

## **Reactie consultatie wetsvoorstel energiewet**

Naar aanleiding van dit wetsvoorstel wil ik graag reageren op de voorgestelde implementatie van Richtlijn 2019/944 en hoe het recht op privacy en gegevensbescherming hierbij moeten worden geïnterpreteerd en toegepast in het kader van het functioneren van de slimme meter-systemen voor kleinverbruikers. Van 2010 tot 2017 heb ik, in het kader van mijn proefschrift, uitgebreid onderzoek gedaan naar de totstandkoming van Europees beleid en regelgeving rond slimme meters in de periode tussen 2006 en 2017. Uit mijn onderzoek blijkt dat de Europese Commissie het recht op privacy en gegevensbescherming in dit proces niet goed heeft geïnterpreteerd, noch toegepast en voor het belangrijkste deel zelfs buiten beschouwing heeft gelaten. Het lijkt er sterk op dat commerciële motieven hierbij een belangrijke rol hebben gespeeld. Nederland is hier tot nog toe niet al te kritisch in meegegaan. De maatschappij digitaliseert snel en het is slechts een kwestie van tijd voordat een kritische massa van burgers gaat inzien dat ze worden uitgerust met sub-optimale meters die hun privéleven en gegevens zonder noodzaak blootstelt aan de risico's van surveillance door het bedrijfsleven en de overheid. De implementatie van de Richtlijn 2019/944 is een uitgesproken kans om de effectieve borging van deze rechten te realiseren, zodat zelfbeschikking over energiedata daadwerkelijk aan de eindafnemers wordt gegarandeerd. Een succesvolle implementatie zou inhouden dat de burger actief kan deelnemen aan de energiemarkt én dat hij tegelijkertijd zijn privacy kan borgen. Een implementatie die dit niet toestaat impliceert dat er een uiterst onwenselijke situatie ontstaat waarin de ongelukkige keuze moet worden gemaakt tussen óf deelname aan de energiemarkt óf het behoud van informationele privacy. Het huidige wetsvoorstel zit op de goede weg, maar om de rechten van burgers effectief te borgen, moet er nog een belangrijke slag worden gemaakt.

Deze reactie ziet slechts op het privacy- en gegevensbeschermingsrechtelijke aspecten van dit voorstel. Voor overige punten spreek ik bij deze mijn steun uit voor de zienswijze ingediend door Innovation Matters.

### *Ontwerp van de slimme meter en het recht op privacy*

Het ontwerp van de slimme meter is cruciaal voor de ernst van de inmenging met het recht op respect voor het privéleven die plaatsvindt naar aanleiding van de gegevens die uit de meter zullen worden gelezen. Het recht op privacy wordt in Nederland beschermd middels de Nederlandse Grondwet, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de Grondrechten van de EU. De wetgever moet deze rechten respecteren bij het opmaken van wetgeving. Dit betekent dat de jurisprudentie van de Europese hoven die invulling geven aan deze rechten in hun rechtspraak rechtstreeks van toepassing is voor de reikwijdte en betekenis van deze rechten voor de Nederlandse rechtsorde. Er zijn drie belangrijke factoren bij het bepalen van de ernst van een inmenging met het recht op privacy door middel van gegevensverwerkingen: 1) de context van de gegevensverwerking; 2) de aard van de gegevens en 3) de mogelijke verdere verwerking van de gegevens in de toekomst. Als we deze factoren toepassen op de slimme meter en de voorgestelde wijze van functioneren onder het wetsvoorstel ontstaat het volgende beeld. 1) Burgers krijgen op basis van wetgeving ict-systemen in hun huis geplaatst die in de standaard situatie in staat zijn om een zeer gedetailleerd beeld vast te leggen van het gedrag van de burger achter de voordeur. Het ontwerp van het metersysteem bepaalt welke gegevens buiten de privésfeer van de burger worden gebracht. Voor het balanceren van het elektriciteitsnet zijn gegevens nodig in geaggregeerde vorm, toch wordt ervoor gekozen om de gegevens op een manier die tot de persoon herleidbaar zijn, uit de privésfeer te halen. De Nederlandse wet die de Richtlijn 2019/944 implementeert, bepaalt de belangrijkste elementen voor het ontwerp en kan derhalve ervoor zorgen dat de privacy wordt geborgd. 2) De gegevens betreffen het elektriciteitsgebruik per kwartier en het gasgebruik per uur (de detailgegevens). Deze gegevens vormen een reflectie van mensen hun activiteiten in hun huis, de privésfeer bij uitstek, en verdienen louter op basis van dit feit bijzondere bescherming. Daarnaast levert de verzameling van deze gegevens al snel voldoende informatie om een zeer compleet beeld te krijgen van bepaalde aspecten van het privéleven van de burger. Binnen de Nederlandse rechtspraak in het strafrecht zouden de voorgestelde metingen kunnen worden gekwalificeerd als 'stelselmatige observatie', waarbij extra

