RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 62.977/3
van 20 maart 2018

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest
‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2, 7.1.5 en 13.2.1 van hetzelfde decreet’

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

Op 12 februari 2018 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 voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de uitrol van digitale meters en tot wijziging van artikel 7.1.1, 7.1.2, 7.1.5 en 13.2.1 van hetzelfde decreet’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 6 maart 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 maart 2018.

*

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

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[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.[2]

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest strekt in hoofdzaak ertoe het decreet van 8 mei 2009 'houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid' (hierna: Energiedecreet) te wijzigen met het oog op de organisatie van de uitrol en het beheer van digitale meters in het Vlaamse Gewest. Onder 'digitale meter' wordt verstaan "een elektronische meter die energiestromen en aanverwante fysische grootheden meet en registreert en die uitgerust is met een tweerichtingscommunicatiemiddel, dat ervoor zorgt dat de gegevens niet alleen lokaal, maar ook op afstand uitgelezen kunnen worden zodat de meter in staat is om op basis van de gegevens die hij lokaal of van op afstand ontvangt bepaalde acties uit te voeren" (artikel 2, 5°, van het voorontwerp – ontworpen artikel 1.1.3, 25°/2, van het Energiedecreet).

3. Meer specifiek hebben de ontworpen wijzigingen het volgende voorwerp.

3.1. In de eerste plaats worden een aantal wijzigingen doorgevoerd in de bepalingen met betrekking tot de energieregulator – de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt, hierna: VREG –, die ook bevoegd wordt gemaakt voor het toezicht op de databeheerder (artikelen 3 tot 9 van het voorontwerp).

3.2. In de tweede plaats worden een aantal aanpassingen doorgevoerd in het statuut van de distributienetbeheerders, die immers enerzijds nieuwe taken krijgen bij de uitrol van de digitale meters, maar tezelfdertijd bepaalde bestaande taken overdragen aan de databeheerder, en die een zekere mate van onafhankelijkheid ten aanzien van die databeheerder in acht moeten nemen, ook al zal die databeheerder een werkmaatschappij[3] van de netbeheerders zijn (artikelen 10 tot 12 van het voorontwerp).

---

[1] Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

[2] Gelet op de toegemeten termijn, het grote aantal rechtsvragen die het ontwerp doet rijzen, de vele andere aan termijnen gebonden adviesaanvragen, in tal van gevallen eveneens over complexe of omvangrijke ontwerpen, en op het geringe aantal magistraten die deel uitmaken van de afdeling Wetgeving, heeft de Raad van State niet op alle vlakken een diepgaand onderzoek van het voorontwerp kunnen verrichten. Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt opgemerkt, mag niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over kan worden opgemerkt en, indien er iets over wordt opgemerkt, dat er niet méér over op te merken valt. Het advies dient met dit voorbehoud te worden gelezen.

[3] Een werkmaatschappij is "de privaatrechtelijke vennootschap waarin de distributienetbeheerder participeert of de publiekrechtelijke rechtspersoon die participeert in de distributienetbeheerder, die in naam en voor rekening van de distributienetbeheerder belast is met de exploitatie van zijn net en de toepassing van openbaredienstverplichtingen" (artikel 1.1.3, 138°, van het Energiedecreet).

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

3.3. In de derde plaats wordt het statuut van de databeheerder geregeld, met bepalingen over zijn aanwijzing (artikelen 14 tot 18), zijn activiteiten (artikelen 19 tot 24), zijn verplichtingen inzake vertrouwelijkheid en non-discriminatie (artikelen 25 tot 28) en zijn vergoedingsplichten (artikelen 29 tot 30).

3.4. In de vierde plaats worden in titel IV, hoofdstuk I, van het Energiedecreet regels ingevoerd met betrekking tot de plaatsing van digitale meters (artikelen 31 tot 34 van het voorontwerp) en de verwerking van de door middel van energiemeters verzamelde gegevens (artikelen 36 tot 45 van het voorontwerp). Bovendien wordt de databeheerder ook een recht van toegang gegeven dat analoog is aan dat van de netbeheerder (artikel 46). Ten slotte wordt een afzonderlijke regeling ingevoerd voor de vaststelling van de tarieven voor het databeheer (artikelen 47 tot 60 van het voorontwerp).

3.5. Ten vijfde worden een aantal flankerende wijzigingen doorgevoerd om rekening te houden met de databeheerder als nieuwe actor, namelijk met betrekking tot de technische reglementen (artikel 61), de toekenningsprocedure voor de leveringsvergunning (artikel 62), de verwerking van de overstap naar een andere leverancier (artikel 63), de mogelijkheid voor de beheerder van een gesloten distributienet om een aantal taken uit te besteden aan de databeheerder (artikel 64), de opsporing van energiefraude (artikel 65), de budgetmeter (artikel 66), de certificatenverplichting (artikelen 69, 71 en 72), de mogelijkheid om ook voor de databeheerder steunprogramma's op te zetten (artikel 73) en de rapporteringsverplichting ten aanzien van het Vlaams Energieagentschap (artikel 74).

3.6. Ten zesde wordt ook de sanctieregeling gewijzigd. De artikelen 76 tot 78 maken het mogelijk dat de VREG ook bij misbruik van gegevens verzameld door middel van meters administratieve geldboetes oplegt.

3.7. Ten zevende strekt artikel 79 van het voorontwerp ertoe te voorzien in een overgangsregime. Daardoor wordt gegarandeerd dat decentrale productie-installaties met een maximaal AC-vermogen van 10kVA die voor 1 januari 2021 zijn geïnstalleerd, gedurende vijftien jaar vanaf de aanmelding ervan kunnen blijven genieten van het compensatiemechanisme van de terugdraaiende meter, dat wil zeggen dat de met die installaties geproduceerde elektriciteit die geïnjecteerd wordt op het distributienet, in mindering wordt gebracht van de afgenomen elektriciteit. Artikel 80 van het voorontwerp strekt ertoe de Vlaamse Regering te belasten met de opdracht om de opkoopregeling voor elektriciteit geproduceerd door middel van installaties die vanaf 1 januari 2021 geïnstalleerd worden, verder uit te werken.

3.8. Daarnaast worden een aantal wijzigingen doorgevoerd in het Energiedecreet die geen verband houden met de digitale meters.

3.8.1. Artikel 48 strekt tot het wijzigen van het richtsnoer in artikel 4.1.32, § 1, 5°, van het Energiedecreet, teneinde de VREG meer marge te geven bij de beoordeling van het vereiste dat de tarieven een afspiegeling zijn van de werkelijk gemaakte kosten.

3.8.2. De artikelen 67, 68 en 70 brengen een aantal wijzigingen aan in de artikelen 7.1.1, 7.1.2 en 7.1.5 van het Energiedecreet met betrekking tot de toekenning van groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

Zo kan de Vlaamse Regering voortaan bijkomende beperkingen hanteren bij de toekenning en verlenging van de toekenning van groenestroomcertificaten in functie van de vollasturen (67, 1°) en de periodes met een negatieve energieprijs (artikel 67, 2°, en 68, wat betreft de warmtekrachtcertificaten).

Artikel 70 strekt tot wijziging van artikel 7.1.5, § 4, vijfde lid, van het Energiedecreet met het oog op een verstrenging van de voorwaarden waaronder voor de certificatenverplichting aanvaardbare groenestroomcertificaten kunnen worden toegekend bij bijstook van hernieuwbare energiebronnen in kolencentrales.

3.8.3. Artikel 75 van het voorontwerp voorziet alsnog in de mogelijkheid van de levering van elektriciteit of aardgas, ingeval de leverancier voldoet aan de eisen die gesteld worden door een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte (EER), de federale overheid of een andere gewestelijk bevoegde overheid voor de levering van elektriciteit of aardgas.

