



Advies nr 25/2016 van 8 juni 2016

Betreft: Ontwerp van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het voorkomen, opsporen, vaststellen en bestraffen van energiefraude (CO-A-2016-033)

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (hierna "de Commissie");

Gelet op de wet van 8 december 1992 *tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens* (hierna WVP), inzonderheid artikel 29;

Gelet op het verzoek om advies van de Vlaams minister van Begroting, Financiën en Energie ontvangen op 17 mei 2016;

Gelet op het verslag van dhr. Van Der Kelen en dhr. Frank De Smet;

Brengt op 8 juni 2016 het volgend advies uit:

VOORAFGAANDE OPMERKING

De Commissie vestigt er de aandacht op dat er recent nieuwe Europese regelgeving inzake de bescherming persoonsgegevens werd uitgevaardigd: de algemene Verordening betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en de Richtlijn voor Politie en Justitie. Deze teksten verschenen in het Europese Publicatieblad van 4 mei 2016¹.

De verordening, meestal GDPR (general data protection regulation) genaamd, is van kracht geworden twintig dagen na publicatie, nl. op 24 mei 2016 en wordt, twee jaar later, automatisch van toepassing: 25 mei 2018. De richtlijn voor politie en justitie moet via nationale wetgeving omgezet worden tegen uiterlijk 6 mei 2018.

Voor de Verordening betekent dit dat vanaf 24 mei 2016, en gedurende de termijn van twee jaar voor de tenuitvoerlegging, op de lidstaten enerzijds een positieve verplichting rust om alle nodige uitvoeringsbepalingen te nemen en anderzijds ook een negatieve verplichting, de zogenaamde "onthoudingsplicht". Laatstgenoemde plicht houdt in dat er geen nationale wetgeving mag worden uitgevaardigd die het door de Verordening beoogde resultaat ernstig in gevaar zou brengen. Ook voor de Richtlijn gelden gelijkaardige principes.

Het verdient dan ook aanbeveling om desgevallend nu reeds op deze teksten te anticiperen. En het is in de eerste plaats aan de adviesaanvrager(s) om hier rekening mee te houden in zijn (hun) voorstellen of ontwerpen. De Commissie heeft in onderhavig advies, in de mate van het mogelijke en onder voorbehoud van mogelijke bijkomende toekomstige standpunten, alvast gewaakt over de hoger geschetste negatieve verplichting.

I. ONDERWERP EN CONTEXT VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. De Commissie ontving op 17 mei 2016 een adviesaanvraag van de Vlaams minister van Begroting, Financiën en Energie (hierna "de aanvrager") over het Ontwerp van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009² (hierna "het Energiedecreet"), wat betreft het voorkomen, opsporen, vaststellen en bestraffen van energiefraude (hierna het "Ontwerp").

¹ 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)*.

Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad*

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>

² Decreet houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (aangehaald als het Energiedecreet), B.S., 7 juli 2009, laatst gewijzigd bij het decreet van 27 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake energie).

2. Het Ontwerp wijzigt het Decreet van 8 mei 2009 met het oog op een betere voorkoming, opsporing, vaststelling en sanctionering van energiefraude.

II. INHOUD VAN HET ONTWERP

1. Definitie van het begrip energiefraude

3. Artikel 2 van het Ontwerp voorziet de invoering van volgende definitie van "energiefraude" :

"elke actie van een netgebruiker, of diens lasthebber of gevolmachtigde, of van een aannemer, zowel actief als passief, die gericht is op het verkrijgen van een onrechtmatig voordeel. Daaronder wordt minstens verstaan:

- a) handelingen uitvoeren op het distributienet of op het plaatselijke vervoernet van elektriciteit zonder daartoe gemachtigd te zijn;*
- b) de aansluiting of meetinstallatie manipuleren;*
- c) meldingsverplichtingen die voortvloeien uit de toepassing van dit decreet, de uitvoeringsbesluiten ervan, het aansluitingsreglement, het aansluitingscontract of het technisch reglement niet uitvoeren;*
- d) informatie bezorgen die niet consistent of in overeenstemming met de werkelijkheid is in het kader van contract- of aansluitingsaanvragen;*
- e) informatie bezorgen die niet consistent of in overeenstemming met de werkelijkheid is in het kader van de aanvraag van groenestroomcertificaten of warmte-krachtcertificaten;*
- f) informatie bezorgen die niet consistent of in overeenstemming met de werkelijkheid is in het kader van subsidie- of premieaanvragen."*

