

Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-634/21 – 1

Zaak C-634/21

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

15 oktober 2021

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgericht Wiesbaden (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 oktober 2021

Verzoekende partij:

OQ

Verwerende partij:

Land Hessen

6 K 788/20.WI

VERWALTUNGSGERICHT WIESBADEN

BESLISSING

In de bestuursrechtelijke procedure

OQ,

[OMISSIS] verzoekster

[OMISSIS] tegen

Land Hessen, vertegenwoordigd door de commissaris van de deelstaat Hessen voor gegevensbescherming en vrijheid van informatie

[OMISSIS] verweerder

in het geding geroepen partij:

SCHUFA Holding AG [OMISSIS], **betreffende** de wetgeving inzake de gegevensbescherming

heeft de zesde kamer van het Verwaltungsgericht Wiesbaden (bestuursrechter in eerste aanleg Wiesbaden, Duitsland)

[OMISSIS] op 1 oktober 2021 het volgende beslist:

I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Moet artikel 22, lid 1, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (PB 2016, L 119, blz. 1; hierna: „AVG”) aldus worden uitgelegd dat de geautomatiseerde vaststelling van een waarschijnlijkheidswaarde voor het vermogen van een persoon om in de toekomst een lening af te lossen, reeds een besluit vormt dat uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, is gebaseerd en waaraan voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft, wanneer die waarde, die met behulp van persoonsgegevens van de betrokkene is vastgesteld, door de verwerkingsverantwoordelijke aan een verwerkingsverantwoordelijke derde wordt doorgegeven en die derde zijn besluit over de totstandbrenging, de uitvoering of de beëindiging van een contractuele relatie met de betrokkene hoofdzakelijk op die waarde baseert?

2. Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord: Moeten artikel 6, lid 1, en artikel 22 AVG aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan een waarschijnlijkheidswaarde – in casu betreffende de solvabiliteit en betalingsbereidheid van een natuurlijke persoon, met inaanmerkingneming van informatie over vorderingen – voor een bepaalde toekomstige gedraging van een natuurlijke persoon slechts met het oog op het besluit over de totstandbrenging, uitvoering of beëindiging van een contractuele relatie met die persoon (zogenoemde scoring) mag worden gebruikt, indien is voldaan aan bepaalde nadere voorwaarden die in de motivering van de verwijzingsbeslissing nader zijn uiteengezet?

Motivering

I.

- 1 Het geding gaat over een vordering tegen de kredietscore die de in het geding geroepen partij SCHUFA Holding AG heeft berekend voor verzoekster. De in het geding geroepen partij is een Duits particulier kredietinformatiebureau dat aan zijn contractuele partners informatie verstrekt over de kredietwaardigheid van derden, in het bijzonder ook consumenten. Daartoe stelt de in het geding geroepen partij zogenoemde kredietscores vast. Hiervoor wordt de waarschijnlijkheid van een toekomstige gedraging van een persoon, zoals de terugbetaling van een lening, op basis van wiskundig-statistische methoden voorspeld aan de hand van bepaalde kenmerken van een persoon, waarbij noch de individuele kenmerken die als basis dienen, noch de wiskundig-statistische methode openbaar wordt gemaakt. Het vaststellen van kredietscores is gebaseerd op de veronderstelling dat door een persoon in te delen in een groep van andere personen met bepaalde vergelijkbare kenmerken die zich op een bepaalde manier hebben gedragen, soortgelijk gedrag kan worden voorspeld. Indien de persoon een bepaald profiel heeft, wordt de vastgestelde kredietscore hem door de in het geding geroepen partij toegekend en met de daaraan verboden gevolgen in aanmerking genomen in het besluitvormingsproces van degene die uiteindelijk een overeenkomst met de betrokkene sluit, bijvoorbeeld een kredietinstelling, bij het verstrekken van een lening.
- 2 Verzoekster werd door een derde partij een lening geweigerd, nadat de in het geding geroepen partij negatieve informatie had verstrekt. Vervolgens eiste verzoekster van de in het geding geroepen partij de verwijdering van volgens haar onjuiste vermeldingen en daarnaast inzage in de opgeslagen gegevens. Op 10 juli 2018 heeft de in het geding geroepen partij aan verzoekster informatie verstrekt waaruit blijkt dat verzoekster bij haar een kredietscore van 85,96 % had. Bij brieven van 8 augustus 2018 en 23 augustus 2018 heeft de in het geding geroepen partij verzoekster tevens in algemene bewoordingen meegedeeld hoe haar scoreberekening werkt, maar niet welke afzonderlijke stukken informatie in de berekening worden opgenomen en hoe deze worden gewogen. De in het geding geroepen partij was niet verplicht de berekeningsmethoden bekend te maken, aangezien deze volgens haar onder het bedrijfsgeheim vielen. De in het geding geroepen partij heeft verzoekster er ook op gewezen dat zij haar contractuele partners enkel informatie verstrekt, maar dat deze laatsten de eigenlijke contractuele beslissingen nemen; de in het geding geroepen partij doet in dit verband geen aanbeveling voor of tegen het sluiten van een overeenkomst met een partij over wie zij informatie heeft verstrekt. Op 18 oktober 2018 heeft verzoekster tegen de verstrekte informatie een klacht ingediend bij verweerder, met het verzoek de in het geding geroepen partij te gelasten te voldoen aan het verzoek van verzoekster om inzage en verwijdering. De in het geding geroepen partij was volgens haar verplicht informatie te verstrekken over de onderliggende logica en de reikwijdte alsmede de gevolgen van de verwerking.

