

# 10. De regulering van geautomatiseerde besluitvorming en profilering in de AVG: de tussenstand

PROF. DR. MR. G.J. ZWENNE, MR. R. VAN DER VOORN & MR. S. ZAMANI

Er is veel aandacht voor de toepassing van algoritmes en artificiële intelligentie (AI). Terecht natuurlijk. Algoritmes spelen een steeds belangrijkere rol in ons leven en de gevolgen ervan kunnen verstrekkend zijn. Een algoritme kan de reden zijn dat een bank uw rekening buiten werking stelt. Of dat uw account op een sociaal mediaplatform niet meer kan worden gevonden. Of dat u wordt getypeerd als mogelijke belastingontduiker of kindertoeslagfraudeur. Het is dan ook niet verrassend dat er regels zijn voor het gebruik van algoritmes. De belangrijkste daarvan vinden we in de Algemene Verordening Gegevensbescherming, waarvan art. 22 voorschriften geeft voor geautomatiseerde besluitvorming met inbegrip van profilering. In deze bijdrage een bespreking van de rechtspraak daarover, met daarbij ook aandacht voor het daarvoor door privacytoezichthouders ontwikkelde beleid.

## 1. Inleiding

Er zijn geen of weinig sectoren zo gegevensintensief als de publieke sector. Het is dan ook niet heel verrassend dat juist daar in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van algoritmes. In het Algoritmeregister van de Nederlandse overheid<sup>1</sup> vinden we inmiddels bijna zevenhonderd systemen waarin gebruik wordt gemaakt van één of meer algoritmes, die voor heel uiteenlopende doeleinden worden ingezet. De Belastingdienst zet algoritmes bijvoorbeeld in bij de prioritering van invorderingswerkzaamheden en de risicobeoordeling van de aangiften voor de omzet- of loonbelasting.<sup>2</sup> De gemeente Amsterdam maakt gebruik van een algoritme bij de opsporing van illegale passagiersvaart in de grachten. De gemeente Midden-Groningen zet een algoritme in om 'look-a-like-fraude' te voorkomen door het gezicht van de persoon aan de balie te vergelijken met de afbeelding in een gescand identiteitsdocument. En de privacy- en algoritme-toezichthouder, de Autoriteit persoonsgegevens (AP),<sup>3</sup> zet

algoritmes in om te beoordelen welke van de circa 27.000 jaarlijks bij haar gemelde datalekken nader moeten worden onderzocht.<sup>4</sup>

Het is, gelet op de soms vergaande gevolgen daarvan,<sup>5</sup> begrijpelijk dat er specifieke wet- en regelgeving is voor het gebruik van algoritmes. Van recente datum is de Verordening artificiële intelligentie (AI Act), de EU-verordening die regels stelt voor het gebruik van AI-systemen.<sup>6</sup> Al veel eerder zijn er in de gegevensbeschermingswetgeving, meer specifiek in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG, en ook de verordening),<sup>7</sup> regels opgenomen

1 Algoritmeregister van de Nederlandse overheid is te vinden op: <https://algoritmes.overheid.nl/nl> (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2025).  
2 Algoritmeregister van de Nederlandse overheid, Belastingdienst, te vinden op <https://algoritmes.overheid.nl/nl/organisatie/belastingdienst> (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2025).  
3 Voor de aanduiding van de toezichthouder sluiten wij aan bij de spelwijze waarvan gebruik wordt gemaakt in de Uitvoeringswet AVG (*Stb.* 2018, 44). Dit impliceert dat we de toezichthouder aanduiden met een hoofdletter en een kleine letter: Autoriteit persoonsgegevens, afgekort AP.

4 Zie Algoritmeregister van de Nederlandse overheid, Autoriteit persoonsgegevens, te vinden via <https://algoritmes.overheid.nl/nl/algoritme/risicogestuurde-prioritering-datalekmeldingen-autoriteit-persoonsgegevens/94365896> (laatstelijk geraadpleegd 27 januari 2025).  
5 Zie o.a. European Union Agency for Fundamental Rights, *Bias in Algorithms, Artificial Intelligence and Discrimination*, Vienna 2022, te vinden via <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/bias-algorithm> (laatstelijk geraadpleegd 19 februari 2025); J.G.A. Raven, 'Het juridisch kader voor algoritme-gedreven technologieën in boekenonderzoeken', *MBB* 2024/7, p. 4-21; J.G.A. Raven et al., 'Effect van wet- en regelgeving omtrent algoritmen op fiscale boekenonderzoeken', *MBB* 2024/9, p. 14-33.  
6 Verordening (EU) 2024/1689 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 en (EU) 2019/2144, en de Richtlijnen 2014/90/EU, (EU) 2016/797 en (EU) 2020/1828 (Verordening artificiële intelligentie), 12.7.2024, *PbEU* L 2024/1689.  
7 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, *PbEU* 2016, L 119/1.

