

Versão anonimizada

Tradução

C-634/21 – 1

Processo C-634/21

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

15 de outubro de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunal Administrativo de Wiesbaden, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

1 de outubro de 2021

Demandante:

OQ

Demandado:

Land Hessen

6 K 788/20.WI

VERWALTUNGSGERICHT WIESBADEN (Tribunal Administrativo de Wiesbaden)

DESPACHO

Na ação administrativa em que são partes

OQ,

[Omissis] demandante,

[Omissis] e

Land Hessen, representado pelo respetivo comissário para a proteção de dados e informação,

[*Omissis*] demandado,

sendo interveniente

SCHUFA Holding AG [*omissis*], e tendo por objeto o direito em matéria de proteção de dados pessoais,

decidiu a Sexta Secção do Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunal Administrativo de Wiesbaden)

[*Omissis*], no dia 1 de outubro de 2021, o seguinte:

I. Suspende-se a instância.

II. Submetem-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do artigo 267.º TFUE, as seguintes questões, para decisão a título prejudicial:

1. Deve o artigo 22.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (a seguir «RGPD», JO 2016, L 119, p. 1), ser interpretado no sentido de que a determinação automatizada de um valor de probabilidade relativo à capacidade do titular dos dados de pagar no futuro um crédito, já constitui uma decisão baseada exclusivamente no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produz efeitos na esfera jurídica do titular dos dados ou que o afeta significativamente de forma similar, quando o referido valor de probabilidade, que é calculado com recurso a dados pessoais do titular, é transmitido pelo responsável pelo tratamento a um terceiro responsável, e esse terceiro se baseia essencialmente nesse valor de probabilidade para tomar uma decisão acerca do estabelecimento, da execução ou da cessação de uma relação contratual com o titular dos dados?
2. Em caso de resposta negativa à primeira questão prejudicial: devem o artigo 6.º, n.º 1, e o artigo 22.º do RGPD ser interpretados no sentido de que se opõem a um regime de direito interno segundo o qual o recurso a um valor de probabilidade – neste caso, acerca da solvabilidade e da intenção de pagar de uma pessoa singular, incluindo informações sobre créditos – relativo à adoção de um comportamento futuro por uma pessoa singular, para efeitos de tomada de uma decisão acerca do estabelecimento, da execução ou da cessação de uma relação contratual com a referida

pessoa («scoring»), só é admissível se estiverem preenchidos outros pressupostos, especificados na fundamentação do pedido de decisão prejudicial?

Fundamentação

I.

1. Na origem do presente processo está uma ação intentada contra a ora interveniente SCHUFA Holding AG, ação que tem por objeto a pontuação de crédito atribuída à demandante. A interveniente é uma agência prestadora de informações comerciais alemã, de direito privado, que fornece aos seus clientes dados sobre a avaliação de crédito de terceiros, em especial consumidores. É para este efeito que a interveniente atribui a dita pontuação de crédito. Neste contexto, prevê-se a probabilidade de comportamentos futuros, como o reembolso de um crédito, com base em certas características da pessoa, que são avaliadas com recurso a um procedimento matemático-estatístico, não sendo as características específicas tomadas em consideração nem o método em que assenta o referido procedimento matemático-estatístico tornados públicos. A atribuição de uma pontuação de crédito assenta, pois, no pressuposto de que, através da classificação de uma pessoa num grupo de outras pessoas com certas características comparáveis, que assumiram no passado determinada conduta, é possível prever um comportamento semelhante. Portanto, se a pessoa em causa revela um determinado perfil, a interveniente atribui-lhe a pontuação de crédito estabelecida, sendo que a mesma é considerada no processo decisório do putativo contraente, por exemplo, uma instituição de crédito, com vista à eventual concessão de crédito, com as correspondentes consequências.
2. Uma entidade terceira recusou-se a conceder crédito à demandante, com base nas informações negativas recolhidas junto da interveniente. Seguidamente, a demandante exigiu junto da interveniente não só o apagamento de registos que considerou errados, mas também informação acerca dos dados guardados. No dia 10 de julho de 2018, a interveniente comunicou à demandante que esta está classificada com uma pontuação de crédito de 85,96 %. Além disso, por cartas de 8 e de 23 de agosto de 2018, a interveniente comunicou ainda à demandante, em traços gerais, os princípios que subjazem ao seu método de cálculo da pontuação de crédito, mas não lhe transmitiu quais as informações específicas tidas em conta nesse cálculo, e qual a relevância que lhes era atribuída nesse contexto. Segundo a interveniente, não está obrigada a revelar o método de cálculo, uma vez que tal método é abrangido pelo segredo comercial. A interveniente referiu, ainda, que se limite a disponibilizar informações aos seus clientes, mas que são estes que tomam as decisões contratuais; a interveniente não dá recomendações a favor ou contra a celebração de contrato com uma pessoa sobre a qual presta informações. No dia 18 de outubro de 2018, a demandante, atendendo às respostas recebidas, apresentou reclamação junto do demandado, requerendo que este ordenasse à interveniente que desse cumprimento aos pedidos de acesso e de apagamento. Segundo a demandante, é obrigação da interveniente informar acerca da lógica

subjacente ao tratamento dos dados, bem como da amplitude e das consequências do mesmo.

