



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 70.646/1
van 9 februari 2022

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot
wijziging van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het
integraal waterbeleid, gecoördineerd op 15 juni 2018’

Op 7 december 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, gecoördineerd op 15 juni 2018’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 3 februari 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 februari 2022.

*

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.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. De wijzigingen die het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt aan te brengen in het decreet van 18 juli 2003 ‘betreffende het integraal waterbeleid’, gecoördineerd op 15 juni 2018, zijn van tweeërlei aard.

Enerzijds worden ermee de uitrol en het beheer van digitale watermeters georganiseerd (artikelen 3 en 4). Anderzijds worden het beheer en de verwerking van de gegevens die in het kader van de in het decreet bedoelde activiteiten verzameld worden, geregeld (artikelen 3 en 5 tot 13).

VORMVEREISTEN

3. Alle adviezen die met betrekking tot het ontworpen decreet werden uitgebracht dateren van september, oktober of november 2020.

In dat verband brengt de afdeling Wetgeving in herinnering dat de op de overheid rustende wettelijke verplichting om bepaalde adviezen in te winnen in essentie tot doel heeft om haar te informeren over de feitelijke en juridische gegevens die volgens het adviesorgaan in aanmerking moeten worden genomen op het tijdstip waarop de overheid haar beslissing dient te nemen en dat de tijd die verstrijkt tussen de raadpleging en de totstandkoming van de regeling in beginsel dan ook kort moet zijn.² Een advies zou enkel dan in aanmerking kunnen worden genomen als uitgangspunt voor een veel later tot stand te brengen regeling indien er kan van uitgegaan worden dat de feitelijke en juridische omstandigheden waarop het adviesorgaan zich heeft gebaseerd, niet zodanig zijn gewijzigd dat de eerdere raadpleging van het adviesorgaan als niet meer ter zake dienend of niet langer als voldoende actueel kan worden aangemerkt zodat de betrokken pleegvormen eigenlijk zouden moeten worden overgedaan.³

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Zie bv. reeds J.-M. AUBY, “Le régime juridique des avis dans la procédure administrative”, *AJDA* 1956, 61: “Les avis sont destinés à fournir à l’autorité appelée à décider, une connaissance des éléments de fait ou de droit existant au moment où la décision doit être prise”.

³ Zie m.b.t. de problematiek inzake onvoldoende recente adviezen in de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving o.m. J. SALMON, J. JAUMOTTE en E. THIBAUT, *Le Conseil d’État de Belgique*, Brussel, Bruylant, 2012, 961; M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Raad van State. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 156.

In het voorliggende geval kan er weliswaar bezwaarlijk van uitgegaan worden dat de adviezen die in het najaar van 2020 over de ontworpen regeling werden uitgebracht, niet langer als zijnde voldoende actueel kunnen worden beschouwd omdat er andere en sindsdien substantieel gewijzigde feitelijke of juridische omstandigheden aan ten grondslag van zouden liggen, temeer daar door de gemachtigde werd meegedeeld dat sommige van die adviezen, zoals dat van de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens, precies aanleiding hebben gegeven tot bijkomend overleg tussen het adviesorgaan, de drinkwatersector en de administratie bij het implementeren van het advies.⁴

De decreetgever doet er niettemin goed aan om, zeker met betrekking tot aangelegenheden die het voorwerp uitmaken van permanente jurisprudentiële ontwikkelingen zoals bijvoorbeeld die inzake de bescherming van persoonsgegevens, er in de toekomst steeds op toe te zien dat de ingewonnen adviezen voldoende actueel zijn en niet werden uitgebracht in een feitelijke en juridische context die sinds de betrokken advisering substantieel is gewijzigd.

4. Over het voorontwerp van decreet werd door de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens op 17 november 2020 advies nr. 2020/52 uitgebracht. Zoals de afdeling Wetgeving in advies 61.267/AV⁵ van 27 juni 2017 heeft opgemerkt, is het evenwel de Gegevensbeschermingsautoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de “algemene” regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de AVG⁶ heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting. Hieruit volgt dat met betrekking tot de in het voorontwerp opgenomen regeling inzake de verwerking van persoonsgegevens niet noodzakelijk kan worden volstaan met het advies van de Vlaamse Toezichtcommissie, maar dat erover tevens het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit zal moeten worden ingewonnen. Indien de adviesaanvrager van oordeel zou zijn dat het raadplegen van zowel de Gegevensbeschermingsautoriteit als de Vlaamse Toezichtcommissie problematisch zou kunnen zijn, staat het aan hem om een initiatief te nemen om in voorkomend geval een samenwerkingsakkoord te sluiten, wat dat betreft.

5. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁷ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, alsnog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

⁴ Daarnaast deelde de gemachtigde mee dat de duur van de onderhandelingen over de uitrol van de digitale watermeter en de haalbaarheid daarvan gekoppeld aan de opgelegde timing, en een aan de drinkwatersector in dat verband gevraagde analyse aan de hand van een door de sector ontwikkelde *business case*, het tijdsverloop kunnen verklaren tussen de initiële adviezen en de voorliggende adviesaanvraag.

⁵ Adv.RvS 61.267/AV van 27 juni 2017 over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

⁶ 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)’.

⁷ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

6. In het ontworpen artikel 2.2.2, § 1/1, derde lid, van het te wijzigen decreet (artikel 4, 1°, van het voorontwerp), wordt aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid verleend om nadere regels te bepalen voor de opbouw, de onderdelen, de functionaliteiten en de financiering van de aftakking. Aan de gemachtigde werd gevraagd wat de aldus aan de Vlaamse Regering gedelegeerde bevoegdheid inhoudt op het vlak van het bepalen van nadere regels voor “de financiering van de aftakking”. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Het betreft nadere regels over de wijze waarop de kosten voor de aftakking worden doorgerekend aan de klant. We verwijzen naar de memorie voor duiding- punt 27. De exploitant heeft het recht de aftakking uit te rusten met een aantal functionaliteiten. Sommige zullen vooral ten behoeve van de klant zijn, sommige vooral ten behoeve van het beheer van het netwerk. De beoogde nadere regels kunnen bv. betrekking hebben op het aflijnen van wanneer en hoe net de kosten individueel kunnen worden doorgerekend aan de klant, hoe dit verloopt bij klanten met een sociaal tarief, etc.”

Indien het de bedoeling is dat de Vlaamse Regering zou kunnen bepalen dat de betrokken financiering door middel van een belasting zal kunnen gebeuren zal, in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel in fiscale zaken, het voorontwerp daartoe moeten worden aangevuld met een aantal door de decreetgever zelf vast te stellen hoofdbestanddelen van de aldus in te voeren belasting.⁸

7. Uit het ontworpen artikel 2.2.2, § 2/1, van het te wijzigen decreet (artikel 4, 2°, van het voorontwerp), volgt dat de decreetgever blijkbaar opteert voor het plaatsen van uitsluitend een digitale watermeter. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt verduidelijkt dat, mede gelet op de internationale standaarden met betrekking tot de dichtheidseisen voor watermeters, een bedrade oplossing niet mogelijk is en dat er geen alternatief bestaat voor de draadloze communicatie van de watermeter, waardoor derhalve enkel nog een watermeter zonder communicatie of een klassieke analoge watermeter mogelijk zou zijn.

Vraag is of, naar analogie van wat geldt ten aanzien van de digitale energiemeter,⁹ niet in een overgangsregeling moet worden voorzien waarbij de gebruiker bijvoorbeeld zou kunnen vragen aan de exploitant om voorlopig te kunnen beschikken over een watermeter zonder communicatie. Dergelijke uitzondering op de verplichting tot het plaatsen van een digitale watermeter zou aansluiten op het parallellisme dat met betrekking tot bepaalde andere onderdelen van de ontworpen regeling wordt nagestreefd tussen de watervoorziening en de distributie van elektriciteit en gas (zie het ontworpen artikel 2.2.2, § 2/1, vierde lid, van het te wijzigen decreet), en zou tevens inspelen op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in verband met de keuzemogelijkheid waarover netgebruikers, omwille van gezondheidsredenen,¹⁰ volgens het Hof

⁸ Wordt uitsluitend het invoeren van een retributie beoogd, dan dienen in beginsel enkel de gevallen waarin deze zal kunnen worden geheven door de decreetgever zelf te worden bepaald.

⁹ Zie artikel 4.1.22/2, vijfde lid, van het Energiedecreet van 8 mei 2009.

