

Анонимизиран текст

Превод

C-634/21 — 1

Дело C-634/21

Преюдициално запитване

Дата на постъпване в Съда:

15 октомври 2021 г.

Запитваща юрисдикция:

Verwaltungsgericht Wiesbaden (Германия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

1 октомври 2021 г.

Жалбоподател:

OQ

Ответник:

Land Hessen

6 K 788/20.WI

**VERWALTUNGSGERICHT WIESBADEN (АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД
ВИСБАДЕН, ГЕРМАНИЯ)**

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

по административно дело със страни

OQ,

[...] жалбоподател

[...] срещу

Land Hessen (провинция Хесен, Германия), представлявана от Hessischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit (длъжностно лице за защита на данните и свобода на информацията на провинция Хесен),

[...] ответник

встъпила страна:

SCHUFA Holding AG [...], **относно** правото в областта на защитата на данните

на 1 октомври 2021 г. Verwaltungsgericht Wiesbaden (Административен съд Висбаден, Германия) — шести състав — [...]

определи:

I. Спира производството по делото.

II. На основание член 267 ДФЕС отправя до Съда на Европейския съюз следните преюдициални въпроси:

- 1. Трябва ли член 22, параграф 1 от Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните) (ОВ L 119, 2016 г., стр. 1) да се тълкува в смисъл, че още самото автоматизирано изготвяне на вероятностна оценка за възможностите на субекта на данните да обслужва кредит в бъдеще представлява решение, основаващо се единствено на автоматизирано обработване, включващо профилиране, което поражда правни последствия за субекта на данните или по подобен начин го засяга в значителна степен, при положение че администраторът съобщава на трето лице администратор оценката, която е определил с помощта на личните данни на субекта, и това трето лице основава до голяма степен на тази оценка решението си относно установяването, изпълняването или прекратяването на договорни отношения със субекта на данните?**
- 2. При отрицателен отговор на първия въпрос трябва ли член 6, параграф 1 и член 22 от Регламент (ЕС) 2016/679 (Общ регламент относно защитата на данните) да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, съгласно която използването на вероятностна оценка — в случая оценка за платежоспособността и готовността за плащане на дадено физическо лице, която включва и информация за**

вземания — за определено бъдещо поведение на физическо лице за целите на решението относно установяването, изпълняването или прекратяването на договорни отношения с това лице (финансово оценяване) се допуска само ако са изпълнени определени допълнителни условия, описани подробно в мотивите на това преюдициално запитване?

Мотиви

I.

- 1 Предмет на делото е жалба срещу финансовата оценка, изготвена от встъпилата страна SCHUFA Holding AG по отношение на жалбоподателя. Встъпилата страна е германска частна агенция за икономически справки, която предоставя на договорните си партньори информация относно кредитоспособността на трети лица, включително потребители. За целта встъпилата страна изготвя така наречените „финансови оценки“. В тях вероятността за дадено бъдещо поведение, например за връщането на кредит, се прогнозира с математико-статистически методи на базата на определени характеристики на лицата, като не се разкриват нито взетите предвид индивидуални характеристики, нито математико-статистическият метод. Изготвянето на финансови оценки се основава на схващането, че чрез причисляването на дадено лице към група от други лица със сравними характеристики, които са имали определено поведение, може да се предвиди бъдещо подобно поведение. Когато лицето отговаря на даден профил, встъпилата страна му дава определената финансова оценка, а при предоставянето на кредит тази оценка се взема предвид със съответните последиствия в процеса на вземане на решение от този, който в крайна сметка влиза в договорни отношения със субекта на данните, например от кредитни институции.
- 2 Трето лице отказва да предостави кредит на жалбоподателя, след като получава негативна справка за него от встъпилата страна. Впоследствие жалбоподателят отправя искане до встъпилата страна за изтриване на определени данни, които според него са неверни, и за достъп до съхраняваните данни. На 10 юли 2018 г. встъпилата страна предоставя на жалбоподателя информацията, че дадената му финансова оценка е 85,96 %. Освен това с писма от 8 август 2018 г. и 23 август 2018 г. встъпилата страна съобщава на жалбоподателя в най-общи линии на какъв принцип се изчислява финансовата оценка, но не и коя конкретна информация с каква тежест е включена в изчислението. Встъпилата страна посочва, че не е длъжна да разкрива изчислителните методи, тъй като те са производствена и търговска тайна. Също така встъпилата страна обръща внимание на жалбоподателя, че само предава информация на договорните си партньори, а те сами вземат решение дали да сключат даден договор; в това отношение встъпилата страна не давала препоръка за или против сключването на договор с лицето, за което предоставя справка. На 18 октомври 2018 г.

жалбоподателят подава жалба до ответника по повод на така предоставената му информация, като моли ответникът да разпореди на встъпилата страна да изпълни искането на жалбоподателя за достъп до и изтриване на данни. Встъпилата страна била длъжна да предостави информация за използваната логика, както и за значението и последствията от обработката.