- 3 Bij tot verzoekster gericht besluit van 3 juni 2020 weigerde verweerder om verdere stappen tegen de in het geding geroepen partij te ondernemen. Ter motivering stelde hij onder meer dat de berekening van de kredietwaardigheidswaarde door de in het geding geroepen partij weliswaar moet voldoen aan de vereisten die in detail zijn geregeld in § 31 van het Bundesdatenschutzgesetz (Duitse wet betreffende de gegevensbescherming) [artikel 1 van het Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU) (wet tot aanpassing van de wetgeving inzake gegevensbescherming aan verordening (EU) 2016/679 en tot uitvoering van richtlijn (EU) 2016/680) van 30 juni 2018, BGBl. I, blz. 2097; hierna: „BDSG”], maar dat aan die vereistengewoonlijk door de in het geding geroepen partij wordt voldaan en in het onderhavige geval niets erop wijst dat dit niet het geval was.
- 4 Op 25 mei 2018 is verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (PB 2016, L 119, blz. 1; hierna: „AVG” of „algemene verordening gegevensverwerking”) in werking getreden. De AVG voorziet in een algemeen verbod op gegevensverwerking onder voorbehoud van toestemming; belangrijke voorwaarden voor de rechtmatigheid van de verwerking zijn te vinden in artikel 6 AVG. Bovendien bevat de AVG een multi-instrumenteel beschermingsconcept, dat met name bepalingen omvat betreffende het recht van betrokkenen op informatie, inzage, wissing van gegevens en het recht om een klacht in te dienen bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit om in te grijpen, alsook het recht om bij de nationale rechter beroep in te stellen tegen besluiten van overheidsinstanties. De AVG heeft onder meer ook specifiek betrekking op de zogenoemde profilering, die wettelijk is gedefinieerd in artikel 4, punt 4, AVG; hieronder vallen de litigieuze handelingen van de in het geding geroepen partij, te weten de zogenoemde „scoring”. Profilering is geregeld in verschillende bepalingen, bijvoorbeeld in verband met het recht van betrokkenen overeenkomstig artikel 15, lid 1, onder h), AVG, het recht van betrokkenen om bezwaar te maken op grond van artikel 21, lid 1, eerste volzin, tweede zinsnede, AVG en – in de kern – op grond van artikel 22 AVG als algemeen verbod (artikel 22, lid 1, AVG) met uitzonderingen (artikel 22, lid 2, AVG), voor zover besluiten uitsluitend op profilering zijn gebaseerd.
- 5 Als Unierechtelijke verordening in de zin van artikel 288, tweede alinea, VWEU heeft de algemene verordening gegevensbescherming een algemene strekking, is zij verbindend in al haar onderdelen en is zij rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Ondanks deze beginselen bevat de algemene verordening gegevensbescherming diverse zogenoemde afwijkingsbepalingen die de lidstaten een zekere speelruimte geven voor nationale regelgeving. In het licht van deze gedelegeerde normatieve bevoegdheden is op 25 mei 2018 de nieuwe Duitse wet

inzake gegevensbescherming in werking getreden. § 31 BDSG bevat gedetailleerde voorschriften inzake scoring en informatie over kredietwaardigheid.

II.

1. Het **Handvest van de grondrechten** van de Europese Unie; hierna: „**Handvest**” (PB 2016, C 202, blz. 389) bevat de volgende regeling:

6 **Artikel 7 Handvest – De eerbiediging van het privé-leven en van het familie- en gezinsleven**

Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.

7 **Artikel 8 Handvest – De bescherming van persoonsgegevens**

1. *Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.*

2. *Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht van inzage in de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.*

3. *Een onafhankelijke autoriteit ziet erop toe dat deze regels worden nageleefd.*

8 **Artikel 52 Handvest – Reikwijdte en uitlegging van de gewaarborgde rechten en beginselen**

1. *Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

[...]

2. Het **Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie**; hierna: „**VWEU**” (in de geconsolideerde versie van 7 juni 2016, PB 2016, C 202, blz. 1, op blz 47) bevat de volgende bepalingen:

9 **Artikel 288 VWEU**

[...]

Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.

3. De algemene verordening gegevensbescherming [verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), PB 2016, L 119, blz. 1, met rectificatie in PB 2018, L 127, blz. 5; hierna: „AVG”] bevat de volgende regeling:

10 Artikel 4 AVG – Definities

Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

[...]

4. „profilering”: elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen;

11 Artikel 6 AVG – Rechtmatigheid van de verwerking

1. De verwerking is alleen rechtmatig indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

- a) de betrokkene heeft toestemming gegeven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens voor een of meer specifieke doeleinden;*
- b) de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen;*
- c) de verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust;*
- d) de verwerking is noodzakelijk om de vitale belangen van de betrokkene of van een andere natuurlijke persoon te beschermen;*
- e) de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen;*
- f) de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is.*

De eerste alinea, punt f), geldt niet voor de verwerking door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken.

2. De lidstaten kunnen specifiekere bepalingen handhaven of invoeren ter aanpassing van de manier waarop de regels van deze verordening met betrekking tot de verwerking met het oog op de naleving van lid 1, punten c) en e), worden toegepast; hiertoe kunnen zij een nadere omschrijving geven van specifieke voorschriften voor de verwerking en andere maatregelen om een rechtmatige en behoorlijke verwerking te waarborgen, ook voor andere specifieke verwerkingssituaties als bedoeld in hoofdstuk IX.

3. De rechtsgrond voor de in lid 1, punten c) en e), bedoelde verwerking moet worden vastgesteld bij:

a) Unierecht; of

b) lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is.

Het doel van de verwerking wordt in die rechtsgrond vastgesteld of is met betrekking tot de in lid 1, punt e), bedoelde verwerking noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of voor de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is verleend. Die rechtsgrond kan specifieke bepalingen bevatten om de toepassing van de regels van deze verordening aan te passen, met inbegrip van de algemene voorwaarden inzake de rechtmatigheid van verwerking door de verwerkingsverantwoordelijke; de types verwerkte gegevens; de betrokkenen; de entiteiten waaraan en de doeleinden waarvoor de persoonsgegevens mogen worden verstrekt; de doelbinding; de opslagperioden; en de verwerkingsactiviteiten en -procedures, waaronder maatregelen om te zorgen voor een rechtmatige en behoorlijke verwerking, zoals die voor andere specifieke verwerkingssituaties als bedoeld in hoofdstuk IX. Het Unierecht of het lidstatelijke recht moet beantwoorden aan een doelstelling van algemeen belang en moet evenredig zijn met het nagestreefde gerechtvaardigde doel.