zware eisen gelden voor de inzet hiervan. 3) De detailgegevens zijn ook interessant voor verdere verwerking door andere partijen, waaronder die in de overheid, omdat ze een beeld kunnen geven van de woonsituatie achter de voordeur. Welke levensvorm er is, welke tijden mensen opstaan en naar bed gaan, etcetera. Al met al kunnen deze gegevens een uitgebreid inzicht bieden in mensen hun privéleven. Het toont aan dat het meetsysteem in potentie een surveillancesysteem is en dat alleen fundamentele keuzes in het ontwerp de burger kunnen behoeden voor een scenario waarin middels function creep de burger zijn woning mogelijk wordt getransformeerd tot een panopticum.

In de memorie van toelichting wordt hieromtrent in 11.2 bij ‘Gevolgen voor de burger’ niets gezegd. Het is net of deze kwestie niet bestaat. Dat is opmerkelijk in een tijd waarin de voorbeelden van overheidsdiensten die middels data-analyses hun modus operandi in de uitoefening van macht verhullen, terwijl burgers onder immer strengere wetgeving en immer afnemende middelen voor rechtsbescherming steeds vaker het slachtoffer worden van de datagedreven overheid. Dit wetsvoorstel en het meetsysteem dat het beoogt, zal de positie van deze overheid alleen maar verder versterken.

Dit laatste punt wordt bevestigd in artikel 4.1 lid 2 sub 3, waarin is bepaald dat “de toegang tot en uitwisseling van gegevens van een aangeslotene aan een ander op basis van een verplichting op grond van het bepaalde bij of krachtens een andere wet”. Dit gelezen in samenhang met artikel 4.11 creëert het beeld waarin er een data-silo wordt gemaakt van de hoogfrequente meetgegevens door de gegevensuitwisselingsentiteit. Meetgegevens van nuts-instellingen zijn op dit moment al opvraagbaar voor verschillende publieke autoriteiten en kunnen derhalve al worden gebruikt in de profileringspraktijken van de Nederlandse overheid. Deze gegevens kunnen onder andere worden opgevraagd onder de Wet SUWI. Dit betekent dat deze meetgegevens ook terecht konden komen in het Systeem Risico Indicatie (SyRI). Momenteel kunnen deze gegevens nog steeds terecht komen bij bijvoorbeeld de Stichting Inlichtingenbureau, de informatiemakelaar van de Nederlandse gemeentes. Als het metersysteem de toegang tot gedetailleerde gegevens buiten de regie van de burger brengt, ontstaat de reële mogelijkheid dat deze gegevens zullen worden gebruikt voor allerlei profileringspraktijken en dossiervorming. Slechts de mogelijkheid van het gebruik van deze gegevens creëert een vergezicht van een zéér vergaande surveillance-maatschappij, waarin mensen zich achter hun eigen voordeur nooit meer onbespied mogen wanen. Dit schrikbeeld staat haaks op een vrije democratische samenleving waarin basale mensenrechten worden gerespecteerd. Ontwerpbeslissingen rond de slimme meter omtrent het communiceren en opvraagbaar maken van meetgegevens vormen inmengingen met het recht op de persoonlijke levenssfeer en moeten volgens de Nederlandse Grondwet worden bepaald in een formele wet waarbij het parlement betrokken wordt. Het feit dat dit vanaf het begin niet is gedaan, doet niet af aan het feit dat de Nederlandse wetgever tot dusver heeft nagelaten om zich aan haar plichten te houden.