- 3 С решение от 3 юни 2020 г. ответникът отказва да предприеме по-нататъшни действия спрямо встъпилата страна. Той се мотивира по-конкретно с това, че при изчисляването на оценката на кредитоспособността встъпилата страна всъщност трябва да спазва изискванията, подробно уредени в член 31 от Bundesdatenschutzgesetz (Федерален закон за защита на личните данни) (член 1 от Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Закон за адаптиране на правото в областта на защитата на данните към Регламент (ЕС) 2016/679 и за транспониране на Директива (ЕС) 2016/680) от 30 юни 2018 г. (BGBl. I, стр. 2097, наричан по-нататък „BDSG“). Встъпилата страна по принцип изпълнявала тези изисквания и нямало данни в конкретния случай да не го е направила.
- 4 На 25 май 2018 г. влиза в сила Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (ОВ L 119, 2016 г., стр. 1, наричан по-нататък и „ОРЗД“). Общият регламент относно защитата на данните предвижда принципна забрана за обработване на данни, освен в разрешените случаи; основните хипотези на разрешено обработване са предвидени в член 6 от ОРЗД. Освен това Общият регламент относно защитата на данните предвижда многоинструментален защитен режим, който съдържа разпоредби по-специално относно предоставените на субектите на данни права на информация, достъп и изтриване, на жалба до компетентния надзорен орган, с която да се изиска неговата намеса, както и на обжалване на съответните административни решения пред националните съдилища. Общият регламент относно защитата на данните урежда в частност и т.нар. профилиране, което е правно дефинирано в член 4, точка 4 от ОРЗД и към което спада спорното действие на встъпилата страна, т.нар. „финансово оценяване“ („Scoring“). Профилирането е регламентирано в различни разпоредби, по-конкретно във връзка с правото на достъп на субекта на данните по член 15, параграф 1, буква з) от ОРЗД, правото на възражение на субекта на данните по член 21, параграф 1, първо изречение, втора част на изречението от ОРЗД и — по същество — в член 22 от ОРЗД, който предвижда принципна забрана (член 22, параграф 1 от ОРЗД) с някои изключения (член 22, параграф 2 от ОРЗД), в случай че решенията се основават единствено на профилиране.
- 5 Като регламент от правото на Съюза по смисъла на член 288, втора алинея ДФЕС Общият регламент относно защитата на данните е акт с общо приложение, задължителен е в своята цялост и се прилага пряко във всички

държави членки. Въпреки тези принципи Общият регламент относно защитата на данните съдържа на места т.нар. „предпазни клаузи“, които предоставят на държавите членки известна свобода за приемането на национални правила. Във връзка с така предоставените нормотворчески правомощия на 25 май 2018 г. влиза в сила новият Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Член 31 от BDSG съдържа подробна правна уредба на финансовото оценяване и предоставянето на справки за кредитоспособността на лицата.

II.

1. Хартата на основните права на Европейския съюз, наричана по-нататък „Хартата“ (ОВ С 202, 2016 г., стр. 389) предвижда:

6 Член 7 от Хартата — Зачитане на личния и семейния живот

Всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговите съобщения.

7 Член 8 от Хартата — Защита на личните данни

1. Всеки има право на защита на неговите лични данни.

2. Тези данни трябва да бъдат обработвани добросъвестно, за точно определени цели и въз основа на съгласието на заинтересованото лице или по силата на друго предвидено от закона легитимно основание. Всеки има право на достъп до събраните данни, отнасящи се до него, както и правото да изиска поправянето им.

3. Спазването на тези правила подлежи на контрол от независим орган.

8 Член 52 от Хартата — Обхват и тълкуване на правата и принципите

1. Всяко ограничаване на упражняването на правата и свободите, признати от настоящата Харта, трябва да бъде предвидено в закон и да зачита основното съдържание на същите права и свободи. При спазване на принципа на пропорционалност ограничения могат да бъдат налагани, само ако са необходими и ако действително отговарят на признати от Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора.

[...]

2. Договорът за функционирането на Европейския съюз, наричан по-нататък „ДФЕС“ (консолидиран текст, публикуван в ОВ С 202, 2016 г., стр. 1, 47), предвижда:

9 Член 288 ДФЕС

[...]

Регламентът е акт с общо приложение. Той е задължителен в своята цялост и се прилага пряко във всички държави членки.

3. Общият регламент относно защитата на данните (Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните, наричан по-нататък „ОРЗД“) (ОВ L 119, 2016 г., стр. 1) предвижда:

10 Член 4 от ОРЗД — Определения

За целите на настоящия регламент:

[...]

4) „профилиране“ означава всяка форма на автоматизирано обработване на лични данни, изразяващо се в използването на лични данни за оценяване на определени лични аспекти, свързани с физическо лице, и по-конкретно за анализиране или прогнозиране на аспекти, отнасящи се до изпълнението на професионалните задължения на това физическо лице, неговото икономическо състояние, здраве, лични предпочитания, интереси, надеждност, поведение, местоположение или движение;

11 Член 6 от ОРЗД — Законосъобразност на обработването

1. Обработването е законосъобразно, само ако и доколкото е приложимо поне едно от следните условия:

- a) субектът на данните е дал съгласие за обработване на личните му данни за една или повече конкретни цели;
- б) обработването е необходимо за изпълнението на договор, по който субектът на данните е страна, или за предприемане на стъпки по искане на субекта на данните преди сключването на договор;
- в) обработването е необходимо за спазването на законово задължение, което се прилага спрямо администратора;
- г) обработването е необходимо, за да бъдат защитени жизненоважните интереси на субекта на данните или на друго физическо лице;
- д) обработването е необходимо за изпълнението на задача от обществен интерес или при упражняването на официални правомощия, които са предоставени на администратора;
- е) обработването е необходимо за целите на легитимните интереси на администратора или на трета страна, освен когато пред такива

интереси преимущество имат интересите или основните права и свободи на субекта на данните, които изискват защита на личните данни, по-специално когато субектът на данните е дете.

Буква е) на първа алинея не се прилага за обработването, което се извършва от публични органи при изпълнението на техните задачи.