voor wat de uniewetgever aanduidt als geautomatiseerde individuele besluitvorming, met inbegrip van profilering. Deze regels zien op de algoritmes die worden gebruikt om beslissingen te nemen over geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke personen. We vinden ze in art. 22 AVG dat bepaalt dat natuurlijke personen het recht hebben om, behoudens enkele uitzonderingen, niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluiten met rechtsgevolgen of die iemand in aanmerkelijke mate treffen. In het verlengde daarvan voorziet art. 15 lid 1 onderdeel h AVG erin dat inzagerechten ook betrekking hebben op geautomatiseerde besluitvorming en, als de verwerkingsverantwoordelijke daarvan gebruikmaakt, deze aan de betrokkene nuttige informatie verstrekt over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor die betrokkene. Informatie die, ingevolge art. 13 lid 2 onderdeel f AVG en art. 14 lid 2 onderdeel g AVG, ook proactief aan betrokkenen dient te worden verstrekt om zo een behoorlijke en transparante verwerking van hun persoonsgegevens te waarborgen.<sup>8</sup>

Deze AVG-bepalingen hebben langere tijd een min of meer sluimerend bestaan geleid. Erop werd tot voor kort, zo maken we op uit gepubliceerde rechtspraak,<sup>9</sup> vrijwel nooit een beroep gedaan. Inmiddels lijkt dat te veranderen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof, en HvJ EU) ging in zijn arrest in de SCHUFA-zaak voor het eerst in op de langs geautomatiseerde weg gegenereerde kredietwaardigheidsbeoordelingen (kredietcores of credit scores).<sup>10</sup> In het uitsprakenregister op rechtspraak.nl vonden we verder iets minder dan een handvol zaken specifiek over de toepassing van deze bepalingen op het gebruik van algoritmes. Deze zaken betreffen achtereenvolgens:

- de bestrijding van fraude in het sociale domein (SyRI);<sup>11</sup>
- het opheffen van de accounts van taxichauffeurs bij de taxiplatforms (Uber en Ola Cabs);<sup>12</sup>
- het beperken en minder zichtbaar maken van sociale media-accounts (Twitter shadowban);<sup>13</sup>
- het (tijdelijk) blokkeren van een bankrekening door een transactiemonitoringssysteem (Bunq).<sup>14</sup>

Verder vonden we nog enkele voor deze bijdrage minder interessante uitspraken – want voor de uitleg van art. 22 lid 1 AVG niet heel relevant – over het bepalen van de hoogte van de financiële bijdrage die advocaten betalen aan hun beroepsorganisatie,<sup>15</sup> alsmede één tussenuitspraak in een collectieve actie waarin kennelijk ook wordt opgekomen tegen het gebruik van algoritmes door het sociale netwerk TikTok.<sup>16</sup>

In deze bijdrage inventariseren we de rechtspraak over art. 22 AVG aan de hand van een handvol rechtsvragen daarover, waarbij we ook ingaan op het beleid ontwikkeld door toezichthouders en hoe zich dat verhoudt tot die rechtspraak. Eerst gaan we in op het karakter van art. 22 AVG, meer specifiek op de vraag of het gaat om een recht waarop een betrokkene een beroep moet doen of een verbod waaraan de verwerkingsverantwoordelijke zich hoe dan ook heeft te houden (paragraaf 2). Aansluitend bespreken we daarin wat wordt verstaan onder ‘een geautomatiseerd besluit’ (paragraaf 3), alsmede wanneer kan worden gezegd dat zo’n besluit rechtsgevolgen heeft (paragraaf 4) of iemand in aanmerkelijke mate treft (paragraaf 5). Vervolgens gaan wij in op de uitzonderingen op het verbod (paragraaf 6). We ronden af met een korte samenvatting van onze bevindingen en een vooruitblik op wat (wellicht) nog gaat komen (paragraaf 7).

**Art. 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.

8 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev.1), 3 oktober 2017, p. 27.

9 Er wordt nog steeds niet veel meer dan 4 tot 5% van alle gerechtelijke uitspraken gepubliceerd. Het is daarom helaas nog steeds niet goed mogelijk om een kwantitatieve analyse te doen, terwijl we ook wat betreft meer kwalitatieve analyses ook een voorbehoud moeten maken. Zie voor het aantal procedures en de percentages van gepubliceerde uitspraken Jaarverslag 2023, te vinden via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (laatstelijk geraadpleegd op 7 februari 2025).

10 HvJ EU 7 december 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957 (SCHUFA).

11 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 59.

12 Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804, Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:793 en Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:796.

13 Rb. Amsterdam 4 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4019.

14 Rb. Den Haag 9 september 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:14477.

15 Rb. Midden-Nederland 4 december 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:6800.

16 Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694.