¹⁰ Met name het terugdringen van elektromagnetische straling.

moeten kunnen beschikken op het vlak van het gebruik van – weliswaar - digitale energiemeters.¹¹

Indien de decreetgever van oordeel zou zijn dat hij – anders dan wat geldt ten aanzien van het gebruik van de digitale energiemeter – niet in een vergelijkbare uitzondering kan voorzien in geval van plaatsing van een digitale watermeter, verdient het aanbeveling dat in de loop van de parlementaire behandeling naar behoren wordt aangetoond dat aan het aldus voorgestane oordeel een gedegen afweging van de belangen ten grondslag ligt van, enerzijds, de abonnee die aanspraak wil maken op een watermeter met een zo gering mogelijk stralingsgehalte en, anderdeels, de exploitant die heeft rekening te houden met technische mogelijkheden en imperatieven waarbij evenmin de algemene volksgezondheid uit het oog kan worden verloren.¹²

8. In het ontworpen artikel 2.2.2, § 2/1, derde lid, van het te wijzigen decreet (artikel 4, 2°, van het voorontwerp), wordt aan de Vlaamse Regering onder meer de bevoegdheid verleend om nadere of aanvullende regels vast te leggen die betrekking hebben op “modaliteiten voor uitzonderingen op het plaatsen [van] een digitale watermeter”. Het is niet duidelijk welke de precieze draagwijdte van deze bevoegdheidsdelegatie is, temeer daar in de memorie van toelichting wordt geëxpliciteerd dat “niet voorzien [wordt] in een uitzondering op de plaatsing van een digitale watermeter”.¹³ De tekst van het voorontwerp zou op dat punt moeten worden uitgeklaard.

Artikel 6

9.1. Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.¹⁴

¹¹ Zie o.m. GwH 14 januari 2021, nr. 5/2021.

¹² Daartoe wordt reeds een aanzet gegeven in de memorie van toelichting bij het voorontwerp waarin, naar aanleiding van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, onder meer wordt gewezen op de verschillen die bestaan tussen een digitale energie- en een digitale watermeter, wat het aspect straling betreft en de gevolgen daarvan voor de volksgezondheid (zie “Algemene toelichting”, “C. Totstandkomingsprocedure”, nr. 21).

¹³ Zie “Algemene toelichting”, “C. Totstandkomingsprocedure”, nr. 21, en opmerking 7 in dit advies.

¹⁴ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in het decreet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel ‘essentiële elementen’ uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.¹⁵

In verband met deze essentiële elementen kan het hiernavolgende opgemerkt worden bij het ontworpen artikel 2.7.1 van het te wijzigen decreet.

9.2.1. Wat de categorie van verwerkte gegevens betreft, valt uit het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, van het te wijzigen decreet, af te leiden dat het om “technische”, “relationele” en “meetgegevens” gaat. Deze drie begrippen worden weliswaar omschreven in respectievelijk het ontworpen artikel 2.1.2, 23°/1, 22°/1 en 20°/1, van het decreet (respectievelijk artikel 3, 8°, 7° en 5°, van het voorontwerp), maar de desbetreffende omschrijvingen zijn van die aard dat de beoogde categorieën van verwerkte gegevens vrij vaag blijven, temeer daar de memorie van toelichting op dat punt weinig bijkomende verduidelijking biedt.

Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk onder welke categorie van verwerkte gegevens de gegevens inzake de samenstelling van de huishoudens van de abonnees vallen. De samenstelling van een gezin heeft immers niet op het eerste gezicht betrekking op een relationeel gegeven, noch wordt ermee de gedachte opgeroepen aan een technisch gegeven of een meetgegeven.

De omschrijving van de betrokken gegevens is evenmin op alle punten duidelijk. Zo maakt de omschrijving van het begrip “meetgegevens” in het ontworpen artikel 2.1.2, 20°/1 (artikel 3, 5°, van het voorontwerp), melding van gegevens die verkregen worden door of gebaseerd zijn op onder meer “een meting met een onderdeel van de aftakking”, maar kunnen vragen worden gesteld bij de precieze draagwijdte van de beoogde “onderdelen”.

Het door de gemachtigde verstrekte antwoord dat wordt aangehaald onder randnummer 11.2 doet er bovendien van blijken dat de beoogde categorieën gegevens mede betrekking kunnen hebben op “persoonlijke aspecten” van natuurlijke personen, wat het op zich minder evident maakt om deze te kwalificeren als “technische”, “relationele” of “meetgegevens” zoals die in het voorontwerp beschreven worden.