2. Държавите членки могат да запазят или въведат по-конкретни разпоредби, за да адаптират прилагането на правилата на настоящия регламент по отношение на обработването, необходимо за спазването на параграф 1, букви в) и д), като установят по-конкретно специални изисквания за обработването и други мерки, за да се гарантира законосъобразно и добросъвестно обработване, включително за други особени случаи на обработване на данни, предвидени в глава IX.

3. Основанието за обработването, посочено в параграф 1, букви в) и д), е установено от:

а) правото на Съюза или

б) правото на държавата членка, което се прилага спрямо администратора.

*Целта на обработването се определя в това правно основание или доколкото се отнася до обработването по параграф 1, буква д), то трябва да е необходимо за изпълнението на задача от обществен интерес или при упражняването на официални правомощия, които са предоставени на администратора. Това правно основание може да включва конкретни разпоредби за адаптиране на прилагането на разпоредбите на настоящия регламент, *inter alia* общите условия, които определят законосъобразността на обработването от администратора, видовете данни, които подлежат на обработване, съответните субекти на данни; образуванията, пред които могат да бъдат разкривани лични данни, и целите, за които се разкриват; ограниченията по отношение на целите на разкриването; периодът на съхранение и операциите и процедурите за обработване, включително мерки за гарантиране на законосъобразното и добросъвестно обработване, като тези за други конкретни случаи на обработване съгласно предвиденото в глава IX. Правото на Съюза или правото на държавата членка се съобразява с обществения интерес и е пропорционално на преследваната легитимна цел.*

4. Когато обработването за други цели, различни от тези, за които първоначално са били събрани личните данни, не се извършва въз основа на съгласието на субекта на данните или на правото на Съюза или правото на държава членка, което представлява необходима и пропорционална мярка в едно демократично общество за гарантиране на целите по член 23, параграф 1, администраторът, за да се увери дали обработването за други

цели е съвместимо с първоначалната цел, за която са били събрани личните данни, *inter alia*, взема под внимание:

- a) всяка връзка между целите, за които са били събрани личните данни, и целите на предвиденото по-нататъшно обработване;
- б) контекста, в който са били събрани личните данни, по-специално във връзка с отношенията между субекта на данните и администратора;
- в) естеството на личните данни, по-специално дали се обработват специални категории лични данни съгласно член 9 или се обработват лични данни, отнасящи се до присъди и нарушения, съгласно член 10;
- г) възможните последствия от предвиденото по-нататъшно обработване за субектите на данните;
- д) наличието на подходящи гаранции, които могат да включват криптиране или псевдонимизация.

12 Член 15 от ОРЗД — Право на достъп на субекта на данните

1. Субектът на данните има право да получи от администратора потвърждение дали се обработват лични данни, свързани с него, и ако това е така, да получи достъп до данните и следната информация:[...]

з) съществуването на автоматизирано вземане на решения, включително профилирането, посочено в член 22, параграфи 1 и 4, и поне в тези случаи съществена информацията относно използваната логика, както и значението и предвидените последствия от това обработване за субекта на данните.

13 Член 21 от ОРЗД — Право на възражение

1. Субектът на данните има право, по всяко време и на основания, свързани с неговата конкретна ситуация, на възражение срещу обработване на лични данни, отнасящи се до него, което се основава на член 6, параграф 1, буква д) или буква е), включително профилиране, основаващо се на посочените разпоредби.

[...]

14 Член 22 от ОРЗД — Автоматизирано вземане на индивидуални решения, включително профилиране

1. Субектът на данните има право да не бъде обект на решение, основаващо се единствено на автоматизирано обработване, включващо профилиране, което поражда правни последствия за субекта на данните или по подобен начин го засяга в значителна степен.

2. *Параграф 1 не се прилага, ако решението:*

а) е необходимо за сключването или изпълнението на договор между субект на данни и администратор;

б) е разрешено от правото на Съюза или правото на държава членка, което се прилага спрямо администратора, и в което се предвиждат също подходящи мерки за защита на правата и свободите, и легитимните интереси на субекта на данните; или

в) се основава на изричното съгласие на субекта на данни.

3. *В случаите, посочени в параграф 2, букви а) и в), администраторът прилага подходящи мерки за защита на правата и свободите и легитимните интереси на субекта на данните, най-малко правото на човешка намеса от страна на администратора, правото да изрази гледната си точка и да оспори решението.*

4. *Решенията по параграф 2 не се основават на специалните категории лични данни, посочени в член 9, параграф 1, освен ако не се прилага член 9, параграф 2, буква а) или буква ж) и не са въведени подходящи мерки за защита на правата и свободите и легитимните интереси на субекта на данните.*

4. Bundesdatenschutzgesetz от 30 юни 2017 г. (BGBl. I, стр. 2097, изменен с член 12 от Закона от 20 ноември 2019 г., BGBl. I, стр. 1626) предвижда:

15 Член 31 от BDSG — Защита на икономическия обмен при финансово оценяване и предоставяне на справки за кредитоспособността на лицата

(1) Използването на вероятностна оценка за определено бъдещо поведение на физическо лице за целите на решението относно установяването, изпълняването или прекратяването на договорни отношения с това лице (финансово оценяване) се допуска само ако:

1. са спазени разпоредбите на правото в областта на защитата на данните;

2. въз основа на научно признат математико-статистически метод може да се докаже, че данните, които се използват за изчисляване на вероятностната оценка, имат значение за изчисляването на вероятността от съответното поведение;

3. за изчисляването на вероятностната оценка не се използват единствено данни за адрес, и

4. при използване на данни за адрес субектът на данните е информиран за предвиденото използване на тези данни преди

изчисляването на вероятностната оценка; информирането следва да бъде документирано.