3.8.4. Artikel 13 van het voorontwerp strekt tot de vervanging van artikel 4.1.8, § 2, van het Energiedecreet en maakt het mogelijk voor een distributienetbeheerder, zijn werkmaatschappij en hun dochtervennootschappen, om in weerwil van het principiële verbod op het produceren van energie of het nemen van participaties in rechtspersonen die actief zijn in de productie van energie, tijdelijk te participeren in projecten voor de productie van thermische energie. Voor projecten die op 1 januari 2018 al in gebruik of in aanbouw waren, of waarvoor op die datum minstens de nodige vergunningen waren verkregen, is de opheffing van het verbod zelfs onbeperkt in de tijd (artikel 81 van het voorontwerp).

4. Artikel 82 van het voorontwerp regelt de inwerkingtreding.

Bij artikel 82, eerste lid, van het voorontwerp wordt de taak om de datum van inwerkingtreding van de artikelen 3 tot 66, 69, 71 tot 74, 76 tot 78 en 81 te bepalen, gedelegeerd aan de Vlaamse Regering.

Voor de wijzigingen aan de bijstookregeling die het voorwerp zijn van artikel 70 van het voorontwerp, geldt de onmiddellijke inwerkingtreding op de datum van bekendmaking, doch dit mag niet later dan 1 april 2018 zijn. De ontworpen regeling is voor het eerst van toepassing op de groenestroomcertificaten die vanaf 1 april 2018 op grond van het ontworpen artikel 7.1.1, § 1, vierde en vijfde lid, van het Energiedecreet worden verleend voor de productie van hernieuwbare energie uit biomassa.

Voor de overige bepalingen van het voorontwerp wordt geen datum van inwerkingtreding bepaald.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

BEVOEGDHEID

5. De gewesten zijn bevoegd voor de distributie van elektriciteit en voor de openbare gasdistributie (artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a) en b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'). Daartoe behoort in beginsel ook het uitrollen van de nieuwe, digitale meters en het beheer van de gegevens die worden verzameld door middel van (digitale, analoge of elektronische) meters. Ook het bepalen van het statuut van de databeheerder, die de gegevens moet verzamelen, verwerken en ter beschikking stellen van bepaalde personen of instanties, valt onder die bevoegdheid.

6. De artikelen 79 en 80 van het voorontwerp strekken ertoe de vergoedingsregeling vast te stellen voor de elektriciteit die decentraal wordt geproduceerd door middel van productie-installaties met een maximum AC-vermogen van 10 kVA.

In het ontworpen artikel 15.3.5/13 van het Energiedecreet (artikel 80 van het voorontwerp) wordt bepaald dat de door middel van dergelijke installaties geproduceerde elektriciteit die op het distributienet geïnjecteerd wordt, moet worden opgekocht. De Vlaamse Regering kan bepalen wie daartoe verplicht wordt en tegen welke minimumvergoeding moet worden opgekocht. Die nieuwe regeling geldt echter slechts voor productie-installaties die vanaf 1 januari 2021 opgesteld worden.

De productie-installaties die vóór 1 januari 2021 geïnstalleerd worden, vallen in beginsel onder de overgangsregeling in het ontworpen artikel 15.3.5/12 van het Energiedecreet (artikel 79 van het voorontwerp). Dat betekent dat de gebruikers van die productie-installaties ervoor kunnen opteren dat de nieuwe regeling op de door hen gebruikte productie-installatie van toepassing wordt in plaats van de huidige regeling. Indien ze daar echter niet voor opteren, dan geldt de overgangsregeling waarbij verder toepassing wordt gemaakt van het compensatiemechanisme van de terugdraaiende meter (de geproduceerde elektriciteit die op het distributienet wordt geïnjecteerd, wordt jaarlijks in mindering gebracht van de afgenomen elektriciteit).

In het verleden heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, er reeds meermaals op gewezen dat, nog los van de Europeesrechtelijke bezwaren,[4] de gewesten niet bevoegd zijn om een dergelijke regeling, waarbij de consument slechts betaalt voor de netto afgenomen

[4] Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr* geoordeeld "dat de exploitatie van een fotovoltaïsche installatie op of nabij een woning, die zodanig is ontworpen dat de hoeveelheid geproduceerde elektriciteit altijd minder bedraagt dan de door de exploitant in totaliteit voor privédoeleinden verbruikte hoeveelheid elektriciteit en aan het net wordt geleverd in ruil voor een duurzame opbrengst, onder het begrip 'economische activiteiten' in de zin van [artikel 9, lid 1, van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 'betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde'] valt" (HvJ 20 juni 2013, C-219/12, *Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*). De exploitant is bijgevolg in beginsel ook te beschouwen als een belastingplichtige in de zin van de voormelde bepaling (zie echter de overgangsregeling in artikel 199 *bis*, lid 1, e), van richtlijn 2006/116/EG). Krachtens artikel 15, lid 1, van richtlijn 2006/112/EG worden elektriciteit en gas gelijkgesteld met 'lichamelijke zaken', zodat de levering ervan te beschouwen is als 'levering van goederen' en onderworpen is aan de btw (artikelen 2, lid 1, 14, lid 1, en 15, lid 1, van richtlijn 2006/112/EG). Krachtens artikel 102 van die richtlijn kan een lidstaat weliswaar een verlaagd tarief toepassen op de levering van aardgas of elektriciteit (van minstens 5%: artikel 99, lid 1, van de richtlijn), maar dat betekent niet dat die levering kan worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de belasting.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

elektriciteit, aan te nemen. Dat die regeling niet spoort met de bevoegdheidsverdeling, is als volgt uiteengezet in advies 56.282/3:[5]

> "5.2. Zelfs al mocht men (…) artikel 32 van het ontwerp opvatten als een accessorium van de regeling inzake groenestroomcertificaten en garanties van oorsprong en de Brusselse Hoofdstedelijke Regering bijgevolg bevoegd achten het artikel uit te vaardigen op grond van de algemene bevoegdheid tot uitvoering van ordonnanties waarover ze beschikt, dan nog dient op bevoegdheidsrechtelijk vlak een voorbehoud te worden gemaakt bij dat artikel.
>
> In het advies van de Reguleringscommissie voor energie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (hierna: Brugel) wordt het artikel als volgt toegelicht:
>
> > 'Artikel 28 van het ontwerp van besluit bevat een compensatiemechanisme per berekening, equivalent aan een meter die terugdraait wanneer elektriciteit op het net wordt geïnjecteerd.
> >
> > Zonder de financiële steun van dit systeem te ontkennen, vestigt BRUGEL de aandacht op de belasting die deze niet-gefactureerde afnames op de andere gebruikers inhoudt, ongeacht de componenten van de factuur: de energie zelf, het netwerktarief, taksen en btw.
> >
> > Dit principe houdt in dat het injectietarief wordt verlegd op het inverse van het afnametarief. Praktisch betekent dit dat indien 3000 kWh wordt geïnjecteerd en 4.000 wKh wordt afgenomen, slechts 1.000 kWh wordt gefactureerd aan het afnametarief, de resterende drieduizend worden gefactureerd aan X voor de afname en min X voor de injectie, waardoor het totaal nul is.
> >
> > Wat betreft het netwerktarief begrijpt men dat de verbruikers-producenten steeds minder bijdragen aan de financiering van het netwerk, terwijl ze het twee keer zoveel gebruiken. Zodus moeten de andere gebruikers deze winstderving voor de netbeheerder compenseren.
> >
> > Naast deze overwegingen betreffende de financiering, is BRUGEL van oordeel dat alleen de regulator de tarieven voor het gebruik van het netwerk kan bepalen. Zodus zou het compensatieprincipe minstens moeten beperkt worden tot de andere onderdelen van de energiefactuur.'
>
> De gemachtigde verklaarde daarenboven dat de maatregel is ingegeven door het gegeven dat het voor kleine verbruikers-producenten erg moeilijk zou zijn om hun productie werkelijk te verkopen, omdat dit zou gebeuren in de vorm van zeer kleine hoeveelheden elektriciteit, waarvan de transactiekost niet opweegt tegen de opbrengsten.
>
> Uit wat voorafgaat vloeit voort dat, al gaat het om een mechanisme om het mislopen van verkoopsopbrengsten te compenseren, die compensatie ook als gevolg heeft dat de betrokkenen niet of nauwelijks bijdragen in allerlei federaal bepaalde heffingen, waaronder de transmissietarieven, de federale toeslag, de federale bijdrage en de belasting over de toegevoegde waarde (BTW), terwijl ze dubbel gebruik maken van de netinfrastructuur, als producent en verbruiker. Op die manier wordt zowel de federale bevoegdheid inzake energie als op fiscaal vlak betreden.