4. Wanneer de verwerking voor een ander doel dan dat waarvoor de persoonsgegevens zijn verzameld niet berust op toestemming van de betrokkene of op een Unierechtelijke bepaling of een lidstaatrechtelijke bepaling die in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt ter waarborging van de in artikel 23, lid 1, bedoelde doelstellingen houdt de verwerkingsverantwoordelijke bij de beoordeling van de vraag of de verwerking voor een ander doel verenigbaar is met het doel waarvoor de persoonsgegevens aanvankelijk zijn verzameld onder meer rekening met:

a) ieder verband tussen de doeleinden waarvoor de persoonsgegevens zijn verzameld, en de doeleinden van de voorgenomen verdere verwerking;

- b) *het kader waarin de persoonsgegevens zijn verzameld, met name wat de verhouding tussen de betrokkenen en de verwerkingsverantwoordelijke betreft;*
- c) *de aard van de persoonsgegevens, met name of bijzondere categorieën van persoonsgegevens worden verwerkt, overeenkomstig artikel 9, en of persoonsgegevens over strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten worden verwerkt, overeenkomstig artikel 10;*
- d) *de mogelijke gevolgen van de voorgenomen verdere verwerking voor de betrokkenen;*
- e) *het bestaan van passende waarborgen, waaronder eventueel versleuteling of pseudonimisering.*

12 Artikel 15 AVG – Recht van inzage van de betrokkene

1. De betrokkene heeft het recht om van de verwerkingsverantwoordelijke uitsluitend te verkrijgen over het al dan niet verwerken van hem betreffende persoonsgegevens en, wanneer dat het geval is, om inzage te verkrijgen van die persoonsgegevens en van de volgende informatie: [...]

h) het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van de in artikel 22, leden 1 en 4, bedoelde profilering, en, ten minste in die gevallen, nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene.

13 Artikel 21 AVG – Recht van bezwaar

1. De betrokkene heeft te allen tijde het recht om vanwege met zijn specifieke situatie verband houdende redenen bezwaar te maken tegen de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens op basis van artikel 6, lid 1, onder e) of f), met inbegrip van profilering op basis van die bepalingen.

[...]

14 Artikel 22 AVG – Geautomatiseerde individuele besluitvorming, waaronder profilering

1. De betrokkene heeft het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

2. Lid 1 geldt niet indien het besluit:

- a) *noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke;*

b) *is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene; of*

c) *berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.*

3. *In de in lid 2, punten a) en c), bedoelde gevallen treft de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene, waaronder ten minste het recht op menselijke tussenkomst van de verwerkingsverantwoordelijke, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het besluit aan te vechten.*

4. *De in lid 2 bedoelde besluiten worden niet gebaseerd op de in artikel 9, lid 1, bedoelde bijzondere categorieën van persoonsgegevens, tenzij artikel 9, lid 2, punt a) of g), van toepassing is en er passende maatregelen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene zijn getroffen.*

4. Het **Bundesdatenschutzgesetz** van 30 juni 2017 (BGBl. I. blz. 2097, gewijzigd bij artikel 12 van de wet van 20 november 2019, BGBl. I. 1626) bevat de volgende regeling:

15 Artikel 31 BDSG – Bescherming van het economisch verkeer in het kader van scoring en informatieverstrekking over kredietwaardigheid

(1) Het gebruik van een waarschijnlijkheidswaarde over een bepaalde toekomstige gedraging van een natuurlijke persoon met het oog op een besluit over de totstandbrenging, uitvoering of beëindiging van een contractuele relatie met die persoon (scoring) is alleen toegestaan indien:

1. *de bepalingen van de wetgeving inzake gegevensbescherming in acht zijn genomen*
2. *de voor de berekening van de waarschijnlijkheidswaarde gebruikte gegevens aantoonbaar relevant zijn voor de berekening van de waarschijnlijkheid van de specifieke gedraging, met gebruikmaking van een wetenschappelijk erkende wiskundig-statistische methode,*
3. *niet uitsluitend adresgegevens werden gebruikt voor de berekening van de waarschijnlijkheidswaarde, en*
4. *in het geval van gebruik van adresgegevens, de betrokkene vóór de berekening van de waarschijnlijkheidswaarde in kennis is gesteld van het voorgenomen gebruik van deze gegevens; de kennisgeving moet worden gedocumenteerd.*

(2) *Het gebruik van een door kredietinformatiebureaus vastgestelde waarschijnlijkheidswaarde voor de solvabiliteit en betalingsbereidheid van een natuurlijke persoon is in het geval dat hierbij rekening wordt gehouden met informatie over vorderingen, alleen toegestaan, voor zover aan de voorwaarden van lid 1 is voldaan en vorderingen die betrekking hebben op een verschuldigde prestatie die ondanks het feit dat deze opeisbaar is geworden, nog niet is verricht, alleen in aanmerking worden genomen wanneer het gaat om vorderingen*

1. *die zijn vastgesteld bij een in kracht van gewijsde gegaan of voorlopig uitvoerbaar vonnis of waarvoor een schuldakte bestaat overeenkomstig § 794 van de Zivilprozessordnung (wetboek van burgerlijke rechtsvordering),*
2. *die zijn vastgesteld overeenkomstig § 178 van de Insolvenzordnung (insolventiewet) en niet door de schuldenaar tijdens de verificatievergadering zijn betwist,*
3. *die de schuldenaar uitdrukkelijk heeft erkend,*
4. *waarbij*
 - a) *de schuldenaar na het opeisbaar worden van de vordering ten minste tweemaal schriftelijk is gesommeerd,*
 - b) *de eerste sommatie ten minste vier weken geleden is geschied,*
 - c) *de schuldenaar vooraf, maar op zijn vroegst bij de eerste sommatie, ervan in kennis is gesteld dat een kredietinformatiebureau met de vordering rekening zou kunnen houden, en*
 - d) *de schuldenaar de vordering niet heeft betwist, of*
5. *waarvan de onderliggende contractuele relatie zonder opzegtermijn kan worden beëindigd wegens achterstallige betaling en waarbij de schuldenaar vooraf ervan op de hoogte is gebracht dat een kredietinformatiebureau met de vordering rekening zou kunnen houden.*

De toelaatbaarheid van de verwerking, met inbegrip van de vaststelling van waarschijnlijkheidswaarden, van andere gegevens die relevant zijn voor de kredietwaardigheid op grond van de algemene wetgeving inzake gegevensbescherming, blijft onverlet.

