



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.639/3
van 9 januari 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het voorkomen, detecteren, vaststellen en bestraffen van energiefraude’

Op 8 december 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Begroting, Financiën en Energie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft het voorkomen, detecteren, vaststellen en bestraffen van energiefraude’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 december 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS, staatsraad, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 januari 2018.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt in hoofdzaak tot uitvoering van het decreet van 24 februari 2017 ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het voorkomen, detecteren, vaststellen en bestraffen van energiefraude’. Met artikel 1 van het ontwerp wordt daartoe beoogd de geldende titel IV (“De jaarlijkse toekenning van een hoeveelheid gratis elektriciteit”) van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 ‘houdende algemene bepalingen over het energiebeleid’ (hierna: Energiebesluit) op te heffen en volledig te vervangen door een titel “Energiefraude”, terwijl artikel 2 van het ontwerp strekt tot de opheffing van artikel 5.5.3 van het Energiebesluit, een bepaling inzake energiefraude door huishoudelijke afnemers.

De artikelen 3, 5, 6 en 7 van het ontwerp hebben betrekking op het doorvoeren van een aantal terminologische wijzigingen in het Energiebesluit.

Artikel 4 van het ontwerp strekt tot het invoegen in titel VI van het Energiebesluit van een hoofdstuk IV/1 over “Openbaredienstverplichtingen voor de installateurs van hernieuwbare energiesystemen”.

Artikel 8 van het ontwerp betreft het invoegen in titel XI van het Energiebesluit van een hoofdstuk I/3 (“Toezicht door de netbeheerders”) over de wijze waarop de netbeheerders en hun werkmaatschappijen toezicht uitoefenen ter opsporing van energiefraude.

Artikel 9 van het ontwerp strekt tot het toevoegen van een bijlage I/1 aan het Energiebesluit, die handelt over de berekening van de verbruikte energie voor een hennepkwekerij bij binnenteelt onder kunstlicht als vermeld in artikel 4.1.2, § 3, tweede lid, van het Energiebesluit.

Artikel 10 van het ontwerp strekt tot de opheffing van de artikelen 12.3.6 en 12.3.7 van het Energiebesluit, die werden ingevoegd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2014 ‘tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de instanties bevoegd voor de behandeling van de dossiers inzake de toekenning van groenestroomcertificaten, warmtekracht-certificaten en garanties van oorsprong’, en betrekking hebben op de behandeling van standaarddossiers inzake de toekenning van groenestroomcertificaten en oorspronggaranties.¹

¹ Er was ook een ander artikel 12.3.6 van het Energiebesluit, ingevoegd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 29 november 2013 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 2 maart 2007 tot instelling van een tegemoetkoming in de kosten bij de renovatie van een woning en van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat

Artikel 11 van het ontwerp bevat een overgangsregel met betrekking tot de verlengde toepassing van de huidige bepalingen van titel IV van het Energiebesluit die bij artikel 1 van het te nemen besluit worden opgeheven.

RECHTSGROND

3.1. Omdat de in de aanhef aangehaalde rechtsgrondbepalingen niet adequaat bleken te zijn, heeft de gemachtigde op vraag van de auditeur-verslaggever een tabel bezorgd met een overzicht van de rechtsgrond voor elk artikel van het ontworpen besluit.

De Raad van State wijst erop dat het onderzoek van de rechtsgrond voor het ontworpen besluit niet toevallig een van de drie punten is die hij volgens de wet steeds moet onderzoeken, zelfs voor spoedadviesaanvragen, in het belang van de adviesaanvrager zelf. De adviesaanvrager moet zelf ook meewerken aan die belangrijke controle door ontwerpbesluiten voor te leggen waarbij alle noodzakelijke rechtsgrondbepalingen, maar ook niet meer, in de aanhef worden vermeld. In complexe gevallen is het bovendien raadzaam om spontaan een rechtsgrondtabel in het dossier op te nemen.²

betreft de openbaredienstverplichtingen van de distributienetbeheerders of de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit aangaande de sociale energiemaatregelen en ter stimulering van het rationeel energieverbruik', maar dat is opgeheven bij het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 'houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft diverse bepalingen inzake energie-efficiëntie'; er is nog steeds een ander artikel 12.3.7 van het Energiebesluit, ingevoegd bij het genoemde besluit van 29 november 2013, dat behouden blijft. Overigens worden de bedoelde bepalingen ook al opgeheven bij de artikelen 26 en 27 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2015 'houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft diverse bepalingen inzake energie', maar op een door de minister te bepalen datum (artikel 35, 2°, van dat besluit); een ministerieel besluit in die zin werd echter nog niet aangenomen.