[5] Adv.RvS 56.282/3 van 28 mei 2014 over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering 'betreffende de promotie van groene elektriciteit en van hoogrenderende warmtekrachtkoppeling', opmerking 6.3; in dezelfde zin: adv.RvS 62.410/3 van 5 december 2017 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 december 2017 'tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 17 december 2015 betreffende de promotie van groene elektriciteit'.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

5.2.1. Naar aanleiding van een opmerking uit het advies van Brugel werden de distributietarieven uitgezonderd van de compensatie, maar dat is niet het geval voor de transmissienettarieven. Brugel had aangegeven dat enkel de regulator een vrijstelling van de distributienettarieven kan verlenen, maar hetzelfde geldt *mutatis mutandis* ook voor de vrijstelling van de transmissietarieven, wat, gelet op de bevoegdheidverdelende regels (die op dit punt ook na 1 juli 2014 blijven gelden), enkel kan gebeuren door de federale regulator. Door geen uitzondering te maken voor de transmissietarieven schendt de ontworpen bepaling de bevoegdheidverdelende regels.

5.2.2. De compensatie heeft ook tot gevolg dat de begunstigden worden vrijgesteld van de federale bijdrage en de federale toeslag. Op die manier wordt opnieuw geïnterfereerd met de federale energiebevoegdheden. De gewesten mogen weliswaar steun verlenen aan de productie van groene elektriciteit, maar de bevoegdheidverdelende regels impliceren dat ze die maatregel financieren uit hun eigen middelen en haar niet gedeeltelijk ten laste leggen van de federale overheid. Een begeleidende maatregel in het raam van het systeem van groenestroomcertificaten kan slechts doorgang vinden in die mate dat hij de federale bevoegdheden onverlet laat.[6]

5.2.3. Tot slot betreedt het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest de federale bevoegdheid inzake BTW doordat de belastbare grondslag voor de heffing van deze belasting wordt gewijzigd, terwijl de gewesten ter zake geen enkele bevoegdheid bezitten.

5.2.4. Met betrekking tot de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest ten aanzien van artikel 32 van het ontwerp verklaarde de gemachtigde evenwel:

> ‘Nous tenons à souligner que la compensation n’est pas une mesure qui fixe un quelconque tarif de l’électricité. C’est un dispositif qui relève de l’encadrement des pratiques du GRD lorsqu’il établit les relevés de compteurs. Ceci est bien du champ de compétences dévolu au Régions’.

Er kan mee worden ingestemd dat in het ontwerp niet de hoogte van de nettarieven wordt vastgesteld, maar desalniettemin moet worden vastgesteld dat het effect van de maatregel is dat de begunstigden ervan over een gedeelte van de door hen afgenomen stroom de overeenkomstig de federale wetgeving opgelegde tarieven niet zullen betalen. Het invoeren van een dergelijke vrijstelling is een schending van de bevoegdheidverdelende regels, ook als het de bedoeling is om op die manier de productie van hernieuwbare energiebronnen te stimuleren. Bovendien wordt met de maatregel geïnterfereerd met federale bevoegdheden op fiscaal vlak.”

In plaats van de gelegenheid te baat te nemen om de bestaande compensatieregeling op te heffen,[7] volgt uit de ontworpen overgangsbepaling dat die regeling verder bestendigd wordt, in sommige gevallen zelfs tot in 2036.

---

[6] *Voetnoot 5 uit het geciteerde advies:* GwH 13 november 2013, nr. 154/2013, met verwijzing naar adv.RvS 51.535/3 van 18 juni 2012 over een voorstel van decreet ‘houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie’ (*Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1639/2, p. 9, opmerking 7). Overigens geldt ook omgekeerd dat de federale overheid de gewestelijke steunregelingen niet mag ondergraven, zie adv.RvS 51.167/1 van 19 april 2012 over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake energie’, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 2321/001, p. 33, opmerking 10.

[7] Digitale meters moeten het met name mogelijk maken om accuraat de hoeveelheid geïnjecteerde elektriciteit te bepalen, alsook los daarvan de hoeveelheid afgenomen elektriciteit te meten. Tot nu toe was dat niet mogelijk, zodat pas bij de jaarlijkse meteropname kon worden vastgesteld hoeveel er netto was afgenomen of geïnjecteerd, wat een compensatieregeling noodzakelijk maakte.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

Gelet op de onbevoegdheid van het Vlaamse Gewest dient artikel 79 uit het voorontwerp te worden weggelaten, terwijl in het ontworpen artikel 15.3.5/13 van het Energiedecreet het zinsdeel "die geïnstalleerd worden vanaf 1 januari 2021" geschrapt dient te worden opdat de nieuwe regeling zo snel mogelijk in werking kan treden.

7. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)' (hierna: AVG) wordt vanaf 25 mei 2018 rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Ze heeft directe werking, zodat geen internrechtelijke omzettingsmaatregelen vereist zijn.

De verordening legt wel verplichtingen op aan de lidstaten, zoals het aanwijzen van een of meer onafhankelijke overheidsinstanties die verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de toepassing ervan, teneinde de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens te beschermen en het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de Europese Unie te vergemakkelijken (artikel 51, lid 1, van de AVG).

In advies 61.267/AV heeft de Raad van State gesteld dat de federale overheid op grond van zijn bevoegdheid inzake de algemene regels in verband met de beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven, bevoegd is een regeling vast te stellen met betrekking tot de toezichthoudende autoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van die algemene regels en dat een dergelijke regeling geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten:

> "Indien de deelstaten, elk wat hem betreft, bepalingen vaststellen voor de gegevensverwerking in het kader van activiteiten die onder hun bevoegdheid vallen – in de wetenschap dat de artikelen 6, lid 2 en 3, 9, lid 4, en 23 van verordening 2016/679 het mogelijk maken dat specifieke bepalingen worden vastgesteld – zijn ze gemachtigd om autoriteiten op te richten die op die specifieke regels toezicht houden.
>
> Verordening 2016/679 staat er immers niet aan in de weg dat er in eenzelfde lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten bestaan, zoals in het bijzonder wordt bevestigd in artikel 51, lid 1, van die verordening."[8]

7.1. De deelstaten hebben bijgevolg de bevoegdheid om zelf gegevensbeschermingsautoriteiten met een specifieke en complementaire bevoegdheid op te richten. In die zin is het niet in strijd met de bevoegdheidsverdeling indien de VREG zou worden aangewezen als toezichthouder op de databeheerder en inzake het betrokken databeheer.