(2) Използването на определена от агенция за икономически справки вероятностна оценка за платежоспособността и готовността за плащане на дадено физическо лице, която включва и информация за вземания, се допуска само ако са налице условията по параграф 1 и само ако се вземат предвид единствено вземания във връзка с неизпълнени изискуеми задължения,

- 1. които са установени с влязло в сила решение или с решение, обявено за подлежащо на предварително изпълнение, или за които е налице изпълнителен титул съгласно член 794 от Zivilprozessordnung (Граждански процесуален кодекс);*
- 2. които са установени по реда на член 178 от Insolvenzordnung (Закон за несъстоятелността) и не са оспорени от длъжника в срока за проверка;*
- 3. които са изрично признати от длъжника;*
- 4. за които:*
 - a) длъжникът е получил писмена покана за плащане най-малко два пъти след настъпване на изискуемостта на вземането;*
 - b) първата покана е отправена преди най-малко четири седмици;*
 - c) длъжникът е бил информиран предварително, но най-рано с първата покана, за евентуалното отчитане на вземането от агенция за икономически справки;*
 - d) длъжникът не е оспорил вземането; или*
- 5. които произтичат от договорно отношение, което може да бъде прекратено без предизвестие поради забава при плащането, като длъжникът е бил предварително информиран за евентуалното отчитане на вземането от агенция за икономически справки.*

Това не засяга допустимостта на обработването на други релевантни за кредитоспособността данни, включително определянето на вероятностни оценки, съгласно общите правила за защита на данните.

III.

- 16 В настоящия случай изходът на делото зависи от това дали дейността на агенциите за икономически справки като встъпилата страна по изготвяне на финансови оценки за субекти на данни и предаването им без допълнителна препоръка или коментар на трети лица, които до голяма степен въз основа на тези оценки сключват или се отказват да сключат договор със субекта на данните, попада в обхвата на член 22, параграф 1 от ОРЗД. Всъщност в този случай допустимостта на изготвянето на подлежаща на съобщаване крайна финансова оценка от агенция за икономически справки като встъпилата страна може да се урежда само от член 22, параграф 2, буква б) от ОРЗД във връзка с член 31 от BDSG, така че когато субектът на данните подаде жалба до компетентния надзорен орган, както в случая, същите норми ще са критерият за надзорната проверка над дейността на тази агенция. За целта следва да се прецени дали разпоредба със съдържанието на член 31 от BDSG е съвместима с член 22, параграф 2, буква б) от ОРЗД. Ако не е съвместима, всъщност ще липсва нормативното основание на критерия за проверка, който ответникът е приложил в настоящия случай по отношение на встъпилата страна.

По първия въпрос

Приложимост на член 22, параграф 1 от ОРЗД спрямо агенциите за икономически справки

- 17 Съгласно член 22, параграф 1 от ОРЗД субектът на данните има право да не бъде обект на решение, основаващо се единствено на автоматизирано обработване, включващо профилиране, което поражда правни последици за субекта на данните или по подобен начин го засяга в значителна степен. Разпоредбата се основава на предшестващата я разпоредба на член 15 от Директива 95/46/ЕО. От текста ѝ изглежда, че тя установява право на субекта на данните, което се осъществява само чрез упражняването му от страна на този субект. Запитващата юрисдикция обаче е убедена, че всъщност разпоредбата установява принципна забрана, при нарушаването на която не е необходимо индивидуално предявяване на съответното право.
- 18 Дейности като спорното автоматизирано компилиране на лични данни от встъпилата страна с цел да се определи вероятностна оценка за дадено бъдещо поведение на физическо лице, която да се съобщава на трети лица, за да вземат решение относно установяването, изпълняването или прекратяването на договорни отношения с това физическо лице, поне по съдържанието си попадат в обхвата на правния режим по член 22, параграф 1 от ОРЗД. Видно от недвусмисления ѝ текст, разпоредбата обхваща в частност решенията, които се вземат въз основа на профилиране (вж. също съображение 71, второ изречение от ОРЗД). Профилирането е правно дефинирано в член 4, точка 4 от ОРЗД като всяка форма на автоматизирано обработване на лични данни, изразяващо се в използването на лични данни за оценяване на определени лични аспекти, свързани с физическо лице, и по-конкретно за анализиране или прогнозиране на

аспекти, отнасящи се до изпълнението на професионалните задължения на това физическо лице, неговото икономическо състояние, здраве, лични предпочитания, интереси, надеждност, поведение, местоположение или движение.