2. Taak, gegevens, onderzoeks- vaststellings- en sanctiebevoegdheden

4. De Commissie merkt op dat er een verschil bestaat tussen het opdragen van een wettelijke taak en het verlenen van een onderzoeksbevoegdheid.
5. Artikel 3 van het Ontwerp³ voert een nieuwe taak in voor de distributienetbeheerders voor elektriciteit en aardgas en de beheerder van het plaatselijk vervoersnet voor elektriciteit, namelijk "het actief opsporen en vaststellen van alle vormen van energiefraude en het nemen van maatregelen om energiefraude te vermijden".

³ Art. 3. Aan artikel 4.1.6 van hetzelfde decreet, laatst gewijzigd bij het decreet van 8 juli 2011, wordt een punt 15° toegevoegd, dat luidt als volgt:
"15° alle vormen van energiefraude actief opsporen en vaststellen, en maatregelen nemen om energiefraude te vermijden."

6. Deze taak heeft betrekking op de (alle) gegevens "*waarover ze voor de uitoefening van hun taken, vermeld in artikel 4.1.6, beschikken, of de gegevens die voor hen toegankelijk zijn of worden gemaakt, (die ze mogen) gebruiken om energiefraude op te sporen en vast te stellen*".⁴
7. Daarnaast voorziet het Ontwerp in onderzoeks- en vaststellingsbevoegdheden voor de distributienetbeheerders, met name :
- het gebruik van de (alle) gegevens waarover ze voor de uitoefening van hun taken, (...), beschikken, of de gegevens die voor hen toegankelijk zijn of worden gemaakt, (...) om energiefraude op te sporen en vast te stellen." (artikel 12 van het Ontwerp);
 - het opvragen en gebruiken van het ondernemingsnummer, het rijksregisternummer of het vreemdelingennummer (artikel 5 van het Ontwerp);
 - het opsporen en het verrichten van vaststellingen door de door de Vlaamse Regering aangewezen personeelsleden van de netbeheerders of de werkmaatschappijen met een bewijskracht tot bewijs van het tegendeel (artikel 16 van het Ontwerp);
 - het verlenen van toegangsbevoegdheid tot de "terreinen en gebouwen" voor de personeelsleden van de distributienetbeheerders of de werkmaatschappijen (artikel 16 van het Ontwerp).
8. Hoewel het Ontwerp niet expliciet verwijst naar de mogelijkheid voor de netbeheerders om aan data mining te doen, wordt deze mogelijkheid zowel vermeld in de nota aan de Vlaamse Regering als in de Memorie van Toelichting. De Memorie van toelichting stelt aangaande artikel 12 van het Ontwerp : "*De netbeheerders kunnen deze gegevens dus gebruiken voor alle vormen van monitoring en datamining, binnen de grenzen gesteld door de wetgeving ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer*". Artikel 12 van het Ontwerp vermeldt de mogelijkheid tot monitoring en data mining evenwel niet expliciet.
9. Tenslotte krijgen de distributienetbeheerders ook een dubbele sanctiebevoegdheid. Zij kunnen volgens de artikelen 10 en 11 van het Ontwerp de toevoer van elektriciteit of aardgas afsluiten, en de uitbetaling van groenestroomcertificaten, warmte-krachtkoppelingcertificaten, vergoedingen en premies die zijn ingesteld ter uitvoering van het energiedecreet opschorten, stopzetten of terugvorderen als er energiefraude wordt vastgesteld.

⁴ Artikel 12 van het Ontwerp.

III. ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

10. De Commissie onthoudt zich van het beoordelen van de artikelen van het Ontwerp die niet relevant zijn voor de toepassing van de WVP. Met name voorziet artikel 18 van het Ontwerp in bijkomende bevoegdheden voor de VREG om administratieve boetes op te leggen bij het verrichten van ongemachtigde handelingen of manipulaties op het distributienet of op het plaatselijk vervoersnet voor elektriciteit.