7.2. Een andere vraag is of het Vlaamse Gewest het ontworpen artikel 13.3.6 van het Energiedecreet (artikel 78) kan aannemen, dat betrekking heeft op de administratieve geldboeten die de VREG kan opleggen. In dat verband wordt een vergelijkbare vork gehanteerd als in de artikel 83, lid 5, van de AVG ("administratieve geldboeten tot 20 000 000 EUR of, voor een onderneming, tot 4 % van de totale wereldwijde jaaromzet in het voorgaande boekjaar, indien dit

[8] Adv.RvS 61.267/AV van 27 juni 2017 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit', *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 114-115.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

cijfer hoger is").[9] Terwijl het in de AVG gaat om inbreuken op sommige bepalingen van de AVG zelf, is de sanctiebevoegdheid van de VREG evenwel gericht op wie de door de databeheerder verzamelde gegevens aanwendt "op een wijze die niet in overeenstemming is met de bepalingen *van dit decreet en de uitvoeringsbesluiten ervan*".

Vermits de ontworpen bepalingen geen afbreuk lijken te doen aan de algemene bevoegdheid van de federale Gegevensbeschermingsautoriteit om administratieve geldboeten op te leggen voor inbreuken op de AVG, noch aan het wettelijk federaal kader op het vlak van gegevensbescherming, rijst ook op dit vlak geen bevoegdheidsprobleem.

7.3. Op het vraagstuk of het Vlaamse Gewest bevoegd kan worden geacht om de aansprakelijkheidsregeling in het ontworpen artikel 4.1.11/6 van het Energiedecreet (artikel 30 van het voorontwerp) aan te nemen,[10] moet niet nader worden ingegaan, gelet op de fundamentele bezwaren die in opmerkingen 15 en 16 worden gemaakt bij de ontworpen bepaling.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het statuut van de toezichthouder

8. De ontworpen regeling beoogt het toezicht op de databeheerder toe te vertrouwen aan de VREG (zie opmerking 3.2), zij het dat dit publiekrechtelijk extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid daarbij gebonden is door materiële[11] en procedurele[12] voorschriften uitgaande van de decreetgever en de Vlaamse Regering.

---

[9] Bij artikel 100, § 1, 13°, van de federale wet van 3 december 2017 wordt de sanctiebevoegdheid in handen gelegd van de geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit, die daarbij krachtens artikel 101 van de wet gehouden is de boetes op te leggen "volgens de algemene voorwaarden bepaald in artikel 83 van de Verordening 2016/679".

Artikel 4, § 1, van die wet luidt:

"De Gegevensbeschermingsautoriteit is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de grondbeginselen van de bescherming van de persoonsgegevens, in het kader van deze wet en van de wetten die bepalingen bevatten inzake de bescherming van de verwerking van persoonsgegevens.

Onverminderd de bevoegdheden van de Gemeenschaps- of Gewestregeringen, van de Gemeenschaps- of Gewestparlementen, van het Verenigd College of van de Verenigde Vergadering bedoeld in artikel 60 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, oefent de Gegevensbeschermingsautoriteit deze opdracht uit op het grondgebied van het hele Koninkrijk, *ongeacht welk nationaal recht op de betrokken verwerking van toepassing is*."

[10] De regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid behoort tot de residuaire bevoegdheid van de federale overheid, maar dat neemt niet weg dat de gemeenschappen en de gewesten op dit vlak specifieke regels kunnen uitvaardigen. Dit is het geval wanneer die regels kunnen worden beschouwd als eigen aan een hun toegewezen aangelegenheid, wat een nauwe band met die aangelegenheid veronderstelt; de gemeenschaps- en gewestwetgevers kunnen immers van mening zijn dat het aannemen van zulke specifieke regels nodig is om het door hen gewenste beleid in die aangelegenheid op een doeltreffende wijze te voeren. Vereist is wel dat hierbij het evenredigheidbeginsel wordt geëerbiedigd. Zie o.m. adv.RvS 33.334/VR van 24 juni 2003 over een voorstel van ordonnantie 'betreffende de bodemsanering', *Parl.St.* Br.R. 2002-03, nr. A-221/2.

[11] Zie in het bijzonder de tarifaire richtsnoeren in het ontworpen artikel 4.1.38 van het Energiedecreet (artikel 56 van het voorontwerp).

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

De VREG heeft een specifieke structuur, met een bijzondere graad van onafhankelijkheid ten aanzien van de uitvoerende en wetgevende macht. Dat die structuur op gespannen voet staat met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, neemt niet weg dat de supranationale verplichtingen inzake de onafhankelijkheid van de energieregulatoren, die voortvloeien uit de richtlijnen 2009/72/EG[13] en 2009/73/EG[14] (derde energiepakket, hierna ook: energierichtlijnen), op grond van artikel 34 van de Grondwet, voorrang hebben op die bijzonderewetsbepaling.[15]

9. In zijn advies van 29 augustus 2017[16] maakt de VREG kritische opmerkingen met betrekking tot die vereiste van onafhankelijkheid. Hij stelt onder meer het volgende:

> "Gelet op [de] tweedeling in het takenpakket, zou de VREG, hoewel ondergebracht bij en onder toezicht van het Vlaams parlement, voor zijn taken inzake databeheer (…) bijgevolg toch onder toezicht van de minister en de Vlaamse regering vallen. De VREG is van mening dat de bedoeling van het decreet van 25 november 2016, met name de onafhankelijkheid van de VREG versterken door de regulator onder te brengen onder de wetgevende macht, moet worden doorgetrokken voor alle taken van de regulator. Een tweedeling in het takenpakket en dus in de onafhankelijkheid is niet logisch; ofwel is de regulator onafhankelijk ofwel niet.[17]"

Op die kritiek wordt in de memorie van toelichting bij het voorontwerp als volgt gerepliceerd:

> "De Vlaamse Regering meent dat er wel degelijk een dergelijke tweewegenleer mogelijk is. Het is immers niet omdat de VREG aangesteld is als onafhankelijk regulator voor het distributienetbeheer, dat het onmogelijk zou zijn om daarnaast ook toezicht te houden op het databeheer en uitvoering te geven aan de vereisten zoals opgenomen in het ontwerpdecreet. Het databeheer is een taak die onlosmakelijk verbonden is met het distributienet, maar het is een aparte taak naast de taak van het netbeheer. Bovendien, zoals de VREG terecht aangeeft, maakt het databeheer immers geen deel uit van het strikt Europeesrechtelijk gereguleerd kader. Zoals de Raad van State reeds eerder stelde moet men een onderscheid maken tussen zaken die Europeesrechtelijk zijn vastgesteld, en de zaken die dat niet zijn (…). Dezelfde redenering is ook hier van toepassing. Dit maakt dat de decreetgever de vrijheid heeft om in deze op een meer sturende manier op te treden."

---

[12] Zie de uitgesponnen procedures in de ontworpen artikelen 4.1.37 en 4.1.39 van het Energiedecreet (artikelen 54 en 58 van het voorontwerp).

[13] Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 'betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG'.

[14] Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 'betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG'.

[15] Zie o.m. adv.RvS 49.336/3 van 22 maart 2011 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 8 juli 2011 'houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de electriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de Richtlijn 2009/72/EG en de Richtlijn 2009/73/EG', *Parl.St.* Vl.Parl. 2010-11, nr. 1147/1, 134-136.

[16] Advies ADV-2017-05 van de VREG van 29 augustus 2017 (http://www.vreg.be/sites/default/files/document/adv-2017-05.pdf).