III.

- 16 In het onderhavige geval hangt de beslechting van het geding af van het antwoord op de vraag of de activiteit van kredietinformatiebureaus, zoals de in het geding geroepen partij, te weten het vaststellen van kredietscores voor betrokken personen en het doorgeven daarvan zonder verdere aanbeveling of commentaar

aan derden die met de betrokkene contracten sluiten of juist hiervan afzien, waarbij zij zich voornamelijk baseren op deze kredietscore, binnen de werkingssfeer van artikel 22, lid 1, AVG valt. Zo dat het geval is, kan de toelaatbaarheid van de vaststelling van een definitieve kredietscore voor de doorgifte ervan door een kredietinformatiebureau, zoals de in het geding geroepen partij, namelijk alleen worden gebaseerd op artikel 22, lid 2, onder b), AVG juncto § 31 BDSG, waarbij de normen dan tegelijkertijd – indien de betrokkene, zoals in casu, een klacht indient bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit – de maatstaf zijn voor de toetsing van de activiteit van het kredietinformatiebureau door de toezichthoudende autoriteit. Dit hangt op zijn beurt af van de vraag of een bepaling met de inhoud van § 31 BDSG verenigbaar is met artikel 22, lid 2, onder b), AVG. Indien dit niet het geval is, ontbreekt immers de wettelijke toetsingsnorm die verweerder in casu ten aanzien van de in het geding geroepen partij toepast.

Eerste prejudiciële vraag: toepasselijkheid van artikel 22, lid 1, AVG op kredietinformatiebureaus

- 17 Een betrokkene heeft op grond van artikel 22, lid 1, AVG het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft. De bepaling is gebaseerd op de daaraan voorafgaande regeling van artikel 15 van richtlijn 95/46/EG. Volgens de bewoordingen ervan lijkt het te gaan om een recht van de betrokkene dat moet worden uitgeoefend. De verwijzende rechter is er echter van overtuigd dat de bepaling een principieel verbod bevat, voor de schending waarvan geen individuele uitoefening vereist is.
- 18 Activiteiten zoals de litigieuze geautomatiseerde compilatie van persoonsgegevens – zoals uitgevoerd door de in het geding geroepen partij – om een waarschijnlijkheidswaarde vast te stellen voor een bepaalde toekomstige gedraging van een natuurlijke persoon met het oog op de doorgifte ervan aan derden voor hun besluit over de totstandbrenging, uitvoering of beëindiging van een contractuele relatie met die betrokkene, vallen – althans volgens de inhoud ervan – onder de regeling van artikel 22, lid 1, AVG. Volgens de duidelijke bewoordingen van de bepaling heeft deze niet alleen, maar ook betrekking op besluiten die worden genomen op basis van profilering, zie ook overweging 71, tweede volzin. Dit laatste wordt in artikel 4, punt 4, AVG gedefinieerd als elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen.
- 19 Het vaststellen van kredietscores voldoet aan deze kenmerken. Daarvoor pleit ook overweging 71, tweede volzin, volgens welke onder profilering onder meer moet worden verstaan het analyseren of voorspellen van kenmerken betreffende

economische situatie, betrouwbaarheid of gedrag van een persoon. Overweging 71, eerste volzin, noemt bovendien de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag als voorbeeld van een besluit in de zin van artikel 22, lid 1, AVG. Bijgevolg is artikel 22, lid 1, AVG in beginsel van toepassing op gevallen zoals het onderhavige, althans wat betreft het feit dat het vaststellen van een kredietscore volgens de bedoeling van de Uniewetgever een geval is van profilering in de zin van artikel 4, lid 4, AVG.

- 20 Volgens de verwijzende rechter is het in wezen duidelijk dat in gevallen zoals het onderhavige ook is voldaan aan de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een uitsluitend op *geautomatiseerde verwerking* gebaseerd *besluit*, zoals artikel 22, lid 1, AVG vereist. Hieraan staat niet in de weg dat, zoals reeds is opgemerkt, de hoofdactiviteit van kredietinformatiebureaus – zoals de in het geding geroepen partij –, namelijk het vaststellen van kredietscores, volgens de overwegingen een geval is van profilering. Het was kennelijk niet de bedoeling van de Uniewetgever om de toelaatbaarheid van profilering in het kader van de wetgeving inzake gegevensbescherming in artikel 22, lid 1, AVG afzonderlijk te regelen, maar om profilering als het ware alleen te regelen voor zover deze deel uitmaakt van een op een geautomatiseerd besluit gebaseerd besluit. Dit blijkt reeds uit de bewoordingen van de bepaling, die voor haar verbod in de eerste plaats zijn gericht op het *besluit op basis* van profilering – of andere geautomatiseerde gegevensverwerking –, maar niet op de profilering zelf.
- 21 De verwijzende rechter gaat er echter van uit dat het vaststellen van een kredietscore door een kredietinformatiebureau niet louter profilering ter voorbereiding van het besluit van de verwerkingsverantwoordelijke derde is, maar juist een zelfstandig „besluit” in de zin van artikel 22, lid 1, AVG.
- 22 Gelet op de bewoordingen van artikel 22, lid 1, AVG is de verwijzende rechter zich ervan bewust dat deze bepaling bij een restrictieve uitlegging aldus kan worden opgevat, en ook over het algemeen zo wordt opgevat, dat zij niet rechtstreeks van toepassing is op de activiteit van kredietinformatiebureaus zoals de in het geding geroepen partij. Volgens de rechter berust een dergelijke veronderstelling echter op een onjuiste opvatting van de activiteiten van kredietinformatiebureaus en de invloed van de door hen vastgestelde scores. Deze veronderstelling is immers gebaseerd op het idee dat kredietinformatiebureaus zelf niet het voor artikel 22, lid 1, AVG relevante besluit nemen, omdat zij het uiteindelijke besluit van de verwerkingsverantwoordelijke als het ware slechts voorbereiden door persoonsgegevens te verzamelen en te compileren met het oog op profilering en de daaruit voortvloeiende vaststelling van een definitieve kredietscore, en bij het doorgeven van deze score doorgaans niet ook een aanbeveling aan de verwerkingsverantwoordelijke derde doen voor of tegen het sluiten van een overeenkomst met de betrokkene.
- 23 De AVG maakt in haar bepalingen en overwegingen een terminologisch onderscheid tussen de *verwerking* enerzijds en het *besluit* op basis van de verwerking anderzijds, en heeft juist niet de bedoeling om onafhankelijke