1. Legaliteitsbeginsel - Onderzoek van de kwaliteit van de wetgeving

11. De Commissie erkende eerder⁵ al de wettigheid van het generieke doeleinde van de verwerking die erin bestaat om bepaalde vormen van fraude aan te pakken, zoals de aanpak van de sociale fraude via het gebruik van fictieve adressen (zgn. "domiciliefraude").

12. Het opvragen van informatie over netgebruikers of andere natuurlijke personen om energiefraude op te sporen, te vermijden en/of te sanctioneren vormt een inmenging in de persoonlijke levenssfeer, die de regels dient te volgen van rechtsbronnen zoals artikel 8 EVRM, artikel 22 Grondwet, de WVP en het uitvoeringsbesluit van de WVP⁶.

13. Het voorzien van een algemene decretale basis in het Ontwerp voor distributienetbeheerders om voormelde taken en bevoegdheden uit te oefenen is een minimumvereiste, doch op zich niet voldoende om alle mogelijke inmengingen in het privé-leven van de betrokkenen te rechtvaardigen.

14. In het bijzonder werd de toegangsbevoegdheid tot (private) "terreinen en gebouwen"⁷ – in zoverre geen voorafgaande en schriftelijke toestemming van de bewoner werd verkregen – gekoppeld aan een machtiging door de politierechter (artikel 16 van het Ontwerp). Nu de klassieke huiszoeking wel wordt gekoppeld aan voorwaarden, valt het op dat het gebruik van de nieuwste digitale onderzoeksmethodes die de facto een digitale gedragsmonitoring binnen de woonst inhouden niet worden gekoppeld aan een passende decretale omkadering en voorwaarden die moeten worden nageleefd door de distributienetbeheerders. De Commissie wijst er op dat data mining van de gegevens uit slimme meters waarover de distributienetbeheerders vandaag reeds beschikken een nieuwe observatietechniek van het gedrag van bewoners inhoudt die analoog kan werken als de klassieke, fysieke observatietechnieken. Uit de literatuur en rechtspraak over de aanpak van de

⁵ Zie punt 10 van het advies 06/2012.

⁶ Koninklijk besluit van 13 februari 2001 *ter uitvoering van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens*, gepubliceerd op http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/CONS_kb_uitvoering_privacywet_13_02_2001.pdf

⁷ Zie bij analogie de literatuur rond het fiscale visitatierecht in onder meer het Tijdschrift voor Fiscaal Recht, januari 2014, n° 453-454.

fiscale fraude blijkt dat het inzetten van proactieve onderzoekbevoegdheden niet arbitrair door de controleurs kan worden ingevuld, en dat "fishing expeditions"⁸ ontoelaatbaar zijn.

15. Volgens artikel 8 EVRM en artikel 22 Grondwet moet het decreet voldoen aan een aantal kwaliteitsvereisten⁹. Het Ontwerp moet voldoende precies en dus voorzienbaar zijn. De wetgeving dient volgens de rechtspraak van het EHRM zelfs extra precies te zijn¹⁰ en nog bijkomende procedurele garanties te voorzien¹¹, indien het gaat om maatregelen van onderzoeken met een zekere schaalgrootte (grotere populaties) waarvan de betrokkenen niet op de hoogte zijn. Ook uit de adviezen van de Raad van State en de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijken dergelijke kwaliteitsvereisten als het gaat om maatregelen van opsporing, onderzoek en controle door de overheid.

16. Het is volgens een bestendige jurisprudentie van de Commissie aanbevolen in een wettelijke verankering te voorzien, ten minste voor de volgende wezenlijke elementen¹²:

1.1. De verantwoordelijke voor de verwerking

17. De Commissie wijst op de vereiste in artikel 1 § 4 WVP om de verantwoordelijke voor de betrokken verwerking(en)¹³ krachtens de wetgeving aan te duiden.