3. O demandado, por decisão de 3 de junho de 2020, notificada à demandante, recusou praticar novos atos relativamente à interveniente. Fundamentou a sua posição declarando, nomeadamente, que o cálculo, pela interveniente, da avaliação de crédito deve respeitar as condições detalhadamente impostas pelo § 31 da Bundesdatenschutzgesetz (artigo 1.º da Lei Federal da Proteção de Dados, de 30 de junho de 2017, *BGBl. I*, p. 2097, a seguir «BDSG»), mas que a interveniente respeita, em geral, essas condições, não havendo indícios do contrário no caso em apreço.
4. O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (a seguir «RGPD», JO 2016, L 119, p. 1), entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018. O RGPD estabelece, como regra, a proibição do tratamento de dados, que pode, contudo, ser autorizado, em certas circunstâncias; assim, o artigo 6.º do RGPD contém os principais casos em que o tratamento é autorizado. O RGPD prevê, além disso, um conceito de proteção composto por múltiplos instrumentos, em especial os direitos dos titulares dos dados a informação, acesso, apagamento e reclamação junto da autoridade de controlo responsável (para que a mesma atue), bem como ainda o direito de recurso aos tribunais nacionais, para impugnação de decisões da administração pública. O RGPD regula, nomeadamente, a chamada «definição de perfis», cuja definição legal consta do artigo 4.º, ponto 4, do RGPD e que abrange a atuação da interveniente ora em causa, conhecida por «scoring». A definição de perfis é objeto de várias disposições legais, entre elas o artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD, no quadro do direito de acesso do titular dos dados, o artigo 21.º, n.º 1, primeiro período, última parte, do RGPD, no quadro do direito de oposição do titular dos dados, e – em especial – o artigo 22.º do RGPD, no qual se prevê a sua proibição geral (n.º 1 do artigo 22.º do RGPD), com exceções (n.º 2 do artigo 22.º do RGPD), sempre que estejam em causa decisões que sejam tomadas exclusivamente com base em definição de perfis.
5. O RGPD, como regulamento da União na aceção do artigo 288.º, segundo parágrafo, TFUE, tem carácter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. Não obstante estes princípios, o RGPD contém várias cláusulas de abertura, que conferem aos Estados-Membros, em certa medida, margem para a adoção de regras nacionais. É ao abrigo deste poder legislativo, assim atribuído, que entrou em vigor, em 25 de maio de 2018, a nova BDSG. O § 31 da BDSG contém regras pormenorizadas acerca do «scoring» e da prestação de informações sobre avaliação de crédito.

II.

1. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «CDF», JO 2016, C 202, p. 389) estatui o seguinte:

6. Artigo 7.º da CDF – Respeito pela vida privada e familiar

«Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.»

7. Artigo 8.º da CDF – Proteção de dados pessoais

«1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.»

8. Artigo 52.º da CDF – Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios

«1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

[...]»

2. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «TFUE», na versão consolidada de 7 de junho de 2016, JO 2016, C 202, pp. 1 e 47), estatui o seguinte:

9. Artigo 288.º TFUE

«[...]»

O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

[...]»

3. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados [Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados

personais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (JO 2016, L 119, p. 1)] estatui o seguinte:

10. Artigo 4.º do RGPD – Definições

«Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

[...]

4) “Definição de perfis”, qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações;

[...]».

11. Artigo 6.º do RGPD – Licitude do tratamento

«1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

- a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;
- b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;
- c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
- e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;
- f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrónica.

2. Os Estados-Membros podem manter ou aprovar disposições mais específicas com o objetivo de adaptar a aplicação das regras do presente regulamento no que diz respeito ao tratamento de dados para o cumprimento do n.º 1, alíneas c) e e), determinando, de forma mais precisa, requisitos específicos para o tratamento e outras medidas destinadas a garantir a licitude e lealdade do tratamento, inclusive para outras situações específicas de tratamento em conformidade com o capítulo IX.

3. O fundamento jurídico para o tratamento referido no n.º 1, alíneas c) e e), é definido:

- a) Pelo direito da União; ou
- b) Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito.

A finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no n.º 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Esse fundamento jurídico pode prever disposições específicas para adaptar a aplicação das regras do presente regulamento, nomeadamente: as condições gerais de licitude do tratamento pelo responsável pelo seu tratamento; os tipos de dados objeto de tratamento; os titulares dos dados em questão; as entidades a que os dados pessoais poderão ser comunicados e para que efeitos; os limites a que as finalidades do tratamento devem obedecer; os prazos de conservação; e as operações e procedimentos de tratamento, incluindo as medidas destinadas a garantir a legalidade e lealdade do tratamento, como as medidas relativas a outras situações específicas de tratamento em conformidade com o capítulo IX. O direito da União ou do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido.