[17] *Voetnoot 6 van het geciteerde advies:* L. De Deyne, De institutionele verhuis van de Vlaamse energieregulator naar het Parlement, Rechtskundig Weekblad 2016-17, nr 34, 1323.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

Die verantwoording kan alleen gelden voor taken die geen verband houden met unierechtelijk geregelde verplichtingen waarbij het optreden van een in volle onafhankelijkheid opererende autoriteit wordt vereist. Het databeheer valt weliswaar niet onder de energierichtlijnen, maar wel onder de AVG,[18] die eveneens voorziet in een toezichtsregeling door onafhankelijke autoriteiten.

Het is niet duidelijk of het wel de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp om de VREG ook te belasten met bepaalde taken van toezicht op de AVG.[19] Indien dat het geval is, volgt daaruit dat de relevante bepalingen van de AVG in verband met de onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteiten moeten worden gerespecteerd. Het moet gaan om een "onafhankelijke overheidsinstantie" (artikel 51, lid 1, van de AVG), die "volledig onafhankelijk" optreedt bij de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden die haar overeenkomstig deze verordening zijn toegewezen (artikel 52, lid 1, van de AVG). De leden ervan moeten daarbij vrij blijven "van al dan niet rechtstreekse externe invloed en vragen" en mogen ook geen "instructies van wie dan ook" aanvaarden (artikel 52, lid 2, van de AVG).

Indien het niet de bedoeling is dat de VREG toezicht houdt op de AVG, geldt de voormelde onafhankelijkheidsverplichting niet. In die hypothese kan het toezicht op de databeheerder niet aan de VREG worden toegewezen. Het databeheer is intrinsiek verbonden met het netbeheer. De databeheerder neemt immers een aantal taken over die vroeger tot de bevoegdheden van de distributienetbeheerders behoorden, en deze taken worden mede gereguleerd via de door de regulator opgestelde technische reglementen voor de elektriciteit- en gasdistributie. De samenwerking tussen databeheerder en distributienetbeheerder maakt overigens inherent deel uit van het voorontwerp. Tezelfdertijd stelt die verhouding de onderlinge onafhankelijkheid van de netbeheerder en de databeheerder op de proef, en voorziet het voorontwerp in een complexe regeling om tussen beiden, ondanks de institutionele banden, in 'Chinese muren' te voorzien, waarop de regulator uiteraard ook zal moeten toezien. Het valt niet in te zien hoe de VREG in volle onafhankelijkheid toezicht kan blijven uitoefenen op de netbeheerders, indien hij tezelfdertijd instructies kan ontvangen met betrekking tot de activiteiten van de databeheerder die rechtstreeks kunnen interfereren met zijn toezichtstaken ten aanzien van de distributienetbeheerders. Indien de VREG niet moet toezien op de naleving van de AVG, dan kan hij, gelet op de verstrengeling tussen databeheer en netbeheer, dus niet worden belast met het toezicht inzake het databeheer. Daarbij komt nog dat anders de afwijking van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (zie opmerking 8) zou worden uitgebreid tot buiten wat het Unierecht voorschrijft.

Indien ervoor wordt gekozen om de VREG ook te belasten met het toezicht op de AVG, dan is het onvermijdelijk dat de onafhankelijkheid van de VREG inzake het toezicht op het

[18] Krachtens artikel 2 van de AVG is de verordening van toepassing "op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen" (lid 1), in het kader van activiteiten die niet buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen (lid 2, a). De verwerking van persoonsgegevens zoals bedoeld in het voorontwerp, valt dus onder de AVG.

[19] Sommige verplichtingen inzake het databeheer kunnen tegelijk uit de AVG en uit het Energiedecreet en de uitvoeringsbesluiten ervan voortvloeien. Zie ook het ontworpen artikel 4.1.8/3, § 4, 2° en 3°, van het Energiedecreet, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen verplichtingen die voortvloeien uit het Energiedecreet of de uitvoeringsbesluiten ervan en verplichtingen die voortkomen uit de AVG.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

databeheer moet worden gegarandeerd op dezelfde wijze als voor het toezicht op de distributienetbeheerder. Dat betekent onder meer dat de VREG op dat vlak geen instructies vanwege de Vlaamse Regering mag krijgen. Bovendien zal de reglementering inzake de VREG dan in overeenstemming gebracht moeten worden met de AVG, overigens niet alleen wat betreft de onafhankelijkheid, maar ook wat betreft andere verplichtingen die de AVG oplegt aan toezichthoudende autoriteiten.[20]

Ten slotte moet de vaste adviespraktijk in herinnering worden gebracht dat de toekenning van bijkomende taken aan de VREG niet ten koste mag gaan van de door de richtlijnen voorgeschreven adequate personele en financiële middelen om de door de richtlijn voorgeschreven reguleringstaken te kunnen vervullen.[21]

2. De selectie van de databeheerder

10. De voorwaarden waaraan de kandidaat-databeheerder moet voldoen om te kunnen worden aangewezen als databeheerder en waaraan de databeheerder moet blijven voldoen om aangewezen te blijven als databeheerder (zie het ontworpen artikel 4.1.8/3 van het Energiedecreet – artikel 16 van het voorontwerp) zijn verwarrend en, behalve indien daarvoor een rechtvaardiging kan worden geboden, onverenigbaar met de vrijheid van vestiging gewaarborgd bij artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en de dienstenrichtlijn[22]. Ze lijken ook niet evident in het licht van artikel 106 van het VWEU.

Hoewel het bepaalde in de ontworpen artikelen 4.1.8/2 en 4.1.8/3, § 1, van het Energiedecreet (artikelen 15 en 16 van het voorontwerp) anders kan doen vermoeden, heeft de Vlaamse Regering feitelijk geen keuze tussen verschillende kandidaten bij de aanwijzing van de databeheerder.

Uit het ontworpen artikel 4.1.8/3, § 2, 6°, van het Energiedecreet blijkt immers dat de databeheerder door de distributienetbeheerders als werkmaatschappij moet zijn aangesteld. Gelet op artikel 4.1.5, tweede lid, van het Energiedecreet, dat ongewijzigd blijft, is een distributienetbeheerder niet verplicht om een beroep te doen op een werkmaatschappij, maar als hij dat doet is daarvoor de voorafgaande toestemming van de VREG vereist en kan hij op elk moment slechts een beroep doen op één werkmaatschappij gedurende de door de distributienetbeheerder bepaalde en door de VREG aanvaarde periode. Vermits er maar één

[20] Zie bijvoorbeeld artikel 53, lid 2, van de AVG, waarin wordt bepaald dat elk lid van de nationale toezichthoudende autoriteiten over de nodige kwalificaties, ervaring en vaardigheden dient te beschikken voor het uitvoeren van zijn taken en het uitoefenen van zijn bevoegdheden, "met name op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens". Zie ook artikel 63 van de AVG, dat inhoudt dat de toezichthoudende autoriteiten moeten samenwerken met elkaar en waar passend samen met de Europese Commissie in het kader van het zogenaamde coherentiemechanisme, en artikel 51, lid 3, van de AVG, dat bepaalt dat per lidstaat de toezichthoudende autoriteit moet worden aangewezen die de verschillende toezichthoudende autoriteiten in die lidstaat vertegenwoordigt in het Europees Comité voor gegevensbescherming en dat moet worden voorzien in een procedure om ervoor te zorgen dat de regels in verband met het coherentiemechanisme worden nageleefd (zie over de noodzaak om daaromtrent een samenwerkingsakkoord te sluiten, adv.RvS 61.267/AV, 121).

[21] Artikel 35, lid 5, a), van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 5, a), van richtlijn 2009/73/EG.