De gemachtigde verduidelijkt dit als volgt: "Artikel 10 van het [ontwerp] heft artikel 12.3.6 van het Energiebesluit op. Artikel 12.3.6, ingevoegd bij BVR van 9 mei 2014, werd via artikel 26 van het BVR van 10 juli 2015 houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft diverse bepalingen inzake energie, opgeheven. Artikel 35, 2° van hetzelfde besluit bepaalt dat de inwerkingtreding van artikel 26 gebeurt op een door de minister, bevoegd voor energiebeleid, te bepalen datum. Zo'n ministerieel besluit is er op dit moment niet waardoor artikel 12.3.6 niet is opgeheven. Bedoeling is dus inderdaad om dit nu versneld te doen via voorliggend besluit."

² Zie *Vademecum adviesprocedure voor de afdeling wetgeving*, 2017, I.E.2.a, blz. 17 (raadpleegbaar op <http://www.raadvanstate.be> > Procedure > Wetgeving).

3.2. De door de gemachtigde bezorgde rechtsgrondtabel luidt als volgt:

BVR tot wijziging van het Energiebesluit, wat betreft het voorkomen, detecteren, vaststellen en bestraffen van energiefraude	Rechtsgrond
Artikel 1	Art. 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 6.1.2, §1, eerste lid, 3° Energiedecreet, art. 20 BWHI
Artikel 2	Art. 6.1.2, §1, eerste lid, 3° Energiedecreet
Artikel 3	Art. 1.1.3, 40°/1 + art. 7.1.1, 7.1.3 Energiedecreet
Artikel 4	4.1.18/2 Energiedecreet
Artikel 5	Art. 1.1.3, 40°/1 + art. 8.3.1, 8.4.1 en 8.7.2 Energiedecreet
Artikel 6	Art. 1.1.3, 40°/1 + art. 8.3.1, 8.4.1 en 8.7.2 Energiedecreet
Artikel 7	Art. 1.1.3, 40°/1 + art. 8.3.1, 8.4.1 en 8.7.2 Energiedecreet
Artikel 8	Art. 13.1.7 Energiedecreet
Artikel 9	Art. 5.1.2 Energiedecreet
Artikel 10	Art. 7.1.3, 7.1.4, 7.1.4/1, 7.1.5, §4, 7.1/1.1, §2 Energiedecreet
Artikel 11	Art. 15.3.5/8 Energiedecreet, art. 20 BWHI

Deze tabel geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

3.2.1. De rechtsgrond voor het impliciet opheffen van de bepalingen inzake gratis elektriciteit bij artikel 1 van het te nemen besluit kan worden gevonden in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, gelezen in samenhang met artikel 23 van het decreet van 27 november 2015 ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’. Dat decreet wordt noch in de tabel, noch in de aanhef vermeld.

3.2.2. De rechtsgrond voor artikel 3 van het ontwerp moet worden gezocht in de artikelen 7.1.1, 7.1.3 en 7.1.5, § 4, van het Energiedecreet, op basis waarvan bepaald wordt welke

elektriciteit uit biomassa in aanmerking kan komen voor groenestroomcertificaten. Die bepalingen ontbreken in de aanhef en deels ook in de tabel.

3.2.3. De rechtsgrond voor de artikelen 5, 6 en 7 van het ontwerp moet worden gezocht in de artikelen 8.3.1 en 8.4.1 van het Energiedecreet,³ op basis waarvan de betrokken steunregelingen werden ingevoerd. Ook die bepalingen worden niet vermeld in de aanhef.