Ter wille van de overeenstemming met het legaliteitsbeginsel in artikel 22 van de Grondwet zouden de beoogde categorieën van verwerkte gegevens op een meer expliciete en meer duidelijke wijze moeten worden aangegeven. Daartoe dient de tekst van het voorontwerp op bepaalde punten te worden aangevuld of verduidelijkt. Het hoeft geen betoog dat daarbij niet kan worden volstaan met een algemene bepaling in de zin van het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, tweede lid, van het te wijzigen decreet, waarin wordt vermeld dat de technische gegevens, de relationele gegevens en de meetgegevens “ook persoonsgegevens [kunnen] zijn”.

¹⁵ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119.

9.2.2. Wat de beoogde categorieën van betrokken personen betreft, wordt in essentie volstaan met een verwijzing naar het begrip “betrokkene, vermeld in artikel 4, 1), van de algemene verordening gegevensbescherming, met inbegrip van de abonnee en gebruikers andere dan de abonnee” (ontworpen artikel 2.1.2, 3°/3, van het te wijzigen decreet, artikel 3, 2°, van het voorontwerp).¹⁶ Dergelijke omschrijving komt erop neer dat onder “betrokkene” moet worden verstaan eenieder die in verband kan worden gebracht met de activiteiten die worden opgesomd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, van het te wijzigen decreet, hetgeen toch wel neerkomt op een vage vastlegging van de categorieën van personen waarvan de in het voorontwerp bedoelde gegevens worden verwerkt. Vraag is of, in de plaats van te refereren aan het weinig nauwkeurig afgebakende begrip van “betrokkene”, in artikel 4, 1), van de AVG, in het voorontwerp niet beter zou worden geopteerd voor een meer concrete, op de te regelen materie toegespitste omschrijving van de categorieën van betrokken personen die worden beoogd en om de tekst van het voorontwerp daartoe met dergelijke omschrijving aan te vullen.

9.2.3. De met de verwerking nagestreefde doelstellingen worden vastgelegd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 2, van het te wijzigen decreet. Er wordt evenwel een onvoldoende verband gelegd tussen de datastroom van de categorieën van verwerkte gegevens, zoals die valt af te leiden uit het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, enerzijds, en de doelstellingen die worden opgesomd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 2, anderzijds. Op die wijze is het moeilijk doenbaar om uit te maken welke gegevens zullen worden verwerkt met het oog op welke van de doelstellingen die worden opgesomd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 2, van het te wijzigen decreet. Ter wille van het door artikel 22 van de Grondwet gewaarborgde legaliteitsbeginsel, dient de verwerking van de persoonsgegevens dan ook beter te worden toegespitst op de doelstellingen die inzake de gegevensverwerking worden opgesomd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 2.

9.2.4. Wat de maximale bewaartermijn betreft, bepaalt het ontworpen artikel 2.7.1, § 5, van het te wijzigen decreet, dat de exploitant persoonsgegevens bewaart “zolang als strikt noodzakelijk voor het voldoen van de activiteiten, doelstellingen en verplichtingen vermeld in dit decreet”. Dit is evenwel geen voldoende nauwkeurige omschrijving van de bewaartermijn. Er zou een meer precieze maximale bewaartermijn in het voorontwerp moeten ingeschreven worden, dan wel zouden in het voorontwerp voldoende duidelijke criteria moeten worden vermeld die de Vlaamse Regering in acht zal moeten nemen bij het vastleggen van de maximale bewaartermijn indien dit haar wordt opgedragen door de decreetgever.

10. In het ontworpen artikel 2.7.1, § 3, tweede lid, van het te wijzigen decreet, wordt het vereiste ingeschreven volgens hetwelk de betrokken gegevens toereikend zijn, ter zake dienend en niet overmatig ten opzichte van de doeleinden waarvoor ze gebruikt worden. Dat vereiste herneemt wat reeds voortvloeit uit hetgeen in artikel 5, lid 1, c), van de AVG wordt bepaald inzake minimale gegevensverwerking.