18. Deze vereiste is vooral relevant in het licht van de complexiteit van de energiemarkt, en de diverse actoren die vandaag of morgen kunnen betrokken worden bij de beoogde gegevenskruising en data mining. Het Ontwerp verschaft geen kader voor de verantwoordelijkheidstoewijziging van de actoren (bvb potentiële gegevensleveranciers zoals het Vlaams Energieagentschap (hierna "VEA"), energieleveranciers die slimme meters voor de distributienetbeheerder plaatsen,...) die binnen enkele jaren betrokken zullen worden bij de fraudeanalyses van de distributienetbeheerders (bvb als leverancier van persoonsgegevens, als onderaannemer om een data mining dienst te verlenen, als "data scientist",...).

⁸ Bij een fishing expedition "hengelt" een partij naar informatie bij een wederpartij zonder exact te weten welke informatie deze wederpartij heeft. Er wordt bijvoorbeeld een gerechtelijk verzoek ingediend om in het kader van het vergaren van bewijs voor een procedure afgifte van stukken en bescheiden van de wederpartij te krijgen in de hoop dat er iets in deze stukken zit dat een vordering zou kunnen ondersteunen.

⁹ EHRM 4 mei 2000, Rotaru, § 52.

¹⁰ Zie EHRM, zaken Kruslin, Huvig, en Kopp t Zwitserland van 25 maart 1998, en Amann vs. Zwitserland van 16 februari 2000 (geheime interceptie van een telefoongesprek aan betrokkene vanuit de Sovjetambassade).

¹¹ EHRM, Kruslin t Frankrijk.

¹² Zie randnummer 16 van het advies 45/2013 van 2 oktober 2013 *betreffende het Waals landbouwwetboek*, gepubliceerd op http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/advies_45_2013.pdf.

¹³ Data mining en levering van gegevens.

1.2. De aard van de verwerking (onderzoeksbevoegdheid)

19. Hoewel het volgens de Memorie van toelichting de bedoeling is dat distributienetbeheerders "data mining" verrichten, bevat het Ontwerp geen enkele expliciete wettelijke bepaling dienaangaande. Indien het gebruik van big data, data mining en/of profilering in toenemende mate wordt verlangd door de wetgever binnen en buiten de publieke sector om diverse vormen van fraude te onderzoeken, te voorkomen en te sanctioneren, dan dient dit expliciet in de wetgeving te worden vermeld en niet impliciet te worden gesuggereerd.

1.3. De categorieën verwerkte gegevens en de geïsoleerde bevolkingsgroep

20. De Commissie stelt vast dat de gegevens die de distributienetbeheerder kan verwerken niet duidelijk zijn beperkt, net zomin als de bevolkingsgroep die aan bijkomende controlemaatregelen zal worden onderworpen : de begunstigde van energieprijzen en groenestroomcertificaten en/of alle afnemers van energie in Vlaanderen ?
21. Vanuit puur data mining perspectief is het moeilijk om a priori criteria vast te leggen die het mogelijk maken om met data mining zo nauwkeurig mogelijk fraude op te sporen. Dit kan zelfs contraproductief werken doordat men veel meer vals positieven zal hebben door het gebruik van niet optimale criteria. Het opsporen van criteria of variabelen die men in een bepaald model gebruikt door data mining zal dus vanuit technische invalshoek best gebeuren vertrekkende van een dataset met zoveel mogelijk variabelen (en dus ook diegene waar men op voorhand niet zeker van is of ze informatie bevatten). Dit noemt men in het data mining jargon "feature selectie".
22. Vanuit de regelgeving aangaande de bescherming van privacy en persoonsgegevens zullen er evenwel noodzakelijkerwijs beperkingen moeten worden gesteld. Eventueel kan een compromis worden gezocht door een onderscheid te maken tussen de fase van modelconstructie (waar men dan moet uitmaken welke variabelen echt belangrijk zijn aan de hand van anonieme data bv) en de fase van gebruik van het model.
23. Ook zijn de mogelijke gegevensstromen die zullen worden opgezet niet duidelijk afgebakend. Zo is niet denkbeeldig dat de netbeheerders in de toekomst gegevens van het VEA zouden willen opvragen, omdat de distributienetbeheerders vandaag niet weten of de gesubsidieerde installaties en isolatiemaatregelen beantwoorden aan de VEA normen, terwijl niet conform de normen verkregen premies kunnen vallen onder het begrip "energiefraude".