4. Quando o tratamento para fins que não sejam aqueles para os quais os dados pessoais foram recolhidos não for realizado com base no consentimento do titular dos dados ou em disposições do direito da União ou dos Estados-Membros que constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar os objetivos referidos no artigo 23.º, n.º 1, o responsável pelo tratamento, a fim de verificar se o tratamento para outros fins é compatível com a finalidade para a qual os dados pessoais foram inicialmente recolhidos, tem nomeadamente em conta:

- a) Qualquer ligação entre a finalidade para a qual os dados pessoais foram recolhidos e a finalidade do tratamento posterior;
- b) O contexto em que os dados pessoais foram recolhidos, em particular no que respeita à relação entre os titulares dos dados e o responsável pelo seu tratamento;

- c) A natureza dos dados pessoais, em especial se as categorias especiais de dados pessoais forem tratadas nos termos do artigo 9.º, ou se os dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações forem tratados nos termos do artigo 10.º;
- d) As eventuais consequências do tratamento posterior pretendido para os titulares dos dados;
- e) A existência de salvaguardas adequadas, que podem ser a cifragem ou a pseudonimização.»

12. Artigo 15.º do RGPD – Direito de acesso do titular dos dados

«1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de aceder aos seus dados pessoais e às seguintes informações:

[...]

h) A existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados.»

13. Artigo 21.º do RGPD – Direito de oposição

«1. O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6.º, n.º 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6.º, n.º 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. [...]

14. Artigo 22.º do RGPD – Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis

«1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.

2. O n.º 1 não se aplica se a decisão:

- a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento;
- b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou

c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.

3. Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.

4. As decisões a que se refere o n.º 2 não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, a não ser que o n.º 2, alínea a) ou g), do mesmo artigo sejam aplicáveis e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.»

4. A **Bundesdatenschutzgesetz**, de 30 de junho de 2017 (Lei Federal sobre a Proteção de Dados, *BGBI. I*, p. 2097, alterada pelo artigo 12.º da Lei de 20 de novembro de 2019, *BGBI. I*. 1626), estatui o seguinte:

15. § 31 da BDSG – Proteção das transações económicas no caso de «scoring» e de informação sobre a solvência

«(1) A utilização de um valor de probabilidade sobre um determinado comportamento futuro de uma pessoa singular com o objetivo de decidir sobre o estabelecimento, a execução ou cessação de uma relação contratual com essa pessoa (*scoring*) só é admissível se:

1. forem respeitadas as normas jurídicas relativas à proteção de dados;
2. for comprovado, com base num método matemático-estatístico cientificamente reconhecido, que os dados utilizados para calcular o valor da probabilidade são pertinentes para o cálculo da probabilidade do comportamento específico;
3. não forem utilizados exclusivamente dados relativos a endereços para o cálculo do valor da probabilidade, e
4. no caso da utilização de dados relativos a endereços, a pessoa afetada tenha sido notificada da utilização prevista de tais dados antes do cálculo do valor da probabilidade; a notificação deve ser documentada.

(2) A utilização de um valor de probabilidade, determinado por agências prestadoras de informações comerciais acerca da solvabilidade e da vontade de pagar de uma pessoa singular, só é admissível, no caso da recolha de informações creditícias, se estiverem preenchidos os pressupostos enunciados no n.º 1 e apenas forem tidos em conta os créditos relativos a prestações devidas que não tenham sido satisfeitos apesar de vencidos,

1. estabelecidos por sentença transitada em julgado ou declarada provisoriamente executória, ou para os quais exista título de dívida, em conformidade com o § 794 do Código de Processo Civil [alemão],
2. determinados nos termos do § 178 do Código da Insolvência [alemão] e sem que tenham sido contestados pelo devedor até à diligência de verificação dos créditos,
3. expressamente reconhecidos pelo devedor,
4. relativamente aos quais
 - a) após o vencimento do crédito, o devedor tenha sido interpelado por escrito para cumprir, pelo menos por duas vezes,
 - b) a primeira interpelação tenha ocorrido há pelo menos quatro semanas,
 - c) o devedor tenha sido previamente informado, no momento da primeira interpelação ou posteriormente, sobre a possibilidade de o incumprimento ser tomado em consideração por agências prestadoras de informações comerciais, e
 - d) o devedor não tiver contestado o crédito, ou
5. relativamente aos quais a relação contratual subjacente possa ser definitivamente resolvida por atrasos de pagamento e no âmbito da qual o devedor tenha sido previamente informado sobre a possibilidade de o incumprimento ser tomado em consideração por agências prestadoras de informações comerciais.

Permanece inalterada a admissibilidade do tratamento, incluindo a determinação de valores de probabilidade, de outros dados relevantes para a determinação da solvabilidade, nos termos das regras gerais do direito em matéria de proteção de dados pessoais.»

III.

16. No presente caso, a decisão a proferir depende da questão de saber se a atividade das agências prestadoras de informações comerciais, como é caso da interveniente, que consiste na atribuição de pontuações de crédito a titulares de dados e na disponibilização dessas pontuações, sem recomendações ou notas, a terceiros – que, por seu turno, com recurso a essas pontuações, contratam (ou não) com os referidos titulares dos dados –, é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. Se assim for, a admissibilidade da determinação de uma pontuação de crédito para efeitos da sua transmissão por uma agência prestadora de informações comerciais, como sucede com a interveniente, é unicamente regulada pelo artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do RGPD, em conjugação com o § 31 da BDSG, constituindo estas disposições simultaneamente o

parâmetro – sempre que o titular dos dados, como sucedeu no caso em apreço, apresenta reclamação junto da autoridade de controlo competente – para a apreciação, pela autoridade de controlo, da atividade da agência prestadora de informações comerciais. Neste contexto, importa ainda saber se uma disposição com o teor do § 31 da BDSG é compatível com o artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do RGPD. Isto porque, se o não for, falta, justamente, o critério legal à luz do qual o demandado apreciou a atuação da interveniente.