¹⁶ Artikel 4, 1), van de reeds genoemde AVG omschrijft het begrip “persoonsgegevens” als volgt: “alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (‘de betrokkene’); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identicator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identicator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon”.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft uit de rechtstreekse toepasselijkheid van verordeningen afgeleid dat lidstaten met het oog op de rechtszekerheid geen bepalingen mogen vaststellen die er louter toe strekken om bepalingen van een verordening te hernemen in de interne rechtsorde omdat op die wijze misverstanden kunnen ontstaan inzake de juridische aard van de aldus overgenomen verordeningsbepalingen en het tijdstip van hun inwerkingtreding.¹⁷ Dergelijke handelwijze kan tevens aanleiding geven tot redeneringen *a contrario* waarbij er verkeerdelijk van wordt uitgegaan dat bepalingen van de verordening die niet in het interne recht worden overgenomen, niet van toepassing zouden zijn. Tenzij de overname van verordeningsbepalingen werkelijk noodzakelijk is voor de begrijpelijkheid van bepalingen die strekken tot de tenuitvoerlegging van de verordening, moet daarvan worden afgezien. De overname van verordeningsbepalingen die, omwille van de leesbaarheid en de coherentie van de uitvoeringsbepalingen, toch zouden worden behouden, moeten uitdrukkelijk hun grondslag in de verordening aangeven via de formule “Overeenkomstig artikel X van verordening (EU) 2016/679, (...)”.

Deze opmerking geldt ten aanzien van het vereiste, opgenomen in het ontworpen artikel 2.7.1, § 3, tweede lid, van het te wijzigen decreet, maar ook ten aanzien van de laatste volzin van het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, vierde lid, die herhaalt wat reeds uit artikel 7, lid 3, van de AVG volgt, en ten aanzien van het ontworpen artikel 2.7.3 (artikel 8 van het voorontwerp), dat bepalingen van artikel 32, leden 1 en 4, van de AVG overneemt.

11.1. In het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, tweede lid, van het te wijzigen decreet, wordt bepaald dat de exploitant de desbetreffende gegevens “[a]lleen na de voorafgaande toestemming van de betrokkene” voor commerciële doeleinden kan gebruiken; in het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, derde lid, wordt bepaald dat de exploitant de gegevens “[a]lleen na de voorafgaande toestemming van de betrokkene” aan derden kan doorgeven voor gebruik door die derden voor commerciële doeleinden. In het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, eerste lid, wordt bepaald dat onder “toestemming van de betrokkene” de toestemming moet worden verstaan die wordt vermeld in artikel 4, 11), van de AVG.

Zoals in de memorie van toelichting wordt vermeld, dient de beoogde toestemming te voldoen aan alle voorwaarden uiteengezet in de AVG. De toestemming zal derhalve moeten beantwoorden aan de vereisten die op zich al voortvloeien uit de desbetreffende omschrijving in artikel 4, 11), van de AVG, maar tevens aan de overige regels waarin de verordening met betrekking tot de toestemming voorziet, zoals die van de voorwaarden die beschreven worden in artikel 7 ervan. Uiteraard zal ook rekening moeten worden gehouden met de invulling die in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt gegeven aan het begrip “toestemming” in de zin van de AVG en waaruit volgt dat het moet gaan om een actieve, specifieke, op informatie berustende en vrije toestemming.¹⁸ De toestemming waarvan wordt uitgegaan in het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, tweede en derde lid, van het te wijzigen

¹⁷ Zie bv. HvJ 7 februari 1973, *Commissie t. Italië*, 39/72, ECLI:EU:C:1973:13, punt 17.

¹⁸ HvJ 11 november 2020, *Orange România SA*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, punten 35 e.v.. Voor een algemene duiding van dat arrest en een verwijzing naar eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals het arrest van 1 oktober 2019, in de zaak *Planet-49* (C-673/17), zie o.m. C. BORUCKI en S. DECLERCQ, “Vooraf aangevinkt vakje is geen toestemming voor verwerking persoonsgegevens, ook offline”, *Juristenkrant*, 13 januari 2021, nr. 421, 4-5.

decreet, zal op grond van de Europeesrechtelijke regeling met vrij specifieke waarborgen gepaard gaan. Het zou daarom nuttig zijn en de transparantie van de ontworpen regeling ten goede komen indien de, voor het overige algemene verwijzing in het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, naar het begrip “toestemming” in de zin van artikel 4, 11), van de AVG, nader zou worden verduidelijkt en gesitueerd in de memorie van toelichting bij het voorontwerp.