1.4. De bewaring van de gegevens

23. Er dient aandacht te gaan naar een bewaringsmechanisme van de verkregen gegevens (resultaten van de data mining analyses en de bijkomende vaststellingen en beoordelingen,...). Wellicht kan hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen de (wijze van) bewaring van de relevante gegevens enerzijds, en de (verwijdering van de) irrelevante gegevens (bvb vals positieve gegevens) anderzijds.
24. Aanvullend onderzoek kan ook vals negatieve resultaten opleveren (bv. waar men initieel geen bijkomende elementen vindt, maar waar later – binnen de verjaringstermijn - toch blijkt dat er meer aan de hand is). Het is dus soms moeilijk om op een bepaald ogenblik een "indicator van fraude" te classificeren als definitief vals positief (achteraf kan blijken dat het toch over een "true positive" gaat). Het vragen van een kortere bewaartermijn voor vals positieven heeft dus ook zijn nadelen. Er zijn hier dus ook argumenten om niet te differentiëren in de bewaartermijn, en om een bewaringsmechanisme te omschrijven.
25. De Commissie is van oordeel dat het Ontwerp op de punten vermeld in de voormelde randnummers 17 tot en met 24 tekort schiet teneinde te voldoen aan de kwaliteitsvereisten waaraan het Ontwerp dient te voldoen. Het Ontwerp had derhalve minstens de opdracht moeten verlenen aan de Vlaamse Regering om de vier voormelde punten te verduidelijken, na advies van de Commissie.

2. Proportionaliteitsbeginsel en vereiste van verenigbaar gebruik

26. Het toestaan aan de distributienetbeheerders om "alle mogelijke vormen van monitoring en data mining" te verrichten (zelfs indien het Ontwerp of een uitvoeringsbesluit van de Vlaamse Regering dit expliciet zou vermelden) kan de Commissie geen proportionele maatregel achten die noodzakelijk moet worden geacht in een democratische maatschappij, zoals vereist door (onder meer) de artikelen 8 EVRM en 22 Grondwet. Een vorm is het continu monitoren van het energetisch gedrag van alle Vlaamse gebruikers (natuurlijke personen) van elektriciteit (huishoudens, KMO's). Dergelijke extreme vorm van monitoring kan niet worden beschouwd als een noodzakelijke maatregel in een democratische maatschappij om een legitiem doel (fraudebestrijding) na te streven.
27. Het is dus essentieel dat aan elke onderzoeksbevoegdheid steeds grenzen en waarborgen worden gekoppeld door de wetgever, zonder dewelke er geen enkele garantie bestaat tegen willekeurig gebruik (misbruik) van onderzoeksbevoegdheid door de betreffende actoren.

28. De Commissie stelde eerder in het dossier van de sociale fraude¹⁴ dat het proportionaliteitsbeginsel zich verzet tegen het continu onder surveille plaatsen van een ganse groep in de bevolking (bvb alle gebruikers van elektriciteit of gas in Vlaanderen of iedereen die ooit een energiepemie kreeg) zonder duidelijke waarborgen.
29. Volgens artikel 4 § 1, 2° WVP dienen persoonsgegevens niet verder te worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinden. Wat het aspect data mining en monitoring betreft dient de wetgever expliciet data mining en monitoring te voorzien als gewenste maatregel, zoniet wordt artikel 4 § 1, 2° WVP geschonden.

3. Waarborgen

30. De Commissie wijst op de evolutie in de recente literatuur¹⁵ rond "big data, data mining en profilering", die aandacht geeft aan de maatschappelijke eis van verantwoord gebruik van deze technieken. Hieruit blijkt de nood om in het Ontwerp een aantal minimumwaarborgen op te sommen die een oordeelkundig gebruik van de techniek van data mining door de distributienetbeheerders moet garanderen, als passende waarborgen die mogen worden verwacht in een democratische samenleving. De Commissie herhaalt een aantal elementen uit deze literatuur hierna.
31. Het Ontwerp dient dan ook passende waarborgen te voorzien (of minstens de opdracht te geven aan de Vlaamse Regering om deze waarborgen te bepalen) om de betrokkenen een verantwoord gebruik van de techniek van data mining te garanderen. De waarborgen die volgens de Commissie moeten worden vermeld in het Ontwerp om een maatschappelijk verantwoord gebruik van monitoring en/of data mining te garanderen zijn de volgende :

3.1. Transparantie (zie hierna)

32. Het Ontwerp moet transparantie naar de betrokkenen en derden garanderen die veel verder gaat dan een jaarlijkse rapportering van een actieplan aan de minister (artikel 9 van het Ontwerp).