inhoudelijke voorschriften inzake profilering vaststellen. Zo is in artikel 4, punt 4, AVG bepaald dat onder profilering in de zin van de AVG wordt verstaan „elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens” „waarbij [aan de hand deze gegevens] bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden *geëvalueerd*”. De bewoordingen van de wettelijke definitie kunnen derhalve aldus worden opgevat dat profilering niet alleen de bepaling van de parameters voor het beoordelingsresultaat inhoudt, maar ook het beoordelingsresultaat zelf omvat. In het onderhavige geval zou dit ook aldus kunnen worden opgevat dat dit ook ziet op de geautomatiseerde samenstelling van de individuele kenmerken door een kredietinformatiebureau met het doel om hieruit een totaalscore af te leiden en feitelijk vast te stellen. Ook artikel 21, lid 1, eerste volzin, AVG zou kunnen worden uitgelegd in de zin van een dergelijke begripsopvatting, volgens welke het recht van bezwaar van de betrokkene betrekking heeft op *elke verwerking* en volgens de tweede volzin in het bijzonder ook op een op de bepalingen van de AVG gebaseerde profilering. Uiteindelijk blijkt het onderscheid tussen geautomatiseerde verwerking door profilering enerzijds en besluitvorming anderzijds vooral uit artikel 22, lid 1, AVG. Door te bepalen dat een betrokkene het recht heeft „niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit”, legt artikel 22, lid 1, AVG uitdrukkelijk een oorzakelijk verband en een chronologisch dwingende volgorde vast van de geautomatiseerde verwerking (met inbegrip van profilering) en het daarop gebaseerde besluit. Dat de Uniewetgever de bedoeling had om een onderscheid te maken tussen de twee begrippen, wordt verder ondersteund door overweging 71, eerste en tweede volzin. Terwijl overweging 71, eerste volzin, verduidelijkt dat de betrokkene het recht moet hebben niet te worden onderworpen aan een louter op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit ter beoordeling van persoonlijke hem betreffende aspecten, voegt overweging 71, tweede volzin, hieraan toe dat een *verwerking van die aard* – dus niet de „besluiten” – profilering omvat. In overweging 71, eerste volzin, wordt daarentegen de automatische weigering van een kredietaanvraag als voorbeeld van een „besluit” genoemd, en die overweging heeft daarmee in grote lijnen betrekking op de onderhavige situatie, voor zover het afwijzende besluit van de kredietinstelling jegens verzoekster het relevante „besluit” is, maar niet het vaststellen van een kredietscore door de in het geding geroepen partij. Uiteindelijk kunnen daarmee de bewoordingen van artikel 21, lid 1, eerste volzin, artikel 22, lid 1, en artikel 4, punt 4, AVG alsmede overweging 71, eerste en tweede volzin, en overweging 72 in elk geval aldus worden opgevat dat situaties zoals die welke aan het hoofdgeding ten grondslag liggen, waarbij een kredietinformatiebureau een kredietscore bepaalt, een „verwerking” vormen, maar geen „besluit” in de zin van artikel 22, lid 1, AVG.

- 24 De verwijzende rechter heeft echter grote twijfels over een dergelijke restrictieve uitlegging van artikel 22, lid 1, AVG. Hij ziet sterke aanwijzingen dat de geautomatiseerde vaststelling van een kredietscore door kredietinformatiebureaus voor de voorspellende beoordeling van de financiële gezondheid van een betrokkene een zelfstandig *besluit* op basis van geautomatiseerde verwerking is in de zin van artikel 22, lid 1, AVG. De twijfels van de verwijzende rechter vloeien

vanuit feitelijk oogpunt voort uit het belang van de door kredietinformatiebureaus vastgestelde kredietscore voor de besluitvormingspraktijk van verwerkingsverantwoordelijke derden, en vanuit juridisch oogpunt, uit de door artikel 22, lid 1, AVG nagestreefde doeleinden en de door de artikelen 87 e.v. AVG gewaarborgde rechtsbescherming.

