

## Geautomatiseerde besluitvorming en profilering

Artikel 22 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) bepaalt dat een betrokkene het recht heeft om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit, inclusief profilering, dat rechtsgevolgen heeft of hem anderszins in aanzienlijke mate raakt.

In de praktijk bestaat vaak het misverstand dat profilering in principe verboden zou zijn. Dat is echter niet correct. Profilering is alleen verboden wanneer het onder geautomatiseerde besluitvorming valt en geen van de drie uitzonderingen uit de AVG van toepassing is.

Dit artikel belicht wat geautomatiseerde besluitvorming precies inhoudt en hoe profilering daarin past.

### 1. Wat houdt geautomatiseerde besluitvorming in?

Volgens artikel 22 AVG is er sprake van geautomatiseerde besluitvorming wanneer een beslissing:

1. gebaseerd is op persoonsgegevens;
2. zonder enige menselijke tussenkomst tot stand komt; en
3. rechtsgevolgen of andere significante gevolgen heeft voor de betrokkene.

Om onder deze definitie te vallen, moet de besluitvorming volledig geautomatiseerd zijn, wat inhoudt dat er geen betekenisvolle menselijke tussenkomst is die het proces beïnvloedt.

Verder moeten dergelijke uitsluitend geautomatiseerde besluiten rechtsgevolgen kunnen hebben voor de betrokkenen (bv. de beëindiging van een overeenkomst of de weigering van een sociale uitkering) of andere belangrijke gevolgen (bv. het weigeren van een lening).<sup>1</sup>

### 2. Regels rond geautomatiseerde besluitvorming

De AVG bepaalt dat de betrokkenen het recht hebben om niet te worden onderworpen aan uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming.<sup>2</sup> Het betreft dus veeleer een algemeen verbod voor ondernemingen om deze techniek te gebruiken dan een recht voor de betrokkenen, ook al zijn de regels inzake geautomatiseerde besluitvorming wel opgenomen in hoofdstuk III AVG 'Rechten van de betrokkene'.

De AVG bevat drie uitzonderingen op het algemeen verbod voor ondernemingen om gebruik te maken van uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming<sup>3</sup>:

#### 1. Noodzakelijk voor een overeenkomst:

Geautomatiseerde besluitvorming is toegestaan wanneer het noodzakelijk is voor de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst. Het betreft situaties waarbij een routinematige menselijke tussenkomst – omwille van de hoeveelheid verwerkte

persoonsgegevens – onpraktisch of onmogelijk is en geautomatiseerde besluitvorming de meest doeltreffende methode is om het doel te bereiken. Denk hierbij aan een werkgever die tienduizenden sollicitaties ontvangt en geautomatiseerde methoden gebruikt om een voorselectie te maken van mogelijke kandidaten.<sup>4</sup>

#### 2. Toegestaan bij wet:

Geautomatiseerde besluitvorming is toegestaan indien die berust op een Unierechtelijke of nationale wettelijke bepaling die voorziet in passende waarborgen, bijvoorbeeld voor de preventie en controle van belastingfraude en -ontduiking.<sup>5</sup>

#### 3. Toestemming van de betrokkene:

De betrokkene heeft expliciet ingestemd met de geautomatiseerde verwerking.<sup>6</sup>

Let op: geautomatiseerde besluitvorming is altijd verboden ten aanzien van kinderen, ongeacht de uitzonderingen.

#### Waarborgen voor betrokkenen

Indien een verwerkingsverantwoordelijke gebruikmaakt van uitzondering 1 of 3, moet hij passende maatregelen treffen om de rechten en vrijheden van betrokkenen te beschermen. Dit omvat:

- het opnemen van de verwerking in de privacyverklaring, inclusief uitleg over de onderliggende logica, het belang en de verwachte gevolgen<sup>7</sup>;
- de mogelijkheid voor de betrokkene om menselijke tussenkomst te vragen, zijn standpunt toe te lichten en het besluit aan te vechten.<sup>8</sup>

Wanneer geautomatiseerde besluitvorming is toegestaan bij wet, dient de wet zelf in passende beschermingsmaatregelen te voorzien.<sup>9</sup>

Daarnaast is een gegevensbeschermingseffectbeoordeling verplicht minstens wanneer de besluitvorming systematische en uitgebreide beoordeling van persoonlijke aspecten omvat<sup>10</sup>, zoals bij verzekeringsaanvragen.

Tot slot is het aangewezen dat een verwerkingsverantwoordelijke die van plan is om uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming in te voeren, en meent een beroep te kunnen doen op één van de uitzonderingen, deze analyse intern documenteert gelet op de verantwoordingsplicht in artikel 5, lid 2 AVG.

### 3. Het SCHUFUFA-arrest: praktijkvoorbeeld

Het Hof van Justitie toetste in een arrest van 7 december 2023, bekend als het SCHUFUFA-arrest<sup>11</sup>, het verbod op geautomatiseerde besluitvorming. SCHUFUFA, een kredietagentschap, berekent kredietscores die kredietverstrekkers helpen beslissen over het al dan niet verstrekken van een lening.

<sup>1</sup> EDPB, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 6 februari 2018, 17/NL WP 251 rev.01, beschikbaar op de website van de EDPB (hierna 'Richtsnoeren van de EDPB inzake geautomatiseerde besluitvorming'), 25-26.

<sup>2</sup> Art. 22, lid 1 AVG.

<sup>3</sup> Art. 22, lid 2 AVG.

<sup>4</sup> Richtsnoeren van de EDPB inzake geautomatiseerde besluitvorming, 28.

<sup>5</sup> Overw. 71 AVG.

<sup>6</sup> A. FOCQUET (ed.), S. DEPREZ en J. MANNEKENS, *Handboek Gegevensbescherming in de diepte & in de praktijk*, Leuven, Lea Uitgevers, 2024, punt 4.20 e.v.