3.2. Het voorzien van garanties bij de analyse van gegevens van natuurlijke personen

¹⁴ Advies 24/2015 van 27 juni 2015.

¹⁵ Zie het recente rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Big Data in een vrije en veilige samenleving, University Press Amsterdam, gepubliceerd op http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDF-Rapporten/rapport_95_Big_Data_in_een_vrije_en_veilige_samenleving.pdf.

33. Er blijkt niet dat de verwerkte persoonsgegevens met het oog op de aanpak van energiefraude op geautomatiseerde wijze zullen worden doorgestuurd door de distributienetbeheerders aan derden. Omdat de bestaande regelingen van de machtigingsvereisten dergelijk externe fluxen vereisen stelt de Commissie vast dat het geenszins zeker is dat gegevensfluxen zullen worden gemachtigd door een sectoraal comité of de Vlaamse toezichtcommissie.
34. De Commissie wees eerder op het werken met een pilootproject waarbij de criteria worden geëvalueerd, de noodzaak aan het trainen van het model, en het toepassen van diverse variabele en flexibele selectiecriteria die de toepassing van de techniek efficiënt en "op maat" houden waarbij vals positieve en vals negatieve resultaten worden geweerd.
35. In geval van het gebruik van voorspellende modellen ((semi-) supervised learning) werkt men best met twee fases. In eerste fase kan men een mathematisch model opstellen en trainen aan de hand van anonieme data met enkel inclusie van variabelen die significant bijdragen aan de performantie van het model. De nodige waarborgen dienen hier genomen te worden opdat het model goed generaliseert op onafhankelijke test data zodanig dat de nauwkeurigheid van de voorspellingen optimaal is. In een latere fase, bij operationeel gebruik van het model dat in de vorige fase werd getraind, zou er dan enkel toegang kunnen zijn tot de variabelen die geïnccludeerd werden in het model (fase met "singling out" en/of identificatie van de betrokkene).
36. Het blijkt derhalve noodzakelijk om in het PV van vaststellingen toe te lichten op welke wijze werd omgesprongen met de resultaten van de data mining analyse (en hoe deze werden bekomen) in een concreet dossier en wat de foutenmarge (vals positieven en vals negatieven) is. De decreetgever (of een uitvoeringsbesluit van de Vlaamse Regering) dient er voor te zorgen dat de betrokkene ten allen tijde beschikt over evenveel of minstens gelijkwaardige procedurele waarborgen als bij de aanpak van andere vormen van fraude.

3.3. Het voorzien van garanties bij de toepassing van de analyses op natuurlijke personen

37. Bij de toepassing van data mining analyses op natuurlijke personen zal het oordeelkundig gebruik van deze techniek moeten worden verzekerd. Naast een goede kennis over statistiek en technieken gebruikt in big data, data mining en profilering zullen volgende waarborgen oordeelkundig gebruik moeten garanderen, met respect voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen :
1. het opstellen door de distributienetbeheerders van een globaal intern rapport van onderzoeksdaden, naast het opstellen van een proces-verbaal van vaststellingen;

2. een regeling van de mogelijkheid van bezwaar door de betrokkene tegen de vaststellingen, al dan niet verricht met behulp van data mining;
3. continue opvolging door de distributienetbeheerders van de risico's van de techniek van data mining voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen, waaronder opname geautomatiseerde vormen van toezicht in de bestaande privacyeffectbeoordeling¹⁶ (zie verwijzing naar de GDPR in fine);
4. het voorzien van een zorgvuldigheidsverplichting voor de netbeheerders om kwaliteitsvolle analyses van persoonsgegevens te verrichten, en om te waken over de deugdelijkheid van de analysemethodes;
5. continue evaluatie en aanpassing van de gebruikte data mining methode door de distributienetbeheerders, waaronder het doorvoeren van sociale correcties op de vastgestelde correlaties om het risico op discriminatie van bepaalde bevolkingsgroepen te vermijden.