- 19 Изготвянето на финансови оценки отговаря на тези условия от дефиницията. Това заключение намира потвърждение и в съображение 71, второ изречение, съгласно което за профилиране се считат по-специално анализиранието или прогнозирането на различни аспекти, имащи отношение към икономическото състояние, благонадеждността или поведението на дадено лице. Освен това в съображение 71, първо изречение като пример за решения по смисъла на член 22, параграф 1 от ОРЗД е посочен автоматичният отказ по онлайн искания за кредит. В този смисъл член 22, параграф 1 от ОРЗД по принцип се прилага за случаи като настоящия, най-малкото с оглед на обстоятелството, че съгласно волята на законодателя на Съюза изготвянето на финансова оценка представлява частен случай на профилиране по смисъла на член 4, точка 4 от ОРЗД.
- 20 Запитващата юрисдикция по същество счита за логично да се приеме, че в случаи като разглеждания освен всичко друго е изпълнено и предвиденото в член 22, параграф 1 от ОРЗД условие да е налице *решение*, основаващо се единствено на *автоматизирано обработване*. Това не намира опровержение в обстоятелството, че съгласно съображенията определянето на финансови оценки — което според изложеното по-горе е основната дейност на агенциите за икономически справки като встъпилата страна — би следвало да е частен случай на профилиране. Действително целта на законодателя на Съюза очевидно не е била да уреди самостоятелно с член 22, параграф 1 от ОРЗД допустимостта на профилирането от гледна точка на правилата за защита на данните, а само, така да се каже, контекстуално да уреди профилирането, доколкото то е част от решение, основаващо се на автоматизиран процес на вземане на решение. Това следва още от текста на разпоредбата, която на практика формулира предвидената забрана като отнасяща се до *решението, основаващо се на профилиране* — или друго автоматизирано обработване на данни — но не и до самото профилиране.
- 21 Настоящият състав обаче приема, че изготвянето на финансова оценка от агенция за икономически справки не е само профилиране, което подготвя решението на третото лице администратор, а е всъщност самостоятелно „решение“ по смисъла на член 22, параграф 1 от ОРЗД.
- 22 В това отношение с оглед на текста на член 22, параграф 1 от ОРЗД настоящият състав е убеден, че при ограничително тълкуване разпоредбата може да се разбира — каквото е и разпространеното схващане — в смисъл, че не се прилага пряко за дейността на агенции за икономически справки като встъпилата страна. Според настоящия състав обаче това схващане се основава на неправилно разбиране за дейността на агенциите за икономически справки и за отражението на изготвяните от тях финансови

оценки. Всъщност въпросното схващане се гради на идеята, че самите агенции за икономически справки не вземат релевантното за целите на член 22, параграф 1 от ОРЗД решение, тъй като чрез определянето и компилирането на лични данни за целите на профилирането и на произтичащото от него определяне на крайната финансова оценка те само, така да се каже, подготвят крайното решение на администратора, но същевременно при съобщаването на оценките обикновено не дават препоръка на третото лице администратор за или против сключването на договор със субекта на данните.

- 23 В разпоредбите и съображенията на ОРЗД е възприето понятийно разграничение между *обработване*, от една страна, и *решение*, основаващо се на обработване, от друга, и не се цели непременно да се установят самостоятелни материалноправни изисквания към профилирането. Така съгласно определението в член 4, точка 4 от ОРЗД профилирането по смисъла на ОРЗД е „всяка форма на автоматизирано обработване на лични данни“ „за оценяване на определени лични аспекти, свързани с физическо лице“. Следователно текстът на легалната дефиниция може да се разбира в смисъл, че профилирането не е само определянето на параметрите за резултата от оценяването, а обхваща и самия този резултат. В настоящия случай това може да включва и автоматизираното компилиране на отделните характеристики с цел агенцията за икономически справки да изведе и фактически да определи съответна обща финансова оценка. В посока на такова разбиране на понятието може да се тълкува и член 21, параграф 1, първо изречение от ОРЗД, съгласно който правото на възражение на субекта на данните се отнася до *всяко обработване*, но и по-специално — съгласно втората част от изречението — до *профилирането*, основаващо се на разпоредбите на ОРЗД. В крайна сметка разграничението между автоматизирано обработване чрез профилиране, от една страна, и решение, от друга страна, произтича главно от член 22, параграф 1 от ОРЗД. Член 22, параграф 1 от ОРЗД предвижда, че субектът на данни има право „да не бъде обект на решение, основаващо се единствено на автоматизирано обработване, включващо профилиране“, и в този смисъл разпоредбата изрично установява причинно-следствена връзка и задължителна хронологична последователност между автоматизираното обработване (включително профилиране) и основаващото се на него решение. Намерението на законодателя на Съюза да прокара разграничение между двете понятия се подкрепя и от съображение 71, първо и второ изречение. Докато в съображение 71, първо изречение се посочва, че субектът на данни следва да има право да не бъде обект на решение за оценка на свързани с него лични аспекти единствено въз основа на автоматично обработване, съображение 71, второ изречение го допълва с уточнението, че „*това обработване*“ — следователно не „*решенията*“ — включва профилирането. Обратно, като пример за „решение“ в съображение 71, първо изречение всъщност е посочен автоматичният отказ по онлайн искания за кредит, което в общи линии отговаря на настоящия случай, доколкото релевантното „решение“ е отказът, който жалбоподателят получава от кредитната

институция, а не изготвената от встъпилата страна финансова оценка. Ето защо при всички случаи текстът на член 21, параграф 1, първо изречение, член 22, параграф 1 и член 4, точка 4 от ОРЗД, както и съображение 71, първо и второ изречение и съображение 72 могат да се разбират в смисъл, че в случаи като разглеждания в главното производство, при които агенция за икономически справки определя финансова оценка, е налице „обработване“, а не „решение“ по смисъла на член 22, параграф 1 от ОРЗД.