11.2. De exploitant kan overeenkomstig het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, derde lid, de desbetreffende gegevens aan derden doorgeven voor gebruik door die derden “voor commerciële doeleinden, met inbegrip van datamining, profilering en geautomatiseerde besluitvorming”. Aan de gemachtigde werd gevraagd om de laatstgenoemde begrippen te verduidelijken en aan te geven op welke wijze die begrippen kunnen dienen voor commerciële doeleinden. De gemachtigde deelde wat dat betreft het volgende mee:

“De commerciële doelen waar aan gedacht wordt zijn bijvoorbeeld specifieke watercheck, loodgieterijdiensten of adviseren i.h.k.v. het circulair water (her)gebruik. Dit valt immers buiten het bestaande reglementaire kader en uitdrukkelijke toestemming is dan ook noodzakelijk. Voor die commercialisatie moet onder volgende begrippen worden verstaan:

Datamining betekent het toepassen van een geautomatiseerde analysetechniek om informatie te genereren die patronen en voorspellingen vastleggen. Hieraan zouden de exploitanten bepaalde bijkomende diensten kunnen koppelen zoals die hierboven vermeld.

Profilering heeft de betekenis zoals in de AVG – elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen, te analyseren of te voorspellen. Indien deze analysetechniek als doel heeft het aanbieden van bijkomende diensten of bijkomende informatie via direct marketing, dan kan dit enkel op basis van uitdrukkelijke toestemming.

Geautomatiseerde besluitvorming heeft de betekenis zoals in de AVG – een systematische en uitgebreide beoordeling van persoonlijke aspecten van natuurlijke personen. Dewelke gebaseerd is op een geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering (zie hierboven), en waarop besluiten worden gebaseerd waaraan voor de natuurlijke persoon rechtsgevolgen verbonden zijn (bijvoorbeeld toekennen van een korting, aanbieden van een extra dienst of toepassen van een ander tarief).”

Om een goed inzicht te bewerkstelligen op het vlak van het verband tussen de begrippen “datamining”, “profilering” en “geautomatiseerde besluitvorming”, enerzijds, en de commerciële doeleinden bedoeld in het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, tweede en derde lid, van het te wijzigen decreet, anderzijds, wordt het door de gemachtigde verstrekte antwoord het best geïntegreerd in de commentaar die in de memorie van toelichting wordt gegeven bij artikel 6 van het voorontwerp. Op die wijze wordt dan tevens aangegeven dat de door de decreetgever voorgestane regeling beoogt aan te sluiten op de begripsvorming die voortvloeit uit de AVG.¹⁹

¹⁹ Wat dan weliswaar op zich niet de risico's verhelpt die in het verleden reeds zijn toegeschreven aan bepaalde van de in het antwoord van de gemachtigde vermelde technieken. Zo wees het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 29/2018 van 15 maart 2018 erop dat de verwerkingstechniek van *profiling* “risico's [inhoudt] voor het recht op

Artikel 7

12. Het ontworpen artikel 2.7.2 van het te wijzigen decreet, luidt:

“De betrokkenen behouden de zeggenschap over hun persoonsgegevens conform de diverse rechten en plichten die de wetgever of decreetgever voorziet, tenzij op basis van de gevallen en onder de voorwaarden en waarborgen, bepaald door of krachtens wet of decreet”.

In de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 7 van het voorontwerp wordt gegeven, wordt het volgende vermeld:

“Dit artikel voegt aan het nieuwe ‘hoofdstuk VII. Beheer en verwerking van gegevens’, titel II van hetzelfde decreet, een artikel 2.7.2 toe dat stelt dat de betrokkene steeds het zeggenschap heeft over wat er met zijn persoonsgegevens gebeurt en dus voor verwerkingen die niet vastgelegd zijn in een wet of decreet een toestemming van de betrokkene vereist is”.

De draagwijdte die de ontworpen bepaling blijkens de aangehaalde commentaar heeft, zou duidelijker tot uitdrukking moeten komen in de tekst van het voorontwerp waarvan de redactie nu niet toelaat om de doelstelling die er blijkbaar aan ten grondslag ligt goed te onderkennen. Tevens dient ermee rekening te worden gehouden dat de betrokkenen ook rechtstreeks rechten kunnen ontleen aan bijvoorbeeld Europese verordeningen, terwijl in het ontworpen artikel 2.7.2 blijkbaar enkel rechten en plichten worden beoogd “die de wetgever of decreetgever voorziet”

Artikel 9

13. Het ontworpen artikel 2.7.4, eerste lid, van het te wijzigen decreet, luidt:

“De exploitant van een openbaar waterdistributienetwerk kan een beroep doen op derden voor de activiteiten, vermeld in artikel 2.7.1, § 1”.