3.4. Het garanderen van waarborgen tot onafhankelijke sanctionering en onafhankelijk extern toezicht

38. De mogelijkheid voor dezelfde instantie (distributienetbeheerders) om zowel onderzoeken te voeren als sancties op te leggen (afsluiten van water of energie) roept vragen op naar de mate van onafhankelijkheid en budgettaire ruimte van de distributienetbeheerders om de nieuwe bevoegdheden behoorlijk uit te oefenen. Cruciaal is dat er geen belangenvermenging is bij diegene die sancties oplegt. Zoals gekend besliste de federale Regering om de Commissie te hervormen, waarbij de taken van onderzoek en beslissing worden voorbehouden aan verschillende kamers. Ook andere instanties (bvb FSMA) hebben een gelijkaardige verdeling van de taken van onderzoek en sanctionering.
39. Derhalve wenst de Commissie dat bij de distributienetbeheerders ook minstens wordt voorzien in "schotten" tussen de verzameling, analyse en modellering van de gegevens en het gebruik ervan (sanctionering, beleidsmatige analyses van energiefraude)¹⁷. Er dient ook een onafhankelijk toezicht op het gebruik van data mining door de distributienetbeheerders te worden geïnstalleerd, net als een mogelijkheid van (collectief) verhaal voor de groep van betrokkenen die worden geconfronteerd met bepaalde fraudeprofielen (bvb eigenaars van zonnepanelen,...).

¹⁶ Zie de aanbeveling 2012/148/EU van de Europese Commissie van 9 maart 2012 inzake de voorbereiding van de uitrol van slimme metersystemen, gepubliceerd op <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:073:0009:0022:NL:PDF> en de Aanbeveling 2014/724/EU van de Europese Commissie van 10 oktober 2014 betreffende het model voor de privacyeffectbeoordeling van slimme netten en slimme metersystemen, gepubliceerd op <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0724&from=EN>

¹⁷ EHRM, 26 juni 2006, Weber en Saravia vs. Duitsland.

4. Verwerking van het ondernemingsnummer, het Rijksregisternummer of het vreemdelingsnummer door de distributienetbeheerders en de VREG(titre)

40. De artikelen 5 en 13 van het Ontwerp voegen volgende bepalingen toe aan het energiedecreet :

"Art. 4.1.26/2. De netbeheerders kunnen voor de unieke identificatie van netgebruikers het ondernemingsnummer, het rijksregisternummer of het vreemdelingsnummer opvragen en gebruiken."

"De VREG kan voor de unieke identificatie van de gebruikers van de databank het ondernemingsnummer, het rijksregisternummer of het vreemdelingsnummer opvragen en gebruiken."

41. In zoverre dit volgens de Raad van State een machtiging vormt om het Rijksregisternummer te gebruiken, zijn de bepalingen van de Wet Rijksregister¹⁸ van toepassing op de netbeheerders en de VREG.

42. De Commissie is ook van oordeel dat het gebruik van de voormelde identificatienummers door de wetgever expliciet moet worden gekoppeld aan de taakomschrijving die wordt vermeld in het Ontwerp. Hergebruik voor de andere taken van de distributienetbeheerders is derhalve niet mogelijk, gelet op de vereiste van verenigbaar gebruik in artikel 4 WVP.

5. Transparantie en rechten van toegang en verbetering van de betrokkenen

5.1. Transparantie van de vaststellingen die bewijskracht (kunnen) krijgen tot bewijs van het tegendeel

43. Artikel 16 van het Ontwerp voegt volgende bepaling in in het energiedecreet :

"(...) Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie wijst de Vlaamse Regering binnen de grenzen en onder de voorwaarden die ze bepaalt, de personeelsleden van de netbeheerders of de werkmaatschappijen aan om energiefraude op te sporen en vast te stellen. Hun proces-verbaal heeft bewijskracht tot het tegenbewijs wordt geleverd."