[22] Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 'betreffende diensten op de interne markt'.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

databeheerder is, betekent dit dat enkel een door de netbeheerders gezamenlijk opgerichte werkmaatschappij als databeheerder kan worden aangesteld. Het betekent ook dat het voor elke distributienetbeheerder niet langer een mogelijkheid is om een beroep te doen op een werkmaatschappij, maar dat het een verplichting wordt, niettegenstaande de formulering van artikel 4.1.5, eerste lid. Voor zover een distributienetbeheerder voor de exploitatie van zijn net of de toepassing van openbaredienstverplichtingen gebruik zou willen maken van een werkmaatschappij, zal hij noodzakelijk die taken moeten toevertrouwen aan de gezamenlijke werkmaatschappij die als databeheerder is aangewezen, omdat elke distributienetbeheerder slechts op één werkmaatschappij een beroep kan doen. Aangezien de werkmaatschappij in die hypothese zowel taken van databeheer als taken van distributienetbeheer verricht, zullen complexe 'Chinese muren' nodig zijn omdat er wordt voorzien in bestuurs- of juridische autonomie van de distributienetbeheerder ten aanzien van de databeheerder en *vice versa* (zie de ontworpen artikelen 4.1.4, § 2, 5°, en 4.1.8/3, § 2, 3°, van het Energiedecreet).

Een ander neveneffect van die samenloop is dat de werkmaatschappij in kwestie bijgevolg ook onderworpen wordt aan een dubbele erkenning: een toestemming door de VREG om als werkmaatschappij te mogen worden ingezet overeenkomstig artikel 4.1.5 van het Energiedecreet, en een tweede aanwijzing door de Vlaamse Regering als databeheerder op basis van het ontworpen artikel 4.1.8/2 van het Energiedecreet. Het is onduidelijk wat de gevolgen zijn voor de ene erkenning, indien de andere zou worden geweigerd. Bovendien lijkt de Vlaamse Regering pas te kunnen overgaan tot een erkenning als databeheerder, op het ogenblik dat de VREG alle netbeheerders heeft toegestaan om gebruik te maken van dezelfde werkmaatschappij.

In het licht van het voorgaande zijn de wijzigingen die met de artikelen 26 tot 28 van het voorontwerp beogen te worden aangebracht, overigens uiterst verwarrend. De zinsnede "de netbeheerder en/of zijn werkmaatschappij" wordt telkens vervangen door de zin "de netbeheerder, de databeheerder en/of hun werkmaatschappij". Maar volgens het ontworpen artikel 4.1.8/2, § 2, 6°, van het Energiedecreet is de databeheerder een werkmaatschappij – gelet op artikel 4.1.5, tweede lid, van het Energiedecreet, de enige werkmaatschappij voor elk van de netbeheerders –, zodat de activiteiten van databeheer en andere taken binnen dezelfde werkmaatschappij zitten, zij het in van elkaar afgeschermde afdelingen.

De aanwijzing van de databeheerder verbergt bijgevolg een grondige hervorming van het systeem van de werkmaatschappijen die niet volledig lijkt te zijn doordacht.

11. De activiteit van de databeheerder wordt als dusdanig niet geregeld door de energierichtlijnen. Er lijkt geen reden te bestaan om de activiteit van databeheerder als een niet-economische dienst van algemeen belang aan te merken, nu het gaat om de toekenning van een monopoliepositie over de economische activiteit van het beheer en het tegen vergoeding ter beschikking stellen van data die voor allerhande marktpartijen bijzonder gegeerd zullen zijn. Bijgevolg valt de activiteit niet onder artikel 2, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn. De andere specifieke uitsluitingsgronden van artikel 2, lid 2, van de dienstenrichtlijn lijken evenmin relevant. Ook het gegeven dat de activiteit volledig op het grondgebied van het Vlaams Gewest plaatsvindt, is daarbij geen bezwaar.[23] Bijgevolg lijkt de aanwijzing van de databeheerder wel

[23] HvJ 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoorten Visser Vastgoed Beleggingen*, punten 98-110.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

degelijk te vallen onder de dienstenrichtlijn; bovendien gelden in de achtergrond in elk geval analoge overwegingen op grond van de vrijheid van vestiging die wordt gegarandeerd bij het VWEU. De voorliggende regeling lijkt onder beide regelingen problematisch.

Vooreerst moet verantwoord kunnen worden waarom de vestiging van een dienstverrichter die de activiteit van databeheerder wenst uit te oefenen, moet worden onderworpen aan een vergunningstelsel. Een dergelijke verantwoording ontbreekt in de memorie van toelichting, wat zou moeten worden verholpen.

Die verantwoording moet voldoen aan de eisen van artikel 9, lid 1, van de dienstenrichtlijn, dat luidt:

> "De lidstaten stellen de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk van een vergunningstelsel, tenzij aan de volgende voorwaarden is voldaan:
>
> a) het vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter;
>
> b) de behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
>
> c) het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn."

Dat de regeling zo is geconcipieerd dat alleen de kandidaat-databeheerder die door de distributienetbeheerders als werkmaatschappij is aangesteld onder de regeling in aanmerking kan komen, doet de vraag rijzen of aan het non-discriminatieverbod is voldaan.

Bovendien moeten de gehanteerde selectiecriteria voldoen aan de eisen van artikel 10 van de dienstenrichtlijn in verband met de vergunningsvoorwaarden. Ook daar vallen kanttekeningen bij te maken.

In de eerste plaats blijft ook hier de vaststelling dat bij voorbaat vaststaat dat slechts één onderneming in aanmerking komt voor de aanwijzing als databeheerder, wat in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 10, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn.

In de tweede plaats zijn de criteria ook allerminst duidelijk en ondubbelzinnig, wat nochtans vereist is door artikel 10, lid 2, d), van de dienstenrichtlijn. Zo is in de voorliggende constellatie niet echt duidelijk wat bedoeld wordt in het ontworpen artikel 4.1.8/3, § 2, 3°, van het Energiedecreet met "de bestuurs- of juridische autonomie" van de databeheerder ten aanzien van de netbeheerder en diens geassocieerde ondernemingen, wat overigens contrasteert met de "beheersmatige en juridische onafhankelijkheid" ten aanzien van de andere marktpartijen vermeld in het ontworpen artikel 4.4.8/3, § 2, 4°, van het Energiedecreet. De verduidelijkingen in de ontworpen artikelen 4.1.8/4 en 4.1.8/5 van het Energiedecreet maken de verwarring enkel groter, met als meest sprekende voorbeelden de contradictie tussen het verbod op het ontvangen van directe instructies van onder meer de Vlaamse overheid (ontworpen artikel 4.1.8/4, § 4, laatste lid, van het Energiedecreet) en de introductie van een regeringsafgevaardigde in het

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

bestuursorgaan van de databeheerder,[24] en de rol van de CEO en de voorzitter van de werkmaatschappij (ontworpen artikel 4.1.8/4, § 2, laatste lid, van het Energiedecreet – artikel 17 van het voorontwerp), waarvan allerminst zeker is dat die niet ook in een afhankelijkheidsrelatie staan ten aanzien van een of meer van de distributienetbeheerders.

Ten derde strijdt de ontworpen regeling ook met de artikelen 11 en 12 van de dienstenrichtlijn, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in het arrest *Trijber en Harmsen*.[25] Hoewel vergunningen onder de dienstenrichtlijn in beginsel voor onbepaalde duur moeten gelden, is er een belangrijke uitzondering op die regel, met name in die gevallen waarin het aantal vergunningen beperkt is – en *a fortiori* indien, zoals hier, er slechts één dienstverlener kan worden geselecteerd. In die gevallen moet de duurtijd juist worden beperkt, en moet met dezelfde regelmaat een nieuwe selectie gebeuren van de gegadigden op basis van een "selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure".