Quanto à primeira questão:

Aplicabilidade do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD a agências prestadoras de informações comerciais

17. Nos termos do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar. Esta disposição baseia-se no anterior artigo 15.º da Diretiva 95/46/CE. Atendendo ao seu teor literal, parece consagrar um direito que deve ser exercido pelo titular dos dados. Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio, ao invés, está convencido de que esta disposição prevê uma proibição geral, cuja violação não tem de ser invocada no caso concreto.
18. Uma atividade como a atividade controvertida exercida pela interveniente, que consiste na compilação automatizada de dados pessoais para determinar um valor de probabilidade relativo à adoção de um comportamento futuro por uma pessoa singular, para transmissão a um terceiro a fim de que este decida acerca do estabelecimento, da execução ou da cessação de uma relação contratual com a referida pessoa, está certamente abrangida, atento o seu conteúdo, pelo âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. A disposição em causa, segundo o seu sentido inequívoco, abrange não apenas, mas também, as decisões adotadas com base na definição de perfis – v., também, o considerando 71, segundo período. A definição de perfis é definida legalmente, no artigo 4.º, ponto 4, do RGPD, como qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, a saúde, as preferências pessoais, os interesses, a fiabilidade, o comportamento, a localização ou as deslocações dessa pessoa.
19. A atribuição de pontuações de crédito preenche os elementos da referida definição. Aponta no mesmo sentido o considerando 71, segundo período, nos termos do qual a definição de perfis abrange, nomeadamente, a análise e previsão de aspetos relacionados com a situação económica, a fiabilidade ou o comportamento de uma pessoa. De salientar ainda que o considerando 71, primeiro período, menciona, como exemplo de decisões às quais se reporta o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, a recusa automática de um pedido de crédito por via

eletrónica. Assim, o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD aplica-se, em regra, a casos como o presente, na medida em que, segundo a vontade do legislador da União, a atribuição de pontuações de crédito constitui uma subforma de definição de perfis, na aceção do artigo 4.º, ponto 4, do RGPD.

20. O órgão jurisdicional de reenvio entende que no presente caso está, além disso, preenchido o pressuposto da *decisão* tomada exclusivamente com base no *tratamento automatizado*, previsto no artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. Ao que não obsta o facto de, nos termos referidos, a principal atividade de agências prestadoras de informações comerciais – como a interveniente – consistir na atribuição de pontuações de crédito, que segundo os considerandos parece ser uma subforma da definição de perfis. É evidente que o legislador da União, no artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, não quis regular de forma autónoma a admissibilidade, em termos do direito de proteção de dados, da definição de perfis, tendo antes optado por tratá-la no quadro das decisões tomadas com base em tratamento automatizado, como uma eventual parte integrante das mesmas. É o que resulta do teor da disposição, cuja proibição tem por objeto a *decisão tomada com base* na definição de perfis – ou outro tratamento automatizado -, mas não a própria definição de perfis.
21. Não obstante, este Tribunal considera que a atribuição de uma pontuação de crédito, por uma agência prestadora de informações comerciais, não constitui uma mera definição de perfis preparatória da decisão a tomar pelo terceiro responsável, tratando-se antes de uma efetiva «decisão» autónoma, na aceção do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD.
22. O Tribunal tem consciência, atendendo ao teor do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, que esta disposição, interpretada restritivamente, pode ser e é maioritariamente entendida, no sentido de não se aplicar diretamente à atividade de agências prestadoras de informações comerciais. Sucede que este Tribunal considera que a referida interpretação assenta numa perceção errada da atividade de agências prestadoras de informações comerciais e da influência das pontuações de crédito por elas atribuídas. Efetivamente, essa perceção tem por base o raciocínio segundo o qual as agências prestadoras de informações comerciais não tomam, elas próprias, a decisão a que se refere o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, uma vez que, através do apuramento e compilação dos dados pessoais, para efeitos da definição de perfil e da subsequente atribuição de uma pontuação de crédito final, se limitam a preparar a decisão do responsável, já que com a comunicação da referida pontuação ao terceiro responsável não dão, geralmente, qualquer recomendação a favor ou contra a relação contratual com o titular dos dados pessoais.
23. O RGPD, nas suas disposições e nos seus considerandos, procede a uma diferenciação conceptual entre o *tratamento*, por um lado, e a *decisão* que assenta nesse tratamento, por outro lado, sendo, precisamente, que se abstém de adotar regras materiais autónomas acerca da definição de perfis. Assim, o artigo 4.º, ponto 4, do RGPD prevê que constitui definição de perfis, na aceção do referido