In het ontworpen artikel 2.7.1, § 1 (artikel 6 van het voorontwerp), wordt bij de omschrijving van de desbetreffende activiteiten verwezen naar andere activiteiten die worden beschreven in bestaande bepalingen van het decreet. In sommige van die bepalingen wordt niet reeds voorzien in de mogelijkheid om een beroep te doen op derden (zie artikel 2.2.1 van het decreet waaraan wordt gerefereerd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, eerste lid, 1°). Op grond van andere bepalingen daarentegen bestaat wel reeds die mogelijkheid. Zo wordt in artikel 2.4.1, § 3, derde lid, van het decreet, bepaald dat de controles, bedoeld in artikel 2.4.1, §§ 1 en 2, van het decreet, door de waterleverancier of de bevoegde diensten van de Vlaamse Regering kunnen toevertrouwd worden aan de door de Vlaamse Regering erkende organen.²⁰ Overeenkomstig

bescherming van het privéleven van de betrokkenen (zie het *Explanatory Memorandum* bij de aanbeveling (2010)13 (...), punten 50-64) doordat onder meer verkeerde verbanden tussen kenmerken van een bepaald gedrag en personen kunnen worden gelegd [zodat derhalve] de wetgever [dient] te voorzien in voldoende waarborgen” (B.31). Deze opmerking kan evenzeer worden betrokken op het gebruik van de betrokken technieken waaraan immers niet enkel wordt gerefereerd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 4, derde lid (artikel 6 van het voorontwerp), maar – op een meer algemene wijze – tevens in het ontworpen artikel 2.7.7, tweede lid (artikel 12 van het voorontwerp).

²⁰ Er wordt aan artikel 2.4.1, §§ 1 en 2, van het decreet, gerefereerd in het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, eerste lid, 2°, respectievelijk 3°.

artikel 2.3.5, § 2, van het decreet, kan de exploitant voor de desbetreffende saneringsverplichting beroep doen op een derde, “zoals voorzien in artikel 2.6.1.3.3”.²¹

Er zou ter wille van de duidelijkheid in de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 9 van het voorontwerp wordt gegeven, het best worden vermeld hoe de mogelijkheid die in het ontworpen artikel 2.7.4, eerste lid, van het te wijzigen decreet, verleend wordt aan de exploitant om een beroep te doen op derden, zich verhoudt tot de mogelijkheid om een beroep te doen op derden die nu al bestaat met betrekking tot bepaalde activiteiten waarnaar wordt verwezen in het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, van het decreet.

Artikelen 10 en 11

14. In het ontworpen artikel 2.7.5, eerste lid, van het te wijzigen decreet (artikel 10 van het voorontwerp), worden de overheden die met toepassing van het ontworpen artikel 2.7.1, § 3, eerste lid, 2° (artikel 6 van het voorontwerp), toegang hebben tot de desbetreffende gegevens, ertoe verplicht om die gegevens uitsluitend te verwerken “met het oog op het verwezenlijken van de doeleinden bepaald door of krachtens de wet, het decreet of de ordonnantie die de betreffende overheid toegang verleent tot de betreffende gegevens” waarbij die overheden de verwerkingsverantwoordelijke zijn voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de betrokken doeleinden. Een gelijkaardige regeling is opgenomen in het ontworpen artikel 2.7.6 (artikel 11 van het voorontwerp), wat de instellingen en de rechtspersonen betreft die toegang hebben tot de betrokken gegevens met toepassing van het ontworpen artikel 2.7.1, § 3, eerste lid, 3°, van het te wijzigen decreet.²²