3.2.4. Verder ontbreken ook nog de rechtsgrondbepalingen voor artikel 10 van het ontwerp. De opheffing van artikel 12.3.6 van het Energiebesluit vindt rechtsgrond in artikel 7.1.3 van het Energiedecreet, terwijl de opheffing van artikel 12.3.7 van het Energiebesluit rechtsgrond vindt in artikel 7.1/1.1, § 2, van het Energiedecreet.

3.2.5. De rechtsgrond voor artikel 11 van het ontwerp ten slotte moet worden gezocht in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met artikel 15.3.5/8 van het Energiedecreet.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Het tweede lid van de aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hiervoor is opgemerkt over de rechtsgrond van het ontworpen besluit.

5. In de aanhef dient ook melding te worden gemaakt van de adviezen van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV) en de Privacycommissie, en van de weigering van de Mina-raad om advies uit te brengen.

Artikel 1

Ontworpen artikel 4.1.1 van het Energiebesluit

6. Zoals het ontworpen artikel 4.1.1 van het Energiebesluit is gesteld, lijkt de regeling slechts te gelden “nadat technieken als datamining of profilering toegepast zijn”.

De bedoeling is echter allicht dat de regeling geldt als er een reeks aanwijzingen zijn van energiefraude, eventueel ook zonder dat datamining of profilering is toegepast. De woorden “nadat technieken als datamining of profilering toegepast zijn” dienen dan te worden geschrapt. De toelating om die technieken te gebruiken teneinde energiefraude te detecteren en vast te stellen, ontlenen de netbeheerders immers reeds aan artikel 5.1.4, eerste lid, van het Energiedecreet.

³ De gemachtigde voegt daar ook nog artikel 8.7.2 van het Energiedecreet aan toe, maar de ontworpen wijzigingen lijken geen betrekking te hebben op bepalingen die verband houden met het bepalen van het steunpercentage.

7. In het ontworpen artikel 4.1.1, § 1, eerste lid, van het Energiebesluit wordt bepaald dat de netbeheerder aan de netgebruiker “voldoende” toelichting moet geven over de reden van het bezoek. Ter wille van de rechtszekerheid wordt het gebruik van een dergelijk open begrip het best vermeden. Uit de bepaling blijkt immers niet duidelijk wanneer die toelichting “voldoende” zal zijn. Er wordt daarom ter overweging gegeven om het woord “voldoende” te schrappen.

Ontworpen artikel 4.1.3 van het Energiebesluit

8. In het ontworpen artikel 4.1.3, tweede lid, van het Energiebesluit wordt bepaald dat de netbeheerders voor de bestrijding van energiefraude

“de gegevens [verwerken] waarover ze voor de uitoefening van hun taken beschikken, alsook de volgende gegevens die ze, in het kader van een specifieke vergelijking of kruising, voor zover dat technisch mogelijk is, opvragen bij de volgende personen en diensten:

1° het Vlaams Energieagentschap: de persoonsgegevens van de personen die er ingevolge de geldende energieprestatieregelgeving toe gehouden zijn om bepaalde formaliteiten te respecteren en van de personen die eigenaar zijn van een productie-installatie en ingevolge de geldende groenestroom-en warmte-krachtcertificatenregeling recht hebben op de bijbehorende certificaten;

2° de toegangshouders: de gegevens over de identificatie van netgebruikers;

3° het Rijksregister van de natuurlijke personen: het rijksregisternummer en, als dat noodzakelijk is, de identificatiegegevens van natuurlijke personen;

4° de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid: de identificatiegegevens van natuurlijke personen die niet zijn ingeschreven in het Rijksregister;

5° de Kruispuntbank van Ondernemingen: de identificatiegegevens van ondernemingen.”

Die bepaling lijkt niet alleen verplichtingen in te houden voor de netbeheerders, maar evenzeer voor de erin vermelde “personen en diensten”, daaronder begrepen de vermelde federale instellingen. Vraag is echter op welke grond de Vlaamse Regering verplichtingen kan opleggen aan die federale instellingen.