RGPD, «qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais [...] *para avaliar* certos aspetos pessoais de uma pessoa singular». Por conseguinte, o texto da definição legal é suscetível de ser interpretado no sentido de a definição de perfis não se limitar ao apuramento dos parâmetros para o resultado da avaliação, antes abrangendo também o resultado dessa avaliação. Neste sentido, tendo em vista o caso concreto em apreço, pode-se entender que cai no respetivo âmbito a compilação automatizada das várias características com o objetivo da obtenção e o efetivo apuramento, por uma agência prestadora de informações comerciais, de uma pontuação de crédito global. Milita a favor de tal interpretação do conceito de definição de perfis o artigo 21.º, n.º 1, primeiro período, do RGPD, nos termos do qual o direito de oposição do titular dos dados se reporta a *qualquer tratamento*, incluindo, como resulta da última parte do período em causa, a *definição de perfis* com base nas disposições do RGPD. De resto, a diferenciação entre tratamento automatizado através da definição de perfis, por um lado, e decisão, por outro lado, resulta, em especial, do próprio artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. O artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, ao estatuir que o titular dos dados tem o direito de «não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis», cria explicitamente umnexo causal e uma sequência cronológica imperativa entre tratamento automatizado (incluindo a definição de perfis) e a decisão que nele assenta. A intenção do legislador da União, de distinguir entre ambos os conceitos, resulta, ainda, do considerando 71, primeiro e segundo períodos. Enquanto no primeiro período do considerando 71 se esclarece que o titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado, especifica-se, no segundo período do mesmo considerando, que esse princípio, quanto a «[e]sse tratamento» – e, portanto, não quanto à «decisão» – se aplica também à definição de perfis. No considerando 71, primeiro período, indica-se como exemplo de «decisão», justamente, a recusa automática de um pedido de crédito, o que aplicado em traços largos ao caso em apreço significa que é a decisão de não concessão do crédito, pela instituição creditícia, que constitui a «decisão» relevante, e não a determinação da ponderação pela interveniente. Por fim, o artigo 21.º, n.º 1, primeiro período, o artigo 22.º, n.º 1, e o artigo 4.º, ponto 4, do RGPD, bem como ainda os primeiros dois períodos do considerando 71 e o considerando 72, podem ser interpretados no sentido de que nos casos como aquele que está na origem do processo principal, em que uma agência prestadora de informações de crédito apura uma pontuação de crédito, está em causa um «tratamento» e não uma «decisão», na aceção do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD.

24. Acontece, porém, que o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas consideráveis acerca de uma tal interpretação restritiva do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. Considera que há indícios relevantes que militam a favor do entendimento segundo o qual a atribuição automatizada, pelas agências prestadoras de informações comerciais, de uma pontuação de crédito para avaliar antecipadamente a capacidade económica do titular dos dados, constitui, em si mesma, uma *decisão* tomada com base num tratamento automatizado, na aceção do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. O órgão jurisdicional de reenvio justifica essas

suas dúvidas, em termos materiais, com a relevância da pontuação de crédito, definida pelas agências prestadoras de informações comerciais, na prática decisória dos terceiros responsáveis, bem como, em termos jurídicos, com as finalidades prosseguidas pelo artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, bem como com as medidas de proteção jurídica consagradas no artigo 87.º e segs. do RGPD:

25. De um ponto de vista factual, o presente Tribunal tem sérias reservas relativamente à suposição segundo a qual os terceiros responsáveis, após a apresentação da pontuação de crédito referente a determinado titular dos dados, tomariam a decisão concreta de forma não exclusivamente automatizada, como é exigido pelo artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. Ainda que de um ponto de vista meramente hipotético o terceiro responsável *possa* tomar uma decisão própria acerca do estabelecimento ou não e das eventuais condições de uma relação contratual com o titular dos dados, já que nesta fase do processo decisório ainda é possível adotar-se uma decisão dirigida por um ser humano, na prática essa decisão é determinada em tão larga medida pela pontuação de crédito fornecida pelas agências prestadoras de informações comerciais, que esta se impõe na decisão do terceiro responsável. Dito de outro modo: *na prática*, acaba por ser a pontuação de crédito, atribuída com base no tratamento automatizado por uma agência prestadora de informações comerciais, que determina se e como é estabelecida uma relação contratual pelo terceiro responsável com o titular dos dados. É certo que o terceiro responsável não *tem* de fazer depender a sua decisão exclusivamente da pontuação de crédito, mas, em regra, acaba por o *fazer* em termos determinantes. De facto, mesmo havendo uma pontuação de crédito à partida suficiente, a concessão de crédito pode ser recusada (por outras razões, como por exemplo a falta de garantias ou as dúvidas acerca do êxito do investimento objeto do financiamento), mas já uma pontuação de crédito considerada insuficiente, pelo menos no caso dos créditos a consumidores, implicará quase sempre uma recusa do crédito, ainda que, de resto, o investimento se antevêja compensador. A experiência da autoridade de controlo em matéria de proteção de dados revela que as pontuações de crédito assumem um papel fulcral na concessão de crédito e na configuração das respetivas condições [omissis]. [Referência à fonte]