Aan de gemachtigde werd gevraagd welke overheden, instellingen en rechtspersonen zoal worden bedoeld en of daaronder wel degelijk ook overheden, instellingen en rechtspersonen kunnen vallen die afhangen van de federale overheid²³ of van een andere deelentiteit. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“De overheden’ kan slaan op alle mogelijke overheden, zolang zij gerechtigd zijn de gegevens te ontvangen uit hoofde van een wet, decreet of ordonnantie, zoals vermeld in het nieuw in te voegen artikel 2.7.1, §3, eerste lid, 2°. De vereiste gerechtigdheid van de betrokken overheid, is onlosmakelijk verbonden met de status van verwerkingsverantwoordelijke. De overdracht van de gegevens in die zin impliceert immers dat de betrokken overheid ook het doel en de middelen voor de verwerking van de persoon[s]gegevens vaststelt. Het artikel legt daarom, overeenkomstig artikel 26 van de AVG, de respectievelijke verantwoordelijkheden vast, door de doeleinden te beperken tot de doeleinden bepaald door of krachtens de wet, het decreet of de ordonnantie die de betreffende overheid toegang verleent tot de betreffende gegevens.

²¹ Zie het ontworpen artikel 2.7.1, § 1, eerste lid, 4°.

²² In het ontworpen artikel 2.7.6, eerste lid, lijkt te moeten worden verwezen naar “artikel 2.7.1, § 3, eerste lid, 3°” in plaats van naar “artikel 2.7.1, § 3, 2° en 3°”. In het ontworpen artikel 2.7.1, § 3, eerste lid, 2°, wordt immers enkel van “overheden”, en niet van “instellingen” of “rechtspersonen” melding gemaakt.

²³ Zo is bijvoorbeeld in de artikelen 101 tot 105 van de programmawet (I) van 29 maart 2012 de elektronische gegevensoverdracht van waterverbruik naar de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid geregeld voor de controle op het misbruik van fictieve adressen door de gerechtigden van sociale prestaties.

Hierbij kan u een aantal overheden terugvinden waarvan de sector vragen [kan] doorkrijgen m.b.t. de doorgifte van gegevens:

- VMM
- Agentschap Zorg en Gezondheid
- Wonen Vlaanderen i.k.v. domiciliefraude in de sociale huur en krotbestrijding
- Gemeenten (bv LAC-werking)
- RVA
- Belastings- en douaneautoriteiten, financiële onderzoeksdiensten.”

Zoals ook volgt uit de door de gemachtigde gegeven verduidelijking zal elke overheid “het doel en de middelen voor de verwerking van de persoonsgegevens” moeten vaststellen en moeten de ontworpen bepalingen onder de artikelen 10 en 11 van het voorontwerp op zo een wijze worden begrepen dat ermee geen afbreuk wordt gedaan aan de autonomie van de federale overheid en de andere deeltentiteiten om zelf de regels uit te werken ter naleving van de uit de AVG voortvloeiende verplichtingen met betrekking tot de overheden, instellingen en rechtspersonen waarvoor zij bevoegd zijn.²⁴ De aldus begrepen draagwijdte van de ontworpen artikelen 2.7.5 en 2.7.6 kan zo nodig in die zin worden verduidelijkt in de commentaar die in de memorie van toelichting bij de artikelen 10 en 11 van het voorontwerp wordt gegeven.

Artikel 13

15. Het ontworpen artikel 2.7.8 van het te wijzigen decreet stemt in ruime mate overeen met het bepaalde in artikel 4.1.11/6 van het Energiedecreet van 8 mei 2009, zoals ingevoegd bij artikel 14 van het decreet van 26 april 2019. De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 62.977/3 van 20 maart 2018 diverse vragen opgeworpen in verband met de overeenstemming van de bepaling die naderhand artikel 4.1.11/6 van het Energiedecreet is geworden met de AVG en meer in het bijzonder met artikel 82 ervan.²⁵ Het verdient daarom des te meer aanbeveling dat in de memorie van toelichting bij het voorontwerp zou worden verduidelijkt op welke wijze de ontworpen aansprakelijkheidsregeling zich verhoudt tot de regeling die ter zake is ingeschreven in de AVG.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

²⁴ Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 2.7.7, tweede lid (artikel 12 van het voorontwerp), dat evenmin zo kan worden gelezen dat ermee eenzijdig verplichtingen zouden kunnen worden opgelegd aan overheden, instellingen en rechtspersonen die niet van het Vlaamse Gewest afhangen.

²⁵ Adv.RvS 62.977/3 van 20 maart 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 26 april 2019 ‘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, en 7.1.5. van hetzelfde decreet’, opmerkingen 15.1 en 15.2 (*Parl.St.* Vl.Parl. 2017-18, nr. 1654/001, 199-200).