le concept de responsable du traitement dans une perspective factuelle. Voir : Groupe de travail 29, Avis 1/2010 sur les notions de "responsable de traitement" et de "sous-traitant", 16 février 2010, p. 9 (https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_en.pdf) et Autorité de protection des données, *Le point sur les notions de responsable de traitement/sous-traitant au regard du Règlement EU 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) et quelques applications spécifiques aux professions libérales telles que les avocats*, p.1..(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/Notions_RT_ST.pdf).

PAR CES MOTIFS,

L'Autorité

estime que :

- Le responsable du traitement doit être identifié, pour chaque traitement, aux articles 35 *quinquies* et *septies* du décret électricité (points 7 et 8) ;
- La référence à la propriété des données doit être omise à l'article 35 *quinquies* du décret électricité (point 8) ;
- les conséquences d'un refus de placement ou d'activation doivent être clarifiées dans le projet (points 9 à 11) ;
- la fréquence de collecte des données via un compteur communiquant doit être limitée de manière explicite et qu'une limitation de la collecte à 1x/heure doit être prévue, à tout le moins pour les producteurs ne pouvant être qualifiés de professionnels (points 12 à 17) ;
- les catégories de données personnelles auxquelles le gestionnaire devra avoir accès pour exercer sa mission de représentation des participants doivent être précisées et une obligation de confidentialité doit être prévue à l'article 44 du projet (point 20) ;
- les articles 44 et 49 du projet doivent être revus de manière à déterminer les éléments essentiels des traitements qu'ils consacrent, la détermination de ces éléments par contrat doit être omise et l'habilitation au Gouvernement doit exclure les données à caractère personnel (points 21 à 27) ;
- l'article 45 du projet doit être reformulé de manière à permettre d'évaluer la proportionnalité du traitement au regard de la finalité poursuivie (point 29) ;
- il convient d'omettre le gestionnaire du réseau au premier alinéa de l'article 35 *quaterdecies*, §4 nouveau du décret électricité (inséré par l'article 50 du projet) et de préciser à l'alinéa relatif à l'accès aux données par le gestionnaire que, ce faisant, ce dernier acquiert la qualité de responsable du traitement (point 33).

attire l'attention du demandeur quant à l'importance, lorsqu'un traitement constitue une ingérence importante dans les droits et libertés des personnes concernées, de la détermination des éléments essentiels de ce traitement, par le législateur.

(sé) Alexandra Jaspar

Directrice du Centre de Connaissances