26. Ora, é justamente contra o perigo de decisões tomadas unicamente com base na automatização que o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD (com as exceções previstas no artigo 22.º, n.º 2, do RGPD) visa conferir proteção aos titulares dos dados. O objetivo do legislador é impedir que o processo decisório ocorra sem apreciação e avaliação individual, por um ser humano. Não é suposto o titular dos dados ficar sujeito a um procedimento exclusivamente técnico e pouco transparente, sem que consiga decifrar os pressupostos e os critérios de avaliação e sem que lhe seja eventualmente possível ter algum tipo de intervenção através do exercício dos seus direitos. Por conseguinte, a razão de ser deste regime jurídico é, para além da concessão de proteção contra decisões discriminatórias adotadas com base em programas de tratamento de dados supostamente objetivos, a criação de transparência e equidade no âmbito do processo decisório. As decisões que têm por objeto o exercício de liberdades individuais não devem ser

sujeitas, sem controlo, à lógica de algoritmos. Efetivamente, os algoritmos trabalham com base em correlações e probabilidades, que não respeitam necessariamente uma causalidade e que também não conduzem necessariamente a resultados «corretos», de um ponto de vista humano. Pois da sistematização de dados individuais exatos podem ser extraídas conclusões erradas, injustas ou discriminatórias, as quais – caso constituam a base do processo decisório – podem restringir significativamente as liberdades do titular dos dados, degradando-o de sujeito a objeto de uma decisão despersonalizada. É particularmente assim quando o titular dos dados desconhece o recurso a algoritmos ou, caso dele tenha conhecimento, não vislumbra quais os dados que influenciam a decisão e com que peso e com base em que método de análise o fazem. Ora, é justamente esta intenção do legislador da União, de prever genericamente um fator corretivo humano no tratamento automatizado de dados e de só limitadamente admitir exceções (artigo 22.º, n.º 2, do RGPD), que é frustrada, já que a pontuação de crédito atribuída automaticamente acaba por assumir, por norma, uma posição prevalente no processo decisório do terceiro responsável.

27. O legislador da União quis resolver este conflito de base, por intermédio da proibição consagrada no artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, por assim dizer «à custa» do terceiro responsável, tomando como referência a (última) decisão respeitante ao titular dos dados. Neste sentido, as exigências processuais para a definição de perfis são formuladas apenas no sexto período do considerando 71, que tem especial relevância para a definição de perfis. De resto, a admissibilidade do tratamento de dados para a definição de perfis resulta, no máximo, da enumeração das condições gerais de tratamento, contida no artigo 6.º, n.º 1, do RGPD. É o que resulta tanto do artigo 21.º, n.º 1, primeiro período, parte final, do RGPD, no qual se indica como possível fundamento jurídico da definição de perfis o artigo 6.º, n.º 1, alíneas e) e f), do RGPD, como também do primeiro período do considerando 72, segundo a qual a definição de perfis está sujeita às regras do RGPD que regem o tratamento de dados pessoais, incluindo o fundamento jurídico do tratamento ou os princípios da proteção de dados.
28. Como resultado destas previsões meramente rudimentares do RGPD quanto à definição de perfis, por um lado, e do postulado geral do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, por outro lado, coloca-se em especial o problema da defesa efetiva dos direitos pelos titulares dos dados. Está em causa – em paralelo com os mecanismos de fiscalização das autoridades de controlo – o mecanismo decisivo de defesa dos direitos, consagrado no RGPD. É o que revelam não apenas os direitos de reclamação e de recurso previstos no artigo 87.º e segs. do RGPD, regulados de maneira equilibrada e exaustiva, mas também os direitos complementares dos titulares dos dados, como consagrados nos artigos 12.º e segs. do RGPD. O objetivo do RGPD é, através da previsão das correspondentes estipulações em matéria, em especial, de direito de acesso e de princípio da transparência, capacitar e mobilizar o cidadão informado para que atue no sentido da defesa dos seus direitos.