De rechtsgrond voor die bepaling blijkt te worden gezocht in artikel 5.1.4 van het Energiedecreet. Het eerste lid van die bepaling luidt:

“De netbeheerders mogen de gegevens waarover ze voor de uitoefening van hun taken, vermeld in artikel 4.1.6, beschikken, of de gegevens die voor hen hiertoe toegankelijk zijn of worden gemaakt door het Vlaams Energieagentschap, de VREG, de toegangshouders en leveranciers of gegevens uit het Bevolkingsregister, het Vreemdelingenregister of de Kruispuntbank voor de Ondernemingen, gebruiken om energiefraude te detecteren en vast te stellen via technieken als datamining of profilering.”

Die bepaling verwijst naar gegevens die voor de netbeheerders “toegankelijk zijn of worden gemaakt” door de erin vermelde instellingen. Dat duidt erop dat uit die bepaling *geen verplichting* voortvloeit voor die instellingen om de gegevens toegankelijk te maken voor de netbeheerders. In dat opzicht spoort de ontworpen bepaling niet met de rechtsgrondbepaling.

Doch ook de lijst van “personen en instellingen” vermeld in het ontworpen artikel 4.1.3, tweede lid, stemt niet overeen met de in de rechtsgrondbepaling vermelde instellingen. In het Energiedecreet wordt ook melding gemaakt van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) en de leveranciers, terwijl die niet voorkomen in de ontworpen bepaling. In de ontworpen bepaling wordt anderzijds ook de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid vermeld, terwijl die federale instantie niet voorkomt in de rechtsgrondbepaling.

De ontworpen bepaling dient derhalve beter afgestemd te worden op artikel 5.1.4 van het Energiedecreet.

9. Aan de gemachtigde is gevraagd om de noodzaak van het ontworpen artikel 4.1.3, derde lid, van het Energiebesluit (“Elke partij die persoonsgegevens aanlevert, is en blijft verantwoordelijk voor de waarachtigheid en nauwkeurigheid van die gegevens.”) te verduidelijken, gelet op het gegeven dat die bepaling ook geldt voor de waarachtigheid en nauwkeurigheid van gegevens die bij federale instellingen rusten.

Het antwoord luidt:

“In de Wet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens is de vereiste opgenomen om de verantwoordelijke voor de verwerking aan te duiden. Ook de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (CBPL) wijst daarop (zie randnr. 17 e.v. van advies nr. 25/2016 van 8 juni 2016). Dit geldt voor de betrokken verwerkingen, dit zijn zowel datamining als de (aan)levering van gegevens. De CBPL verwijst daarbij in het bijzonder naar de complexiteit van de energiemarkt en de diverse actoren die vandaag of morgen kunnen betrokken worden bij de beoogde gegevenskruising en datamining. In die mate moet er een (duidelijk) kader zijn voor de toewijzing van verantwoordelijkheid van de actoren die in de toekomst zullen betrokken worden bij de fraudeanalyses van de netbeheerders. Hieraan wordt tegemoetgekomen in artikel 5.1.4, derde lid Energiedecreet. Daarin wordt bepaald dat elke partij die data aanlevert, verantwoordelijk blijft voor de waarachtigheid en nauwkeurigheid van de betreffende data en dat de netbeheerders verantwoordelijk zijn voor de waarachtigheid en nauwkeurigheid van het gebruik van de gegevens voor het detecteren en vaststellen van energiefraude. In artikel 4.1.3 van voorliggend besluit worden de partijen, bedoeld in de eerste zin van artikel 5.1.4, derde lid, Energiedecreet, opgesomd, met de vermelding dat elke partij die persoonsgegevens aanlevert, verantwoordelijk is en blijft voor de waarachtigheid en nauwkeurigheid van die gegevens. In artikel 5.1.4, derde lid, van het Energiedecreet staat dus een gelijkaardige bepaling, hoewel de bepaling in het besluit specifiek wordt toegespitst op persoonsgegevens, waar in het decreet sprake is van “data”. O.I. sluit deze bepaling ook aan bij hetgeen bepaald wordt in artikel 5, 1, d) van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (persoonsgegevens moeten juist zijn en zo nodig worden geactualiseerd) en in artikel 5, 2 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (verantwoordelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke).”

In het licht van die toelichting lijkt die bepaling bevoegdheidsrechtelijk te kunnen worden verantwoord door een beroep te doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Marnix VAN DAMME