- 24 Запитващата юрисдикция обаче има значителни съмнения към подобно ограничително тълкуване на член 22, параграф 1 от ОРЗД. Тя вижда сериозни основания да се приеме, че автоматизирано изготвяната от агенциите за икономически справки финансова оценка за целите на прогнозното оценяване на икономическите възможности на даден субект на данни е самостоятелно *решение*, основаващо се на автоматизирано обработване, по смисъла на член 22, параграф 1 от ОРЗД. Съмненията на запитващата юрисдикция са свързани от фактическа страна със значението, което изготвяната от агенциите за икономически справки финансова оценка има за решенията на третите лица администратори, а от правна страна — с целите на член 22, параграф 1 от ОРЗД и закрепените в член 87 и сл. от ОРЗД гаранции за правна защита.
- 25 От фактическа страна настоящият състав изпитва дълбоки съмнения към допускането, че при наличието на финансова оценка за субекта на данните третите лица администратори все пак вземат индивидуалното решение по смисъла на член 22, параграф 1 от ОРЗД, без да се основават единствено на автоматизирано обработване. Въпреки че при всички случаи третите лица администратори чисто хипотетично *могат* да вземат самостоятелно решение дали и как да влязат в договорни отношения със субекта на данните, тъй като на този етап от процеса на вземане на решение по принцип все още е възможно индивидуалното решение да бъде взето от човек, на практика това решение се определя в дотолкова голяма степен от съобщаваната от агенциите за икономически справки финансова оценка, че тя все едно се възпроизвежда в решението на третото лице администратор. Другояче казано, дали и как третото лице администратор ще сключи договор със субекта на данните, *всъщност* в крайна сметка зависи от финансовата оценка, която агенцията за икономически справки изготвя именно въз основа на автоматизирано обработване. Наистина третото лице администратор не *трябва* да взема решението си единствено в зависимост от финансовата оценка, но най-често *прави* именно това. Безспорно кредит може да бъде отказан и при наличието на достатъчна по принцип финансова оценка (по други причини, например поради липса на обезпечение или поради съмнения в успеха на финансираната инвестиция), но когато става дума за потребителски кредити, недостатъчната финансова оценка в почти всички случаи води до отказ за предоставяне на кредит, тоест дори и когато инвестицията например изглежда изгодна. Опитът на надзорните органи за защита на данните показва, че финансовите оценки имат решаваща роля при

предоставянето на кредити и оформянето на техните условия [...] [референция].

- 26 Член 22, параграф 1 от ОРЗД обаче има за цел — освен в хипотезите на изключенията по член 22, параграф 2 от ОРЗД — да защити субекта на данните именно от опасностите на този вид решения, основаващи се единствено на автоматизирано обработване. Целта на законодателя на Съюза е да предотврати вземането на решения без индивидуален анализ и оценка от страна на човек. Субектът на данните не трябва да бъде подлаган на изцяло технически и непрозрачни процедури, без да може да разбере на какви допускания и критерии за оценка се основава процедурата и евентуално да предприеме действия, като упражни правата си. Следователно наред със защитата срещу дискриминационни решения, основани на предполагаемо обективни програми за обработка на данни, сред законодателните цели е и създаването на прозрачност и справедливост при вземането на решения. Решенията относно упражняването на индивидуални свободи не трябва безконтролно да се оставят на логиката на алгоритми. Всъщност алгоритмите работят с взаимозависимости и вероятности, които не отразяват непременно причинно-следствена връзка, нито пък непременно водят до „правилни“ от човешка гледна точка резултати. Напротив, от систематизирането на верни индивидуални данни могат да се направят неверни, несправедливи или дискриминационни изводи, които — ако станат основа за вземане на решения — засягат в значителна степен свободата на субекта на данните и го превръщат от субект в обект на деперсонализирано решение. Това е особено вярно, когато субектът на данните не е осведомен за използването на алгоритми или е осведомен, но не може да разбере кои данни с каква тежест и по какви методи за анализ са включени в решението. Именно тази цел на законодателя на Съюза — да предвиди принципно изискване за човешки коректив на автоматизираното обработване на данни и да позволи отклонения само в ограничени изключителни случаи (член 22, параграф 2 от ОРЗД) — се оказва обаче осуетена, тъй като автоматично изготвяната финансова оценка обикновено има водещо място при вземането на решения от третото лице администратор.
- 27 Със забраната по член 22, параграф 1 от ОРЗД законодателят на Съюза е потърсил решение на този основен конфликт, така да се каже, „за сметка“ на третото лице администратор, като е насочил забраната към (последното) решение, вземано по отношение на субекта на данните. В това отношение процесуални изисквания към профилирането са формулирани само в релевантното за профилирането съображение 71, шесто изречение. Извън това обаче допустимостта на обработването на данни за целите на профилирането следва най-много от общите хипотези на разрешено обработване по член 6, параграф 1 от ОРЗД. Това следва както от член 21, параграф 1, първо изречение, втора част на изречението от ОРЗД, който препраща към член 6, параграф 1, първа алинея, букви д) и е) от ОРЗД като възможно правно основание за профилирането, така и от съображение 72, първо изречение, според което профилирането се подчинява на правилата на

ОРЗД относно обработването на лични данни, тоест и на правните основания за обработването или принципите за защитата на данни.