29. Estes direitos acabam por ser esvaziados de conteúdo através da conjugação da atividade das agências prestadoras de informações comerciais (da falta) de obrigações a que estão sujeitas e da prática decisória dos terceiros responsáveis. É certo que relativamente às agências prestadoras de informações comerciais, o titular dos dados dispõe de um direito de acesso geral, nos termos do artigo 15.º do RGPD; contudo, este acaba por não fazer justiça às especificidades da definição de perfis, com as quais o RGPD tenta lidar, precisamente, através dos seus artigos 15.º, n.º 1, alínea h), 21.º, n.º 1, primeiro período, segunda parte, e 22.º Pois no quadro do direito geral de acesso, as agências prestadoras de informações comerciais não são obrigadas a divulgar a lógica e a composição dos parâmetros decisivos na atribuição da pontuação de crédito; não o fazem por motivos de proteção face à concorrência, invocando para o efeito o seu segredo comercial.
30. O próprio terceiro responsável não pode prestar ao titular dos dados informações acerca da atribuição da pontuação de crédito, apesar de esta subjazer determinantemente à sua própria decisão, já que não tem conhecimento da lógica em que ela assenta; a mesma não lhe é revelada pela agência prestadora de informações comerciais.
31. Desta forma, acaba por verificar-se uma lacuna na proteção jurídica: aquele junto do qual o titular dos dados poderia obter as informações necessárias, não está, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD, obrigado a prestá-las, já que supostamente não toma ele próprio «decisões automatizadas», na aceção do referido artigo, e aquele que sujeita o seu processo decisório à pontuação de crédito atribuída de forma automatizada e que portanto está obrigado, nos termos do referido artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD, a prestar informações, não está em condições de fazê-lo, porque não dispõe das mesmas.
32. Já se a determinação da pontuação de crédito pela agência prestadora de informações comerciais cair no âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, fica a lacuna preenchida. De facto, não apenas a determinação de pontuação de crédito fica abrangida pela proibição estipulada pelo artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, de modo que ao resultar de um tratamento exclusivamente automatizado passa a só ser admissível se preencher as condições das exceções consagradas no artigo 22.º, n.º 2, do RGPD, fazendo-se assim justiça à intenção do legislador da União de submeter tais decisões a controlo regulatório, como, além disso, este procedimento acaba por também possibilitar que, através da cláusula de abertura consagrada no artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do RGPD, os Estados-Membros regulem mais detalhadamente estes processos decisórios, faculdade esta que lhes é negada pelas atuais disposições do RGPD em matéria de definição de perfis e processos decisórios automatizados (v. a segunda questão prejudicial).
33. A referida lacuna na proteção jurídica também não é suficientemente preenchida pelo direito de oposição do titular dos dados, consagrado no artigo 21.º, n.º 1, primeiro período, segunda parte, do RGPD. Segundo esta disposição,

«[o] titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6.º, n.º 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6.º, n.º 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições». Contudo, no caso das agências prestadoras de informações comerciais, o titular dos dados, geralmente não sabe que se tornou objeto de um processo automatizado de pontuação de crédito. Geralmente só obtém esse conhecimento depois de já ter sido tomada, por um terceiro responsável, uma decisão que lhe é desfavorável, com fundamento na referida pontuação de crédito. Ora, neste momento já de nada lhe serve o direito de oposição, pelo menos no que concerne ao «dossier» entretanto encerrado; ou seja, nesta medida já só pode exercer o direito de oposição relativamente a um tratamento de dados futuro, pela agência prestadora de informações comerciais.

Quanto à segunda questão:

Regimes jurídicos dos Estados-Membros em matéria de «scoring»

34. Nos termos do § 31, n.º 1, da BDSG, a admissibilidade do recurso a um valor de probabilidade sobre um determinado comportamento futuro de uma pessoa singular com o objetivo de decidir acerca do estabelecimento, da execução ou da cessação de uma relação contratual com essa pessoa («scoring») depende do preenchimento de certos pressupostos. Nos termos do § 31, n.º 2, da BDSG, o recurso a um valor de probabilidade, determinado por agências prestadoras de informações comerciais acerca da solvabilidade e da vontade de pagar de uma pessoa singular, só é admissível, no caso da recolha de informações creditícias, se estiverem preenchidos os pressupostos enunciados no n.º 1 e apenas forem tidos em conta os créditos relativos a prestações devidas que não tenham sido satisfeitos apesar de vencidos e que preencham outros requisitos específicos, sendo que permanece inalterada a admissibilidade do tratamento, incluindo a determinação de graus de probabilidade, de outros dados relevantes para a determinação da solvabilidade, nos termos das regras gerais do direito em matéria de proteção de dados pessoais.
35. Por esta via, o legislador alemão acaba, em suma, através do § 31 da BDSG, por adotar regras sobre o «scoring», como subforma de definição de perfis. O órgão jurisdicional de reenvio tem sérias dúvidas acerca da compatibilidade deste regime com o artigo 22.º do RGPD, já que o legislador alemão se limita a regular o «recurso» a um «valor de probabilidade», mas não a própria determinação desse valor de probabilidade.
36. O § 31 da BDSG é exaustivo a este respeito, já que só trata da definição de perfis na medida em que a mesma constitua a base de uma decisão. Por conseguinte, o objeto da proibição é constituído apenas pela *decisão* e não pela definição de perfis que a antecede. Nem o artigo 22.º do RGPD, nem outras disposições do mesmo formulam exigências materiais específicas que o tratamento de dados para efeitos de definição de perfis, sob a forma de «scoring»,

tenha de cumprir para ser considerado lícito. De resto, no que respeita à definição de perfis, apenas se preveem regras, quanto aos deveres de informação, no artigo 14.º, n.º 2, alínea g), do RGPD, quanto ao direito de acesso, no artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD – em ambos os casos unicamente com referência à existência de decisões automatizadas e não com referência à própria definição de perfis –, e quanto ao direito de oposição do titular dos dados, no artigo 21.º, n.º 1, primeira parte, do RGPD, além de se preverem outras regras que não assumem relevância para a boa decisão do presente processo.