- 25 Vanuit feitelijk oogpunt heeft de rechter ernstige bedenkingen met betrekking tot de veronderstelling dat de verwerkingsverantwoordelijke derden het door artikel 22, lid 1, AVG vereiste individuele besluit nemen, dat niet uitsluitend op automatisering is gebaseerd, wanneer voor een betrokkene een kredietscore beschikbaar is. Hoewel de verwerkingsverantwoordelijke derden, althans louter hypothetisch, zelf *kunnen* beslissen of en hoe zij een contractuele relatie met de betrokkene aangaan, omdat in deze fase van het besluitvormingsproces in beginsel nog een door de mens gecontroleerde individuele beslissing mogelijk is, wordt deze beslissing in de praktijk in een dusdanig sterke mate bepaald door de door de kredietinformatiebureaus meegedeelde kredietscore dat deze als het ware doordringt in het besluit van de verwerkingsverantwoordelijke derde. Met andere woorden: *In feite* bepaalt de door het kredietinformatiebureau op basis van geautomatiseerde verwerking vastgestelde kredietscore uiteindelijk of en hoe de verwerkingsverantwoordelijke derde een overeenkomst met de betrokkene sluit. De verwerkingsverantwoordelijke derde *hoeft* zijn besluit niet uitsluitend te laten afhangen van de kredietscore, maar *doet* dit gewoonlijk wel in grote mate. Een lening kan worden geweigerd ondanks een kredietscore die in principe voldoende is (om andere redenen, zoals het ontbreken van zekerheden of twijfels over het succes van een te financieren investering), maar een onvoldoende score zal in bijna alle gevallen leiden tot de weigering van een lening, althans op het gebied van consumentenkredieten, en zelfs indien een investering voor het overige de moeite waard lijkt te zijn. Dat kredietscores een doorslaggevende rol spelen bij de kredietverstrekking en de vormgeving van de kredietvoorwaarden, blijkt uit de ervaringen bij het toezicht op de gegevensbescherming [OMISSIS] door overheidsinstanties. [bronvermelding]
- 26 Artikel 22, lid 1, AVG – onder voorbehoud van de uitzonderingen in artikel 22, lid 2, AVG – is echter juist bedoeld om de betrokkene te beschermen tegen de gevaren van deze vorm van louter op automatisering gebaseerde besluiten. De bedoeling van de Uniewetgever is te voorkomen dat de besluitvorming plaatsvindt zonder individuele beoordeling en waardering door een mens. De betrokkene mag niet worden overgeleverd aan een uitsluitend technisch en ondoorzichtig proces zonder dat hij de onderliggende veronderstellingen en beoordelingsnormen kan begrijpen en zo nodig kan ingrijpen door zijn rechten uit te oefenen. De verordening heeft niet alleen tot doel te beschermen tegen discriminerende beslissingen op basis van zogenaamd objectieve gegevensverwerkingsprogramma's, maar beoogt ook transparante en billijke besluitvorming tot stand te brengen. Beslissingen over de uitoefening van individuele vrijheden mogen niet ongecontroleerd worden overgelaten aan de logica van algoritmen. Algoritmen werken immers met correlaties en waarschijnlijkheden die niet noodzakelijkerwijs een causaliteit volgen en ook niet

noodzakelijkerwijs leiden tot resultaten die volgens menselijk inzicht „juist” zijn. Integendeel, uit de systematisering van nauwkeurige individuele gegevens kunnen onjuiste, onbillijke of discriminerende conclusies worden getrokken, die – indien zij de grondslag van de besluitvorming worden – de vrijheden van de betrokkene aanzienlijk aantasten en hem degraderen van subject tot object van een gedepersonaliseerd besluit. Dit geldt met name indien de betrokkene niet op de hoogte is van het gebruik van algoritmen of – indien hij dat wel is – niet kan overzien op basis van welke gegevens en analysemethoden het besluit wordt genomen, en welk gewicht de gegevens daarbij hebben. Juist dit streven van de Uniewetgever om een menselijke correctie bij geautomatiseerde gegevensverwerking in beginsel verplicht te stellen en slechts in beperkte gevallen uitzonderingen toe te staan (artikel 22, lid 2, AVG), wordt evenwel doorkruist doordat de automatisch vastgestelde kredietscore in beginsel een heel belangrijke plaats heeft in de besluitvorming van de verwerkingsverantwoordelijke derde.

- 27 De Uniewetgever heeft dit fundamentele conflict als het ware „ten koste” van de verwerkingsverantwoordelijke derde willen oplossen door middel van het in artikel 22, lid 1, AVG opgenomen verbod, door uit te gaan van het (eind)besluit ten aanzien van de betrokkene. Aan de profilering worden in zoverre slechts in de voor de profilering relevante overweging 71, zesde volzin, procedurele vereisten gesteld. Voor het overige vloeit de toelaatbaarheid van de gegevensverwerking met het oog op profilering echter hooguit voort uit de algemene voorwaarden voor verwerking zoals opgenomen in artikel 6, lid 1, AVG. Dit volgt zowel uit artikel 21, lid 1, eerste volzin, tweede zinsnede, AVG, waarin wordt verwezen naar artikel 6, lid 1, eerste alinea, onder e) en f), AVG als mogelijke rechtsgrondslag voor profilering, als uit overweging 72, eerste volzin, volgens welke profilering onderworpen is aan de bepalingen van de AVG voor de verwerking van persoonsgegevens, en dus ook aan de rechtsgrondslag voor de verwerking of aan de gegevensbeschermingsbeginselen.
- 28 Als gevolg van deze louter rudimentaire voorschriften van de AVG inzake profilering en het fundamentele postulaat van artikel 22, lid 1, AVG rijst met name het probleem van de effectieve rechtshandhaving door de betrokkenen. Deze is – samen met het toezicht door overheidsinstanties – het belangrijkste rechtshandhavingmechanisme van de AVG. Dit blijkt niet alleen uit het evenwichtige en uitvoerig geregelde recht om een klacht in te dienen en een voorziening in rechte in te stellen uit hoofde van de artikelen 87 e.v. AVG, maar ook uit de bijbehorende rechten van de betrokkene uit hoofde van de artikelen 12 e.v. AVG. Het doel van de AVG is de mondige burger van de Unie in staat te stellen en te mobiliseren om zijn rechten te handhaven, met name door te voorzien in het recht van inzage en transparantievoorschriften.
- 29 Deze rechten worden ondermijnd door het samenspel tussen de activiteit en (het gebrek aan) verplichtingen van de kredietinformatiebureaus en de besluitvormingspraktijken van de verwerkingsverantwoordelijke derden. De betrokkene heeft weliswaar een algemeen recht van inzage jegens de kredietinformatiebureaus overeenkomstig artikel 15 AVG; dit recht houdt echter

geen rekening met de bijzondere kenmerken van profilering, die de AVG juist beoogt met artikel 15, lid 1, onder h), artikel 21, lid 1, eerste volzin, tweede zinsnede, en artikel 22 AVG. In het kader van het algemene recht van inzage zijn de kredietinformatiebureaus immers niet verplicht om de logica en de samenstelling van de parameters die bepalend zijn voor de totstandkoming van de kredietscore, bekend te maken; dit doen zij ook niet om redenen van bescherming van de mededinging door zich te beroepen op hun bedrijfsgeheim.