#### *Verantwoordelijkheid voor het ontwerp van het systeem*

De verantwoordelijkheid van het ontwerp van het systeem wordt in artikel 19 lid 1 van de Richtlijn 2019/944 gelegd bij de lidstaat. De overheid, en in deze dus de wetgever, is verantwoordelijk voor hoe het systeem wordt ontworpen. Echter, op het meest fundamentele punt, de achilleshiel van de privacy, blijft dit wetsvoorstel stil. Het is al meer dan 10 jaar bekend dat smart grids kunnen functioneren zonder dat slimme meters hoogfrequente gegevens herleidbaar doorsturen naar partijen zoals de netbeheerder.<sup>1</sup> De privacy-inbreuk die de slimme meter nu maakt betekent dat mensen

---

<sup>1</sup> Klaus Kurasawe, George Danezis and Markulf Kohlweiss ‘Privacy-friendly Aggregation for the Smart-grid’ (Microsoft Research, 2011) < <https://www.microsoft.com/en-us/research/publication/privacy-friendly-aggregation-for-the-smart-grid/?from=http%3A%2F%2Fresearch.microsoft.com%2Fpubs%2F146092%2Fmain.pdf> > accessed 5 June 2018; Information and Privacy Commissioner of Ontario and The Future of Privacy Forum, ‘SmartPrivacy for the Smart Grid: Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation’ (Information and Privacy Commissioner of

moeten kiezen tussen óf deelname aan de nieuwe energiemarkt en hun privacy opgeven, óf met een oude meter hun privacy behouden zonder deelname. Terwijl de stand van de techniek het eenvoudig mogelijk maakt om middels homomorfe encryptie en de keuze waarvoor de burger zich ziet gesteld wordt ondersteund door een vals argument van de overheid, namelijk het uitgesloten midden. De slimme meter en het data-opslagregime resulteert in gedwongen dataretentie van gevoelige gegevens en staat daarmee haaks op het recht op privacy. Wat dit wetsvoorstel beoogd is vergelijkbaar met de dataretentierichtlijn uit 2006 die inmiddels door het EU Hof van Justitie ongeldig is verklaard wegens strijd met het Handvest van de Grondrechten van de EU.

De burger geniet privacy- en gegevensbeschermingsrechtelijke bescherming vóórdát zijn gegevens worden gecommuniceerd aan de distributiesysteem-beheerder. Zodra de gegevens vanaf de slimme meter worden doorgestuurd of van afstand worden opgevraagd verliest de burger de controle over de gegevens en over de handelingen die op basis van deze gegevens tegenover hem of haar plaatsvinden. Ten onrechte wordt in het wetsvoorstel eraan voorbij gegaan aan het feit dat het privacy- en gegevensbeschermingsrecht, en met haar dus de eisen van doelbinding en dataminimalisatie, ook zien op het verzamelen en vastleggen van gegevens, kortom al op het moment voordat de gegevens worden gecommuniceerd aan de distributiesysteem-beheerder. Het vastleggen van regels in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens teneinde de persoonlijke levenssfeer te beschermen is de taak van de wetgever. Het is vanuit het oogpunt van rechtmatigheid en duurzaamheid van de transitie van de energiemarkt uitermate onwenselijk dat deze gevoelige kwestie wordt gereduceerd tot een vraagstuk rond toegang en uitwisseling op het moment dat de gegevens zijn verkregen door de distributiesysteem-beheerder. Een burger die deelneemt aan de energiemarkt en daarbij zijn privacy bewaard, is een reële mogelijkheid die technisch realiseerbaar is. Bovendien is het een mogelijkheid die volgt uit een juiste interpretatie en toepassing van het recht op privacy en de bescherming van persoonsgegevens (artikel 7 en 8 Handvest) en de AVG. Vanuit het Handvest en het EVRM rust er een positieve plicht op de Nederlandse wetgever om de bescherming van de privésfeer te eerbiedigen en de toepassing hiervan te bevorderen (artikel 7, 8 en 51 lid 1 Handvest en artikel 8 EVRM). Als de wetgever dit nu doet leidt dit tot een toekomstbestendige, duurzame implementatie van de richtlijn waarin de fundamentele rechten van de Nederlandse burger worden gerespecteerd. Bovendien zorgt het ervoor dat het draagvlak voor de energietransitie zal worden vergroot en doordat de bereidheid van de burger om een slimme meter te gebruiken niet zal afnemen door het chilling effect dat uitgaat van de mogelijkheid dat de slimme meterdata tegen hen zal worden gebruikt.

Kortom, Nederland heeft bij de implementatie van Richtlijn 2019/944 verplichtingen die volgen uit de Nederlandse Grondwet, alsmede verplichtingen die volgen uit internationale verdragen en de AVG. Daarnaast speelt de kwestie van de duurzaamheid van de gekozen oplossing in deze. De duurzaamheid van een eerlijke energiemarkt waarin de privacy van de burger wordt beschermd ligt in het verlengde van het rechtmatige handelen van de Nederlandse wetgever.