<sup>7</sup> Art. 13, lid 2, f) en art. 14, lid 2, g) AVG.

<sup>8</sup> Art. 22, lid 3 AVG.

<sup>9</sup> Art. 22, lid 2, b) AVG.

<sup>10</sup> Art. 35, lid 3, a) AVG.

<sup>11</sup> HvJ 7 december 2023, nr. C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, *Schufa*.

SCHUFA stelde dat een negatieve kredietscore geen beslissing vormt in de zin van artikel 22 AVG, omdat de uiteindelijke beslissing bij de kredietverstrekker ligt. Het Hof deelde die zienswijze echter niet en oordeelde dat het toekennen van een kredietscore op zichzelf al een geautomatiseerd besluit kan zijn, met aanzienlijke gevolgen voor de betrokkenen.

Dit arrest heeft grote implicaties: geautomatiseerde kredietscores zoals die momenteel in de EU worden toegepast, zijn verboden tenzij betrokkenen expliciet toestemming geven en de mogelijkheid krijgen om de kredietscore aan te vechten.

#### 4. Profilerings: een bijzonder geval

Artikel 4, 4) AVG definieert profilering als '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.'

Profilering houdt dus in dat persoonlijke kenmerken van een individu of groep worden geëvalueerd om deze personen vervolgens in een bepaalde categorie in te delen, met het doel analyses uit te voeren of voorspellingen te doen. Dat betekent niet dat elke indeling van personen automatisch als profilering kwalificeert. Het doel van de indeling is doorslaggevend. Wanneer de indeling bijvoorbeeld uitsluitend wordt gemaakt voor statistische doeleinden, zonder dat er voorspellingen worden gedaan of conclusies worden getrokken over een specifieke persoon, is er geen sprake van profilering.

Hoewel de definitie in artikel 4, 4) AVG spreekt over een 'geautomatiseerde' verwerking, sluit dit menselijke

<sup>12</sup> Richtsnoeren van de EDPB inzake geautomatiseerde besluitvorming, 26.

tussenkost niet uit. Voor de kwalificatie als profilering is vereist dat er enige mate van automatisering is. Het mag dus niet gaan om een zuiver manuele verwerking.

#### Profilering versus geautomatiseerde besluitvorming

Profilering kan bijgevolg een vorm van geautomatiseerde besluitvorming zijn, maar dat is niet noodzakelijk altijd het geval. Profilering valt pas onder het verbod op geautomatiseerde besluitvorming wanneer:

1. de verwerking volledig geautomatiseerd plaatsvindt, zonder betekenisvolle menselijke tussenkomst; én
2. de uitkomst rechtsgevolgen heeft of de betrokkene in aanzienlijke mate treft.

Gepersonaliseerde reclame is een goed voorbeeld. In de meeste gevallen zal het besluit om gerichte advertenties te tonen op basis van profilering niet onder het verbod op geautomatiseerde besluitvorming vallen, omdat een dergelijke profilering doorgaans geen significante gevolgen heeft voor betrokkenen. Er kunnen echter situaties zijn waarin gerichte reclame wél aanzienlijke gevolgen heeft, bijvoorbeeld wanneer personen met financiële moeilijkheden herhaaldelijk advertenties voor leningen met hoge rentes te zien krijgen, waardoor zij verder in de schulden raken.<sup>12</sup> Dit is overigens hoe dan ook verboden op basis van artikel VII.65, § 1, 1° WER.

#### Conclusie

Geautomatiseerde besluitvorming en profilering zijn complexe onderwerpen die nauwkeurig gereguleerd worden onder de AVG. Het is cruciaal voor organisaties om hun processen zorgvuldig te analyseren, passende waarborgen te bieden en de rechten van betrokkenen te respecteren.

■ Anouk Focquet

Advocaat-vennoot bij Faros

## Doctrine

# NIS 2: in 7 stappen voldoen aan de nieuwe cyberbeveiligingswetgeving

De wet van 26 april 2024 tot vaststelling van een kader voor de cyberbeveiliging van netwerk- en informatiesystemen van algemeen belang voor de openbare veiligheid, of afgekort de NIS 2, en het koninklijk besluit ter uitvoering daarvan, traden op vrijdag 18 oktober 2024 in werking.

Het doel van die wet is om de cyberbeveiligingsmaatregelen, het incidentenbeheer en het toezicht op entiteiten die essentiële diensten leveren voor het in stand houden van kritieke maatschappelijke of economische activiteiten te versterken.

De wet heeft betrekking op heel wat ondernemingen, die ofwel tot een bepaalde sector behoren ofwel actief zijn in de toeleveringsketen van de betrokken ondernemingen.

Gezien het belang van cyberveiligheid, was België er snel bij om de Europese NIS 2-richtlijn om te zetten in nationaal recht.

## 1. Waarom legt Europa een dergelijk wettelijk kader op?

Netwerken en informatiesystemen zijn in ons dagelijks leven een centraal element geworden. Verschillende cruciale maatschappelijke en economische activiteiten zijn vandaag de dag afhankelijk van die systemen om goed te functioneren. Dat impliceert ook dat het aantal cyberincidenten, die een reële bedreiging vormen voor de openbare veiligheid van burgers, bedrijven en overheden, is toegenomen.

De NIS 2-wet, die in België wordt gecoördineerd door het Centrum voor Cybersecurity Belgium (CCB), is een belangrijke stap in het streven om van België een van de minst cyberkwetsbare landen ter wereld te maken.

## 2. Welke ondernemingen zijn betrokken?

De NIS 2-richtlijn is gericht op organisaties van een bepaalde omvang die diensten leveren in kritieke sectoren