Meer algemeen kan worden vastgesteld dat de selectie van de databeheerder nog minder open is dan de selectie van de distributienetbeheerders zelf, die slechts geldt voor een periode van twaalf jaar, en die minstens theoretisch nog de mogelijkheid laat dat nieuwe spelers zich zouden aanbieden als kandidaat-netbeheerders. Nodeloze beperkingen van de mogelijkheid voor andere operatoren behalve de zittende netbeheerder (of diens gerelateerde ondernemingen) om zich kandidaat te stellen voor de uitbating van een deel van het net, worden door de Europese Commissie en de Raad van State, afdeling Wetgeving, als strijdig met de vrijheid van vestiging beschouwd.[26] Er valt niet in te zien waarom dit anders zou zijn voor een taak die wordt onttrokken aan de netbeheerders, en waarvoor er dient te worden over gewaakt dat ze in volle onafhankelijkheid wordt uitgeoefend.

Bovendien moet de aangewezen kandidaat een verregaande inmenging in de interne organisatie en besluitvorming dulden, inclusief de aanwezigheid van een vertegenwoordiger van de Vlaamse Regering die de Vlaamse minister bevoegd voor het energiebeleid (hierna: de minister) kan verzoeken om bepaalde besluiten te vernietigen.[27] Er moet worden vastgesteld dat ook dit een probleem van vrijheid van vestiging inhoudt, doordat de controle over de investering zo de investeerders ten dele wordt ontnomen. Het Hof van Justitie heeft in 2002 weliswaar de Belgische *golden share* in de Belgische aardgasbevoorrading

[24] Voor de conclusie dat regeringsafgevaardigden, zelfs met raadgevende stem, onverenigbaar zijn met een verbod op het ontvangen van instructies van de overheid, zie adv.RvS 49.491/3 van 27 april 2011 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van 20 juli 2011 'tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen', opmerking 10.1, *Parl.St.* Br.Parl. 2010-11, nr. A-201/1, 106-107.

[25] HvJ 1 oktober 2015, C 340/14 en C 341/14, *Trijber en Harmsen*, punten 60-66.

[26] Zie in die zin adv.RvS 60.379/3 van 9 december 2016 over een voorontwerp die geleid heeft tot de wet van 13 juli 2017 'tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, met het oog op het instellen van een wettelijk kader voor het Modular Offshore Grid', opmerking 9, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2489/1, 34-35.

[27] De vraag rijst hoe dat optreden van de regeringsvertegenwoordiger of de minister zich verhoudt tot het toezicht door de regulator. Zo kan het niet de bedoeling zijn dat de minister een beslissing van het bestuursorgaan om zich te richten naar een beslissing van de regulator, alsnog ongedaan zou maken. Het voorontwerp lijkt daar niet op berekend te zijn.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

aanvaard,[28] maar sindsdien is het Hof erg kritisch voor dergelijke constructies.[29] In het voorliggende geval eigent de Vlaamse overheid zich overigens het toezicht toe zonder noodzakelijk zelf eigenaar te zijn.

Ten slotte moet, in lijn met het arrest *Corbeau*,[30] ook worden opgemerkt dat de stellers van het voorontwerp, gelet op artikel 106 van het VWEU, een bijzondere verantwoording moeten kunnen geven voor het belasten van een enkele onderneming met "bijzondere of zelfs exclusieve rechten". In dat verband moet worden opgemerkt dat het om technische redenen aannemelijk lijkt dat er slechts één databeheerder kan zijn per gebied waar een distributienetbeheerder actief is, maar dat er in het voorliggende voorontwerp voor gekozen wordt om slechts één databeheerder aan te stellen namens alle distributienetbeheerders samen, wat een veel grotere beperking van de mededinging inhoudt zonder dat daarvoor een bijzondere verantwoording wordt gegeven. Bovendien, zoals hoger is uiteengezet, wordt niet enkel een monopolie gecreëerd met betrekking tot de taken van de databeheerder, maar wordt diezelfde onderneming, gelet op het samenspel tussen artikel 4.1.5 van het Energiedecreet en het ontworpen artikel 4.1.8/3, § 2, 6°, van het Energiedecreet, ook een monopolie gegeven om als werkmaatschappij op te treden met betrekking tot de gewone taken van de distributienetbeheerders.

3. Het statuut van de databeheerder

12. Vermits de databeheerder noodzakelijk een werkmaatschappij is, heeft die de vorm van hetzij een privaatrechtelijke vennootschap, hetzij een publiekrechtelijke rechtspersoon.

Uit het ontworpen artikel 4.1.8/5 van het Energiedecreet (artikel 18 van het voorontwerp) blijkt dat de Vlaamse Regering een onbezoldigde regeringsafgevaardigde aanstelt die in het bestuursorgaan van de databeheerder zetelt met raadgevende stem en als taak heeft toezicht te houden op de overeenstemming van de verrichtingen en de werking van de databeheerder met hetgeen bepaald is "door of krachtens de artikelen 4.1.8/3, 4.1.8/4, 4.1.8/5, 4.1.8/6, 4.1.8/7, 4.1.8/8, 4.1.22/4, 4.1.22/5, 4.1.22/6 van dit decreet, de regelgeving over de bescherming bij de verwerking van persoonsgegevens, de statuten van de werkmaatschappij die is aangesteld als databeheerder voor zover betrekking op het databeheer, en het ondernemingsplan van de databeheerde het ondernemingsplan van de databeheerder". Hij brengt hierover regelmatig verslag uit bij de minister.

Die regeringsafgevaardigde kan tegen elke beslissing van het bestuursorgaan of de raad van bestuur van de werkmaatschappij een beroep indienen bij de minister, waardoor de uitvoering ervan wordt geschorst.

De minister heeft de bevoegdheid om beslissingen te vernietigen.

[28] HvJ 4 juni 2002, C-503/99, *Commissie t. België*.

[29] HvJ 23 oktober 2007, C-112/05, *Commissie t. Duitsland*; HvJ 28 september 2006, C-282/04 en C-283/04, *Commissie t. Nederland*. Dat geldt overigens ook voor de energiesector, zie HvJ 6 december 2007, C-463/04 en C-464/04, *Federconsumatori*.

[30] HvJ 19 mei 1993, C-320/91, *Corbeau*.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

Een dergelijke toezichtregeling is een publiekrechtelijk procedé dat past bij een werkmaatschappij die de vorm heeft van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Indien het echter gaat om een werkmaatschappij die de vorm van een privaatrechtelijke vennootschap, lijkt de regeling op gespannen voet te staan met de vrijheid van vereniging en de vrijheid van ondernemen.

4. Tariefmaatregelen

13. Het opleggen van tarieven houdt een bijkomende beperking in van het vrij verkeer. Er moet bijgevolg een dwingende reden van algemeen belang kunnen worden aangevoerd om die beperking te verantwoorden en ze moet bovendien evenredig zijn met het ermee na te streven doel.[31]

5. Ontvlechting

14. Het Vlaamse Gewest heeft er bij de omzetting van het derde energiepakket voor gekozen om de distributienetbeheerders volledig te ontvlechten.

De ontworpen regeling met betrekking tot de databeheerder lijkt, in lijn met artikel 9 van de energierichtlijnen, voldoende waarborgen te bevatten om te vermijden dat die volledige ontvlechting in het gedrang komt.

Meer twijfel is mogelijk bij artikel 13 van het voorontwerp, dat een tijdelijke uitzondering – gedurende vijf jaar, maximaal driemaal verlengbaar met een jaar – invoert op het verbod om activiteiten te ontplooien op het vlak de productie van energie, voor activiteiten met betrekking tot de productie van thermische energie, en bij artikel 81 van het voorontwerp dat voor bestaande projecten die tijdelijkheid zelfs schrapt.