- 28 Вследствие на тези чисто схематични изисквания на ОРЗД към профилирането, от една страна, и на основополагащата постановка, произтичаща от член 22, параграф 1 от ОРЗД, от друга, възниква по-специално проблемът за ефективните средства за субектите на данни да осъществят правата си. Наред с механизма за контрол от страна на надзорните органи това е решаващият правозащитен механизъм на ОРЗД. Това личи не само от добре балансираните и изчерпателно уредени права на обжалване пред административните органи и пред съда по член 87 и сл. от ОРЗД, но и от съпътстващите права на субектите на данни по член 12 и сл. от ОРЗД. Целта на ОРЗД е чрез съответни изисквания, по-специално във връзка с правата на достъп до данните и задълженията за прозрачност, да даде възможност и да стимулира отговорните граждани на Съюза да бранят правата си.
- 29 Тези права се обезсмислят заради взаимодействието между дейността и (липсващите) задължения на агенциите за икономически справки, от една страна, и практиката при вземане на решения от третите лица администратори, от друга. Спрямо агенциите за икономически справки субектите на данни имат общо право на достъп съгласно член 15 от ОРЗД; то обаче не е съобразено с особеностите на профилирането, което би следвало да се урежда в ОРЗД именно с член 15, параграф 1, буква з), член 21, параграф 1, първо изречение, втора част на изречението и член 22 от ОРЗД. Всъщност в рамките на общото право на достъп агенциите за икономически справки не са длъжни да разкриват логиката и състава на параметрите, които са определящи за изготвянето на финансовата оценка; те постъпват така от съображения за конкурентна защита, като се позовават на своята производствена и търговска тайна.
- 30 Третото лице администратор също може да не предостави на субекта на данните информация за изготвянето на финансовата оценка, на която именно до голяма степен се основава неговото решение, тъй като третото лице не познава използваната логика — агенцията за икономически справки не я разкрива пред него.
- 31 По този начин възниква празнота в съдебната защита: лицето, от което може да бъде получена необходимата на субекта на данните информация, не е длъжно да предоставя достъп съгласно член 15, параграф 1, буква з) от ОРЗД, тъй като се смята, че то не провежда свой самостоятелен процес на „автоматизирано вземане на решения“ по смисъла на член 15, параграф 1, буква з) от ОРЗД, а същевременно лицето, което основава решението си на автоматично изготвената финансова оценка и съгласно член 15, параграф 1, буква з) от ОРЗД е длъжно да предостави достъп, не може да предостави необходимата информация, тъй като не разполага с нея.

- 32 Такава празнота няма да има, ако изготвянето на финансови оценки от агенции за икономически справки попада в обхвата на член 22, параграф 1 от ОРЗД. От една страна, ако изготвянето на финансови оценки попада в обхвата на член 22, параграф 1 от ОРЗД, то като основаващо се единствено на автоматизирано обработване ще е допустимо само в хипотезите на изключенията по член 22, параграф 2 от ОРЗД и така ще е в съответствие с намерението на законодателя на Съюза поне регулаторно да ограничи тези решения. От друга страна, този подход ще даде и възможност на държавите членки — предвид предпазната клауза на член 22, параграф 2, буква б) от ОРЗД — детайлно да уредят този вид решения, което не им е позволено съгласно досегашните изисквания на ОРЗД към профилирането и автоматизираното вземане на решения (вж. втория преюдициален въпрос).
- 33 Празнотата в съдебната защита не се запълва достатъчно посредством правото на възражение на субекта на данните по член 21, параграф 1, първо изречение, втора част на изречението от ОРЗД. Съгласно тази разпоредба субектът на данните действително има право „по всяко време и на основания, свързани с неговата конкретна ситуация, на възражение срещу обработване на лични данни, отнасящи се до него, което се основава на член 6, параграф 1, буква д) или буква е), включително профилиране, основаващо се на посочените разпоредби“. Когато става дума за агенции за икономически справки обаче, субектът на данните обикновено не знае, че е станал обект на автоматизиран процес на финансово оценяване. Той обикновено разбира това едва когато въз основа на финансовата оценка вече е взето неизгодно за него решение на трето лице администратор. Към този момент обаче правото на възражение при всички случаи вече не му е от полза спрямо приключеното обработване; в това отношение той може да упражнява правото си на възражение само срещу бъдещото обработване на данни от агенцията за икономически справки.

По втория въпрос

Правна уредба на държавата членка относно финансовото оценяване

- 34 Съгласно член 31, параграф 1 от BDSG допустимостта на използването на вероятностна оценка за определено бъдещо поведение на физическо лице за целите на решението относно установяването, изпълняването или прекратяването на договорни отношения с това лице (финансово оценяване) зависи от изпълнението на други условия. Съгласно член 31, параграф 2 от BDSG използването на определена от агенции за икономически справки вероятностна оценка за платежоспособността и готовността за плащане на дадено физическо лице, която включва и информация за вземания, се допуска само ако са налице условията по член 31, параграф 1 от BDSG и само ако се вземат предвид единствено вземания във връзка с неизпълнени изискуеми задължения.