- 30 Ook de verwerkingsverantwoordelijke derde kan de betrokkene geen informatie verstrekken over de vaststelling van de kredietscore die juist de voornaamste basis vormt voor zijn besluit, omdat hij niet op de hoogte is van de onderliggende logica, die hem niet wordt meegedeeld door het kredietinformatiebureau.
- 31 Hierdoor ontstaat een lacune in de rechtsbescherming: De partij bij wie de voor de betrokkene vereiste informatie zou kunnen worden verkregen, is overeenkomstig artikel 15, lid 1, onder h), AVG niet verplicht inzage te verstrekken, omdat zij zogenaamd geen eigen „geautomatiseerde besluitvorming” in de zin van artikel 15, lid 1, onder h), AVG verricht, en de partij die haar besluitvorming baseert op de geautomatiseerd bepaalde kredietscore en verplicht is inzage te verstrekken overeenkomstig artikel 15, lid 1, onder h), AVG, kan de vereiste informatie niet verstrekken omdat zij er niet over beschikt.
- 32 Als het vaststellen van de kredietscore door een kredietinformatiebureau binnen de werkingssfeer van artikel 22, lid 1, AVG valt, is deze lacune in de rechtsbescherming gedicht. Het vaststellen van kredietscores valt zo dus niet alleen onder het verbod van artikel 22, lid 1, AVG, zodat dit, aangezien het is gebaseerd op een uitsluitend geautomatiseerde verwerking, alleen is toegestaan onder de uitzonderlijke omstandigheden van artikel 22, lid 2, AVG en dus beantwoordt aan de bedoeling van de Uniewetgever om dergelijke besluiten althans reglementair in te perken. Ook maakt deze aanpak het, gelet op de afwijkingsbepaling van artikel 22, lid 2, onder b), AVG, mogelijk dat de lidstaten dergelijke besluitvorming gedetailleerd regelen, hetgeen hun op grond van de bepalingen van de AVG inzake profilering en geautomatiseerde besluitvorming tot dusver is ontzegd (zie de tweede prejudiciële vraag).
- 33 De lacune in de rechtsbescherming wordt ook niet voldoende gedicht door het recht van bezwaar van de betrokkene overeenkomstig artikel 21, lid 1, eerste volzin, tweede zinsnede, AVG. Op grond daarvan heeft de betrokkene te allen tijde het recht om „vanwege met zijn specifieke situatie verband houdende redenen bezwaar te maken tegen de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens op basis van artikel 6, lid 1, onder e) of f), van artikel 6, lid 1, met inbegrip van profilering op basis van die bepalingen”. In het geval van kredietinformatiebureaus weet de betrokkene doorgaans echter niet dat hij het voorwerp is geworden van een geautomatiseerde scoringsprocedure. Doorgaans verneemt hij dit pas wanneer een voor hem nadelig besluit van een verwerkingsverantwoordelijke derde met verwijzing naar de kredietscore reeds is genomen. Op dat ogenblik helpt het recht van bezwaar hem echter niet meer,

althans niet met betrekking tot het gesloten dossier; in dit opzicht kan hij zijn recht van bezwaar alleen nog uitoefenen met betrekking tot de toekomstige gegevensverwerking door het kredietinformatiebureau.

Tweede prejudiciële vraag: regelingen van de lidstaten inzake scoring

- 34 Overeenkomstig § 31, lid 1, BDSG is het gebruik van een waarschijnlijkheidswaarde voor een bepaalde toekomstige gedraging van een natuurlijke persoon met het oog op een besluit over de totstandbrenging, uitvoering of beëindiging van een contractuele relatie met die persoon (scoring) alleen toegestaan, indien is voldaan aan een aantal voorwaarden. Overeenkomstig § 31, lid 2, BDSG is het gebruik van een door kredietinformatiebureaus vastgestelde waarschijnlijkheidswaarde betreffende de solvabiliteit en betalingsbereidheid van een natuurlijke persoon bij het opnemen van informatie over vorderingen slechts toegestaan, voor zover aan de voorwaarden van § 31, lid 1, BDSG is voldaan en alleen vorderingen in aanmerking worden genomen die betrekking hebben op een verschuldigde prestatie die ondanks het feit dat deze opeisbaar is, niet is verricht, en die aan verdere specifieke voorwaarden voldoen, waarbij de toelaatbaarheid van de verwerking, met inbegrip van de vaststelling van waarschijnlijkheidswaarden, van andere gegevens die relevant zijn voor de kredietwaardigheid op grond van de algemene wetgeving inzake gegevensbescherming, onverlet blijft.
- 35 Aldus stelt de Duitse wetgever in § 31 BDSG in wezen voorschriften inzake „scoring” als subcategorie van „profilering” vast. De verwijzende rechter heeft grote twijfels over de verenigbaarheid van deze regelingen met artikel 22 AVG, omdat de Duitse wetgever alleen het „gebruik” van de „waarschijnlijkheidswaarde” regelt, maar niet het vaststellen van de waarschijnlijkheidswaarde zelf.
- 36 § 31 BDSG bevat een uitputtende regeling, voor zover deze bepaling profilering slechts regelt voor het geval dat deze de grondslag vormt voor een daarop gebaseerd besluit. Bijgevolg is het referentiepunt van het verbod alleen het *besluit*, niet de profilering die eraan voorafgaat. Noch in artikel 22 AVG, noch in andere bepalingen van de AVG worden specifieke inhoudelijke vereisten geformuleerd voor de rechtmatigheid van gegevensverwerking met het oog op profilering in de vorm van de scoring zelf. Wat de profilering betreft, zijn er alleen bepalingen over informatieverplichtingen in artikel 14, lid 2, onder g), AVG, over het recht van inzage in artikel 15, lid 1, onder h), AVG, maar telkens alleen met betrekking tot het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, niet met betrekking tot de profilering zelf, alsmede over het recht van de betrokkene om bezwaar te maken in artikel 21, lid 1, eerste volzin, eerste zinsnede, AVG, en in andere bepalingen die voor de onderhavige procedure niet van belang zijn.
- 37 Bij gebrek aan specifieke bepalingen wordt de toelaatbaarheid van profilering, voor zover deze in de vorm van scoring niet valt onder artikel 22 AVG middels het daarop gebaseerde besluit, derhalve voor het overige beheerst door de

algemene criteria voor de verwerking van artikel 6 AVG. Door verdergaande inhoudelijke toelaatbaarheidsvereisten aan scoring te verbinden, regelt de Duitse wetgever de materie verder dan op grond van de artikelen 6 en 22 AVG vereist is. Hij beschikt echter niet over de regelgevende bevoegdheid om dit te doen.