Strikt genomen hebben de termen “levering” en “productie” in de energierichtlijnen slechts betrekking op de levering van respectievelijk elektriciteit en aardgas. Bijgevolg lijkt het nemen van een participatie in een warmtenet door een netbeheerder niet bij voorbaat uitgesloten door de richtlijnen, ook al lijken belangenconflicten mogelijk indien de netbeheerder, in het bijzonder de aardgasdistributeur, actief zou worden op de concurrerende markt van de warmtenetten.

Daarbij moeten echter enkele belangrijke nevenvoorwaarden worden vervuld.

In de eerste plaats moet de activiteit dan ook werkelijk beperkt blijven tot activiteiten inzake thermische energie, en mag de opgewekte warmte niet (ook) worden gebruikt voor de opwekking van elektriciteit, in het bijzonder door warmtekrachtkoppeling. Evenmin mag

[31] HvJ 5 december 2006, C-94/04 en C-202/04, *Cipolla*, punten 55-70. Zie in die zin ook adv.RvS 62.616/3 van 4 januari 2018 over een voorontwerp van decreet ‘betreffende het niet-dringend liggend ziekenvervoer’, punt 6.1. Wellicht kan een deel van de verantwoording worden gevonden in het vermijden van misbruik van de monopoliepositie die aan de databeheerder wordt toegekend. Daar staat echter tegenover dat het invoeren van een competitief proces voor de aanstelling van de databeheerder misschien de nood aan een tariefmechanisme enigszins zou kunnen verminderen, en dus een minder verregaande alternatief zou kunnen zijn.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

de entiteit waarin eventueel wordt geparticipeerd dan enige andere activiteit op het vlak van de productie of levering van energie ontwikkelen.

In de tweede plaats moet er over worden gewaakt dat de netbeheerder op deze manier niet – al dan niet tijdelijk – deel uitmaakt van samenwerkingsverbanden met bepaalde producenten of leveranciers van elektriciteit of aardgas, waardoor de ontvlechtingsvereisten van artikel 9 alsnog in het gedrang zouden komen.

6. De verenigbaarheid met de AVG

15.1. Bij artikel 82 van de AVG wordt het recht op schadevergoeding alsook de aansprakelijkheid geregeld. Daaruit blijkt dat wie schade lijdt ten gevolge van een inbreuk op de verordening, recht heeft om schadevergoeding te ontvangen van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker voor de geleden schade (lid 1 van artikel 82). Een verwerkingsverantwoordelijke die bij verwerking is betrokken, is aansprakelijk voor de schade die wordt veroorzaakt door verwerking die inbreuk maakt op de verordening; een verwerker is slechts aansprakelijk voor de schade die door verwerking is veroorzaakt wanneer bij de verwerking niet is voldaan aan de specifiek tot verwerkers gerichte verplichtingen van de verordening of buiten dan wel in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke is gehandeld (lid 2). Een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker die bewijst op geen enkele wijze verantwoordelijk te zijn voor het schadeveroorzakend feit, wordt van aansprakelijkheid vrijgesteld (lid 3). Wanneer meerdere verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers bij dezelfde verwerking betrokken zijn en verantwoordelijk zijn voor de door verwerking veroorzaakte schade, wordt elke verwerkingsverantwoordelijke of verwerker aansprakelijk gehouden voor de gehele schade (lid 4); nadat een van hen de schade geheel heeft vergoed, kan hij op de andere verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers het deel van de schadevergoeding verhalen dat overeenkomt met hun deel van de aansprakelijkheid van de schade (lid 5).

15.2. Uit het ontworpen artikel 4.1.11/6 van het Energiedecreet blijkt dat de stellers van het voorontwerp het verschuldigd zijn van de vergoeding van de geleden schade situeren in hoofde van de databeheerder – die allicht als de verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG te beschouwen is –[32] in plaats van in hoofde van *de verwerkingsverantwoordelijken of de verwerkers*.

Terwijl het in de AVG gaat om inbreuken op die verordening, wordt in de ontworpen bepaling melding gemaakt van “een inbreuk in verband met de persoonsgegevens die de databeheerder beheert, valideert en bewaart”.

[32] Volgens artikel 4, 7), van de AVG is te beschouwen als verwerkingsverantwoordelijke “een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt; wanneer de doelstellingen van en de middelen voor deze verwerking in het Unierecht of het lidstatelijke recht worden vastgesteld, kan daarin worden bepaald wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen”.

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

Uit de ontworpen bepaling blijkt dat wie zijn schade vergoed wil zien, enkel de schade en het oorzakelijk verband tussen de inbreuk en de schade dient te bewijzen. De verordening stelt daarentegen niet vrij van het bewijs dat er ook sprake is van een inbreuk op de verordening.

Volgens de ontworpen bepaling moet de vergoeding uiteindelijk worden gedragen door "de veroorzaker van de inbreuk", terwijl uit de verordening blijkt dat de aansprakelijkheid in hoofdzaak bij de verwerkingsverantwoordelijke wordt gelegd, maar in specifieke gevallen bij de verwerker.

Op al deze punten stemt de ontworpen bepaling niet of niet helemaal overeen met de verordening.

16. In de ontworpen bepaling wordt uitdrukkelijk vermeld dat de te nemen regeling gelding zal hebben "[o]verminderd de toepassing van artikel 82 van de algemene verordening gegevensbescherming".

Hierbij dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat het niet aan de decreetgever staat om de gelding van een Europeesrechtelijke bepaling te bevestigen.

Bovendien spoort de ontworpen regeling niet met de AVG, zodat de boodschap die ervan uitgaat dubbelzinnig is. Het is immers niet duidelijk of de decreetgever van de AVG wil afwijken en in welke mate,[33] dan wel integendeel wil bevestigen dat hij er helemaal niet van wil afwijken.

Hoe dan ook gaat het recht van de Europese Unie voor, zodat er geen ruimte is voor afwijkende regelingen. Artikel 30 moet derhalve worden geschrapt.

17. Ingeval de VREG ook dient toe te zien op de naleving van de AVG, dient de ontworpen regeling met betrekking tot de administratieve sancties (artikelen 76 tot 78 van het voorontwerp) overeen te stemmen met die verordening.

Zo hebben de stellers van het voorontwerp de maximale boetebedragen weliswaar afgestemd op wat bepaald is in artikel 83 (meer bepaald lid 5) van de AVG,[34] maar hebben ze dit onvoldoende zorgvuldig gedaan. Anders dan wat het geval is voor de ontworpen bepaling, gelden de maxima voor de administratieve geldboeten bepaald bij de AVG niet per kalenderdag en dienen dergelijke boeten ook niet per kalenderdag te worden bepaald. Er is onder meer ook geen rekening gehouden met de differentiëring per soort van inbreuken, zoals die blijkt uit de leden 4 tot 6 van artikel 83 van de AVG.

[33] De ontworpen bepaling zou bijvoorbeeld zo gelezen kunnen worden dat vergoeding van de schade overeenkomstig de AVG kan worden gevraagd aan de verwerkingsverantwoordelijken of de verwerkers, maar dat het ook mogelijk is een beroep te doen op de te nemen bepaling die de databeheerder aanwijst als aanspreekpunt.

[34] In de memorie van toelichting wordt bij de artikelen 76 tot 78 van het voorontwerp vermeld: "Deze artikels zijn in overeenstemming met artikel 83 AVG."

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

18. Gelet op de hiervoor geformuleerde fundamentele opmerkingen, heeft de Raad van State het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet niet nader onderzocht.

Na herwerking zal het voorontwerp, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, opnieuw aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Jo BAERT

‡LW-CBDSIDAEF-GCJHHVT‡