- 35 По този начин в член 31 от BDSG германският законодател по същество регламентира финансовото оценяване като частен случай на профилирането. Запитващата юрисдикция има сериозни съмнения в съвместимостта на тази уредба с член 22 от ОРЗД, тъй като германският законодател урежда само „използването“ на „вероятностната оценка“, но не и самото ѝ изготвяне.
- 36 Уредбата на член 31 от BDSG е окончателна дотолкова, доколкото включва профилирането в предметния си обхват само когато то служи като основа за вземане на решение. Съответно обаче забраната е насочена само спрямо *решението*, не и спрямо предхождащото го профилиране. Специфични материалноправни изисквания към законосъобразността на обработването на данни с цел профилиране под формата именно на финансово оценяване не са определени нито в член 22 от ОРЗД, нито в други разпоредби на ОРЗД. Освен това профилирането е регламентирано единствено в контекста на разпоредбите относно задълженията за предоставяне на информация по член 14, параграф 2, буква ж) от ОРЗД и правото на достъп по член 15, параграф 1, буква з) от ОРЗД, но и в двата случая само във връзка със съществуването на автоматизирано вземане на решение, но не и във връзка със самото профилиране, а също и в контекста на разпоредбите относно правото на възражение на субекта на данните по член 21, параграф 1, първо изречение, първа част на изречението от ОРЗД, както и в някои други разпоредби, които не са релевантни за настоящото дело.
- 37 Следователно при липсата на специфични разпоредби допустимостта на профилирането, доколкото във формата си на финансово оценяване то не попада в обхвата на член 22 от ОРЗД чрез основаващото се на него решение, се определя от общите условия за обработването по член 6 от ОРЗД. Като обвързва финансовото оценяване с по-широки материалноправни изисквания за допустимост, германският законодател дава допълнителна уредба на тази материя свръх изискванията на членове 6 и 22 от ОРЗД. Той обаче няма такива нормотворчески правомощия.
- 38 Съответни нормотворчески правомощия не могат да бъдат изведени по-специално от член 22, параграф 2, буква б) от ОРЗД. ОРЗД предвижда законодателни правомощия за държавите членки във връзка с профилирането само когато решението се основава *единствено* на автоматизирано обработване. Същевременно член 31 от BDSG въвежда без разлика правила и за неавтоматизираните решения, но тези правила уреждат допустимостта на използването на обработените с цел финансово оценяване данни. Съгласно системата на член 22 от ОРЗД и общите условия за обработването по член 6 от ОРЗД обаче допустимостта на решенията, които *не* се основават на автоматизирано обработване, включително профилиране, се определя от член 6 от ОРЗД. Тази материя е оставена извън нормотворческите правомощия на националния законодател, независимо дали това би следвало да се разглежда като умишлен отказ за уреждането ѝ от страна на законодателя на Съюза. Очевидно законодателят на Съюза не е искал и да определи по-специфични изисквания към профилирането. Така

националният законодател няма възможност просто да предприеме съответните действия, а и при всички случаи в рамките на член 22, параграф 2, буква б) от ОРЗД това е възможно само ако националните разпоредби предвиждат единствено правни изисквания за решенията, които се основават единствено на автоматизирано обработване.

- 39 Това е особено вярно, като се има предвид, че ОРЗД е регламент по смисъла на член 288, трета алинея ДФЕС. Съгласно постоянната практика на Съда още по отношение на разпоредбите на директивите не се допуска националният законодател да дава окончателни законодателни решения — в случая член 31 от BDSG — във връзка с абстрактно формулирани изисквания на законодателя на Съюза — в случая членове 6 и 22 от ОРЗД (решение на Съда от 19 октомври 2016 г., Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779, т. 62 и сл.). Това трябва да се отнася с още по-голяма сила за разпоредбите на регламентите, какъвто е разглежданият тук акт.
- 40 Показателно е, че и в мотивите си към член 31 от BDSG германският законодател съответно не посочва на какво се основава неговата нормотворческа компетентност по отношение на тази разпоредба. Мотивите към закона съдържат повече или по-малко общи твърдения в смисъл, че разпоредбата възпроизвежда предишната уредба по членове 28a и 28b от старата редакция на BDSG и че материалноправната уредба все още е от значение. Обратно, в проекта на Bundesministerium des Innern (Федерално министерство на вътрешните работи, Германия) от 11 ноември 2016 г., стр. 93 и 94, се посочва и че нормотворческите правомощия на държавите членки произтичат от „член 6, параграф 4 във връзка с член 23, параграф 1“ от ОРЗД. Този още сам по себе си несъстоятелен подход обаче очевидно е изоставен в хода на законодателния процес.

IV.

- 41 По тези съображения е необходимо да се отправи преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз. Изходът на делото зависи от преюдициалните въпроси.
- 42 Делото зависи от първия преюдициален въпрос. Ако член 22, параграф 1 от ОРЗД следва да се тълкува в смисъл, че изготвянето на финансова оценка от агенция за икономически справки е самостоятелно решение по смисъла на член 22, параграф 1 от ОРЗД, тази дейност — релевантната дейност на тези агенции — ще попада под забраната на автоматизираното вземане на индивидуални решения. Затова тази дейност ще се нуждае от правно основание в правото на държавата членка по смисъла на член 22, параграф 2, буква б) от ОРЗД, каквото в случая би могъл да е само член 31 от BDSG. Налице са обаче значителни съмнения в неговата съвместимост с член 22, параграф 1 от ОРЗД. В такъв случай встъпилата страна би действала не само без правно основание, но и *ipso iure* в нарушение на забраната по член 22, параграф 1 от ОРЗД. Поради това жалбоподателят би имал и право да иска

от ответника да извърши (по-нататъшна) надзорна проверка по неговия случай.

- 43 При отрицателен отговор на първия преюдициален въпрос, тоест ако самото профилиране не е решение по смисъла на параграф 22, параграфи 1 и 2 от ОРЗД, предпазната клауза по член 22, параграф 2, буква б) от ОРЗД също няма да се прилага за националните правила, които се отнасят до профилирането. Следователно поради принципно изчерпателния характер на ОРЗД, който е регламент за пълна хармонизация, ще трябва да се търси друго основание за правомощието за приемане на национални правила. Тъй като обаче, както вече беше посочено, такова основание не може да се намери, и по-специално не следва от рудиментарните изисквания на ОРЗД, националната уредба в член 31 от BDSG няма да е приложима, което ще промени обхвата на проверката, извършвана от националния надзорен орган, който тогава ще трябва да преценява съвместимостта на дейността на агенциите за икономически справки от гледна точка на член 6 от ОРЗД.

v.

- 44 Определението не подлежи на обжалване.

[...]

Висбаден, 7 октомври 2021 г.

[...] [подписи; заверка]