37. Na falta de disposições específicas, a admissibilidade da definição de perfis – na medida em que, assumindo a forma de «scoring», não é abrangida pelo artigo 22.º do RGPD por via da decisão que nele assenta –, é regulada pelas condições gerais do tratamento, previstas no artigo 6.º do RGPD. O legislador alemão, ao estabelecer requisitos de admissibilidade materiais complementares para o «scoring», acaba por especificar a matéria em causa extravasando o previsto nos artigos 6.º e 22.º do RGPD. Contudo, carece de competência legislativa para o efeito.
38. Essa competência legislativa não resulta, nomeadamente, do artigo 22.º, n.º 1, alínea b), do RGPD. O RGPD só prevê a competência legislativa dos Estados-Membros, relativamente à definição de perfis, se a decisão for tomada *exclusivamente* com base no tratamento automatizado. Já o § 31 da BDSG contém um regime que se aplica indiferenciadamente também a decisões não automatizadas, mas regula aí a admissibilidade do recurso a tratamento de dados sob a forma de «scoring». Ora, de acordo com a sistemática do artigo 22.º do RGPD e as condições gerais do tratamento, consagradas no artigo 6.º do RGPD, a admissibilidade de decisões que *não* sejam tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, é regulada pelo artigo 6.º do RGPD. O legislador nacional não dispõe de competência para legislar sobre esta matéria – pelo menos na medida em que se considere que o legislador da União renunciou intencionalmente a regulá-la. Aparentemente, o legislador da União não quis prever exigências mais específicas para a definição de perfis. A ser assim, então não pode fazê-lo o legislador nacional – este só o pode fazer no quadro do artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do RGPD, se as disposições nacionais tratarem de decisões que sejam tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado.
39. Tanto mais é assim que o RGPD constitui um regulamento, na aceção do artigo 288.º, [segundo] parágrafo, TFUE. Segundo jurisprudência constante do TJUE [v. o Acórdão de 19 de outubro de 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2019:779, n.os 62 e segs.)], o legislador nacional está impedido de proceder a apreciações legais definitivas – neste caso, através do § 31 da BDSG – em relação a disposições adotadas pelo legislador da União de forma abstrata – neste caso, os artigos 6.º e 22.º do RGPD –, no que se refere a requisitos estabelecidos numa diretiva. Este raciocínio tem de aplicar-se, por maioria de razão, a disposições contidas em regulamentos, como acontece no presente caso.

40. Significativamente, o legislador alemão, na sua fundamentação do § 31 da BDSG, também não indica a origem da sua competência legislativa relativamente a esta disposição. A exposição de motivos é constituída por indicações mais ou menos genéricas, no sentido de que a disposição retoma o regime anterior, consagrado nos §§ 28a e 28b da BDSG, na versão antecedente, sendo que as normas substantivas manteriam pertinência. Diferentemente, o projeto de lei do Bundesministerium des Innern (Ministério Federal do Interior), de 11 de novembro de 2016, pp. 93 e segs., ainda referia que a competência legislativa dos Estados-Membros decorria da «leitura conjugada do artigo 6.º, n.º 4, e do artigo 23.º, n.º 1» do RGPD. Este entendimento – que em si mesmo não é sustentável – acabou aparentemente por ser abandonado no decurso do processo legislativo.

IV.

41. Por todo o exposto, impõe-se proceder a um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia. A boa decisão do litígio depende das respostas às questões prejudiciais.
42. O resultado do processo depende da resposta que vier a ser dada à primeira questão prejudicial. Se o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD for de interpretar no sentido de que a determinação de uma pontuação de crédito por uma agência prestadora de informações comerciais constitui uma decisão autónoma, para efeitos do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, então a mesma – que é a sua atividade principal – é abrangida pela proibição de decisões individuais automatizadas. Por conseguinte, careceria de base jurídica do Estado-Membro, na aceção do artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do RGPD, sendo que só o § 31 da BDSG poderia fornecê-la. Acontece que subsistem, precisamente, dúvidas sérias acerca da sua compatibilidade com o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. A interveniente não apenas atuaria desprovida de base jurídica, como violaria *ipso iure* a proibição estipulada no artigo 22.º, n.º 1, do RGPD. Consequentemente, a demandante teria ao mesmo tempo o direito de que a demandada, enquanto autoridade de controlo, prosseguisse a apreciação do caso.
43. Caso se responda negativamente à primeira questão prejudicial, ou seja, caso se entenda que a definição de perfis não constitui, ela própria, uma decisão, na aceção do artigo 22.º, n.ºs 1 e 2, do RGPD, então ter-se-á de constatar que a cláusula de abertura prevista nos termos do artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do RGPD não se aplica a regimes jurídicos nacionais em matéria de definição de perfis. Em face do caráter em princípio exaustivo do RGPD, que visa a harmonização total, impõe-se procurar uma outra base de competência que sustente o regime jurídico nacional. Contudo, uma vez que, nos termos expostos, não se vislumbra qual possa ser (sendo, nomeadamente, que ela não resulta das disposições rudimentares do RGPD), afigura-se que o regime jurídico nacional previsto pelo § 31 da BDSG não é aplicável, o que, por seu turno, altera a margem de apreciação da autoridade de controlo nacional, a quem competiria então avaliar a conformidade da atividade das agências prestadoras de informações comerciais à luz do artigo 6.º do RGPD.

V.

44. Este despacho não é impugnável.

[Omissis]

Wiesbaden, 7 de outubro de 2021

[Omissis] [assinaturas; referências à elaboração]

DOCUMENTO DE TRABALHO