¹⁸ Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, B.S., 21 april 1984.

44. De Commissie stelt vast dat de bepaling aangaande de bewijskracht van de vaststellingenruim is opgesteld. Zij wenst dat er enerzijds een nuancering wordt ingevoerd dat de bewijskracht niet geldt voor alle vermeldingen van het proces-verbaal op zich, maar enkel voor de zintuiglijke vaststellingen. Anderzijds dienen de vaststellingen te worden gemeld aan de betrokkene binnen een korte tijd na de vaststellingen (bvb 8 dagen) met de verwittiging dat de bewijskracht zal gelden tot bewijs van het tegendeel.
45. Niet alle informatie die verkregen is met behulp van data mining kan gelden tot bewijs van het tegendeel, hetgeen het Ontwerp evenwel niet uitsluit. Classificatie geeft soms vals positieve (of vals negatieve) resultaten. Resultaten van data mining analyses kunnen hoogstens een knipperlicht of aanwijzing zijn om verder onderzoek te sturen, en de wetgever dient waarborgen te voorzien die moeten voorkomen dat fraude enkel op basis van een correlatie of de uitkomst van een profilering wordt vastgesteld.

5.2. Transparantie van de methodologische keuzes en nauwkeurigheid van de modellen

46. Cruciaal is – zowel ten opzichte van de betrokkene als ten opzichte van de toezichthouders – dat er in de processen-verbaal en op de websites van de distributienetbeheerders transparantie wordt verschaft betreffende de methodologische keuzes (keuze van de (trainings)algoritmen en modelstructuur, keuze eventuele parameters, gebruikte variabelen, ...) om fraude te detecteren en dat die ter beschikking worden gesteld zodanig dat gegevensverwerkingen zo reproduceerbaar mogelijk zijn.
47. Belangrijk is ook om zo transparant mogelijk te zijn over de nauwkeurigheid/performance van eventueel gebruikte modellen (op onafhankelijke test data), zodanig dat de foutenmarge van de profilering duidelijk wordt. Dit moet de betrokkene in staat stellen om zich indien nodig te verdedigen tegen beslissingen die over hem/haar worden genomen – en die trouwens nooit (semi-)automatisch mogen gebeuren – en waar data mining analyses een rol in hebben gespeeld.

5.3. Toegang en verbetering toegepast op de data mining analyses en bijkomende vaststellingen en appreciaties

48. De Commissie verzoekt tenslotte om ook aandacht te schenken aan de toepassing van de artikelen 9, 10 en 12 WVP ten aanzien van de fraudeappreciaties door de distributienetbeheerders.

OM DEZE REDENEN,

De Commissie erkent de legitimiteit van het generieke doeleinde van de verwerking die erin bestaat om energiefraude efficiënt aan te pakken met behulp van moderne onderzoekstechnieken zoals gebruikt in big data, data mining en/of profilering.

De Commissie verleent echter een **ongunstig advies** over artikel 12 van het Ontwerp. Dit artikel laat immers "alle vormen van monitoring en data mining" toe, hetgeen de Commissie niet conform de vereisten van wettelijkheid en proportionaliteit acht. Dit dient gespecificeerd te worden. Ook bevat het Ontwerp geen substantiële bepalingen die aangepast zijn aan de techniek van monitoring en data mining, noch afdoende concrete garanties om een maatschappelijk verantwoord gebruik van monitoring en data mining te garanderen.

De Commissie verleent een **gunstig advies** voor alle overige aspecten van het Ontwerp.

De Commissie behoudt zich het recht voor om, ook buiten de context van het Ontwerp en in navolging van recente buitenlandse adviezen, meer algemeen bijkomende aanbevelingen te verlenen aangaande de substantiële bepalingen en waarborgen die de wetgever dient te voorzien bij het gebruik van data mining, big data en/of profilering, onder meer bij het bestrijden van fraude.

De Wnd. Administrateur,



De Voorzitter,

(get.) An Machtens

(get.) Willem Debeuckelaere

Voor eensluidend verklaard afschrift:

An Machtens,

Wnd. Administrateur 10.06.2016