- 38 Een dergelijke regelgevende bevoegdheid kan in het bijzonder niet worden afgeleid uit artikel 22, lid 2, onder b), AVG. De AVG voorziet alleen in een regelgevende bevoegdheid van een lidstaat met betrekking tot profilering, indien het besluit *uitsluitend* op een geautomatiseerde verwerking is gebaseerd. § 31 BDSG bevat daarentegen zonder differentiatie regelingen voor ook niet-geautomatiseerde besluiten, maar regelt daarin de toelaatbaarheid van het gebruik van gegevensverwerking ten behoeve van scoring. Overeenkomstig de systematiek van artikel 22 AVG en de algemene criteria voor verwerking van artikel 6 AVG wordt de toelaatbaarheid van besluiten die *niet* op geautomatiseerde verwerking zijn gebaseerd, met inbegrip van profilering, echter geregeld door artikel 6 AVG. Dit onderwerp van regelgeving is aan de nationale wetgevers onttrokken – men moge dit beschouwen als een opzettelijk afzien van regelgeving door de Uniewetgever. De Uniewetgever heeft klaarblijkelijk geen specifiekere eisen willen stellen aan profilering. Dit kan dan ook niet zomaar door de wetgever van de lidstaten worden gedaan – en in het kader van artikel 22, lid 2, onder b), AVG in elk geval alleen indien de bepalingen van de lidstaat uitsluitend voorzien in wettelijke voorschriften voor dergelijke besluiten die precies uitsluitend op geautomatiseerde verwerking zijn gebaseerd.
- 39 Dit geldt met name tegen de achtergrond van het feit dat de AVG een verordening is in de zin van artikel 288, derde alinea, VWEU. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het de nationale wetgever niet toegestaan rechtens uitputtende beoordelingen – in casu § 31 BDSG – met betrekking tot abstract geformuleerde voorschriften van de Europese wetgever – in casu de artikelen 6 en 22 AVG – met het oog op voorschriften in een richtlijn te treffen (zie arrest van het Hof van 19 oktober 2016 in zaak C-582/14, Breyer, EU:C:2016:779, punten 62 e.v.). Dit moet dan des te meer gelden voor voorschriften – zoals in casu – in verordeningen.
- 40 Het is veelbetekenend dat de Duitse wetgever in zijn toelichting bij § 31 BDSG niet specificeert waarop zijn regelgevende bevoegdheid met betrekking tot deze bepaling is gebaseerd. De toelichting bij de wet vloeit voort uit min of meer algemene verklaringen dat de bepaling de eerdere bepalingen van § 28a en § 28b BDSG, oude versie, overneemt en dat de inhoudelijke regelingen nog steeds relevant zijn. In het wetsontwerp van het Bundesministerium des Innern (federaal ministerie van Binnenlandse Zaken, Duitsland) van 11 november 2016, blz. 93 en 94, werd daarentegen nog gesteld dat de regelgevende bevoegdheid van de lidstaat voortvloeit uit de „gecombineerde bepalingen van artikel 6, lid 4, en artikel 23, lid 1”, van de AVG. Kennelijk werd deze benadering – die op zichzelf al onhoudbaar is – gedurende het wetgevingsproces verlaten.

IV.

- 41 Gezien het bovenstaande moet het Hof van Justitie worden verzocht om een prejudiciële beslissing. De uitkomst van het geschil hangt af van de prejudiciële vragen.
- 42 De procedure hangt af van de eerste prejudiciële vraag. Mocht artikel 22, lid 1, AVG aldus moeten worden uitgelegd dat de vaststelling van een kredietscore door een kredietinformatiebureau een zelfstandig besluit is in de zin van artikel 22, lid 1, AVG, dan zou deze – de hoofdactiviteit van het bureau – onder het verbod van geautomatiseerde individuele besluitvorming vallen. Bijgevolg zou een rechtsgrondslag in de zin van artikel 22, lid 2, onder b), AVG vereist zijn, waarvoor alleen § 31 BDSG in aanmerking kan komen. Er bestaan evenwel ernstige twijfels over de verenigbaarheid van deze bepaling met artikel 22, lid 1, AVG. De in het geding geroepen partij zou dan niet alleen zonder rechtsgrondslag handelen, maar ook ipso iure het verbod van artikel 22, lid 1, AVG schenden. Bijgevolg zou verzoekster tegelijkertijd van verweerster de (verdere) behandeling van haar zaak door de toezichthoudende autoriteit kunnen vorderen.
- 43 Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord, dus in die zin dat profilering op zich geen besluit is in de zin van artikel 22, leden 1 en 2, AVG, dan is de afwijkingsbepaling van artikel 22, lid 2, onder b), AVG ook niet van toepassing op nationale regelingen betreffende profilering. Vanwege het in beginsel uitputtende karakter van de AVG, die is gericht op volledige harmonisatie, moet daarom worden gezocht naar een andere regelgevende bevoegdheid voor nationale regelgeving. Aangezien van een dergelijke bevoegdheid echter, zoals boven uiteengezet, niet blijkt en deze met name niet voortvloeit uit de rudimentaire voorschriften van de AVG, is de nationale regeling in § 31 BDSG niet van toepassing, waardoor de toetsingsmogelijkheden van de nationale toezichthoudende autoriteit veranderen, die dan zou moeten toetsen of de activiteit van kredietinformatiebureaus verenigbaar is met artikel 6 AVG.

V.

- 44 Tegen deze beslissing is geen hoger beroep mogelijk.

[OMISSIS]

Wiesbaden, 7 oktober 2021

[OMISSIS] [handtekeningen; afschrift]