**Art. 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.

## 2. Een verbod, geen recht

De bepaling van art. 22 lid 1 AVG beoogt te bewerkstelligen dat betrokkenen invloed kunnen uitoefenen op belangrijke beslissingen die hen aangaan wanneer gegevens automatisch worden verwerkt, en ook dat deze verwerking op een behoorlijke en transparante wijze plaatsvindt. De gedachte erachter is dat niemand mag worden onderworpen aan de gevolgen van een besluit alleen op basis van kenmerken van een bepaalde groep waartoe hij of zij behoort. Het is, zegt de nationale wetgever onder verwijzing naar overweging 71 van de Preambule van de AVG, bijzonder kwetsbaar om besluitvorming te baseren op enkele persoonskenmerken. Dan worden de negatieve kenmerken van een bepaalde groep immers tegengeworpen aan een individu, dat deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben.<sup>17</sup>

Het is dan ook begrijpelijk dat zowel het Hof als eerder de Working Party 29 (WP29, thans: de European Data Protection Board of EDPB)<sup>18</sup> de bepaling opvatten als een ‘fundamenteel verbod’. Anders dan de tekst van de bepaling doet vermoeden, en anders dan bij bijvoorbeeld het inzage- of wissingsrecht, is het dus niet nodig dat de betrok-

kene er specifiek een beroep op doet voordat er verplichtingen ontstaan voor de verwerkingsverantwoordelijke. Het uitgangspunt is dat geautomatiseerde besluitvorming is verboden. En dat geldt ook als de betrokkene geen verzoek heeft gedaan om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming.

Het Hof zegt het in een arrest over de kredietscore van het Duitse kredietinformatiebureau SCHUFA op de volgende wijze:

‘in dit verband moet worden opgemerkt dat [...] artikel 22, lid 1, AVG de betrokkene het “recht” verleent niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit. Die bepaling stelt een fundamenteel verbod in, waarvan de schending niet individueel door een dergelijke betrokkene hoeft te worden aangevoerd.’<sup>19</sup>

In zijn richtsnoeren over geautomatiseerde besluitvorming wijst WP29 erop dat deze uitleg betekent dat betrokkenen automatisch beschermd zijn tegen de mogelijke gevolgen die dit soort verwerkingen kunnen hebben.<sup>20</sup> Dat dit de bedoeling is, kan volgens de werkgroep worden opgemaakt uit de wijze waarop het artikel is geformuleerd en ook uit voornoemde overweging. Uit een en ander blijkt dat geautomatiseerde besluitvorming slechts onder specifieke omstandigheden is toegestaan, namelijk a) als daarvoor uitdrukkelijk toestemming is gegeven door degene over wie het geautomatiseerd besluit wordt genomen, b) als dat op grond van een wettelijke regeling is toegestaan, of c) als dat nodig voor de uitvoering van een overeenkomst. Meer daarover in paragraaf 6 van deze bijdrage.

Art. 22 lid 1 AVG voorziet dus in een verbod dat van toepassing is ongeacht of de betrokkene actie onderneemt met betrekking tot de verwerking van zijn persoonsgegevens of niet. We kunnen dit volgen, ook omdat het vaste rechtspraak is dat bij de uitleg van de verordening niet alleen rekening wordt gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan en met de doelstellingen en het oogmerk van die verordening.<sup>21</sup> Toch roept dit wel enige vragen op. Zo zouden wij zo een fundamenteel verbod eerder verwachten in hoofdstuk II van de verordening, waar de beginselen en verwerkingsverboden staan, in plaats van in hoofdstuk III, dat de catalogus bevat van inzage- en andere rechten waarop de betrokkene een beroep moet doen om daarvan gebruik te maken. Daarbij verhoudt de uitleg dat het artikel een fundamenteel verbod bevat zich niet heel goed met de regeling van art. 34 en 35 Uitvoeringswet AVG (UAVG), op grond waarvan betrokkenen rechtsmiddelen kunnen inzetten tegen ‘een schriftelijke beslissing op een verzoek als bedoeld in de artikelen 15 tot en met 22 van de verordening’. Een en ander levert, voor zover wij waarnemen, geen praktische problemen op.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 46-47.

<sup>18</sup> De WP29 (thans: EDPB) is de overkoepelende organisatie waarin de nationale privacytoezichthouders van de landen in de Europese Economische Ruimte (EER) en de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) samenwerken. De EDPB beoogt een consistente toepassing van de AVG te bevorderen, door o.a. het uitbrengen van richtsnoeren over de uitleg van artikelen uit de AVG.

<sup>19</sup> HvJ EU 7 december 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957 (SCHUFA), r.o. 52.

<sup>20</sup> WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev.1), 3 oktober 2017, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 23.

<sup>21</sup> Zie o.a. HvJ EU 22 juni 2023, C-579/21, EU:C:2023:501, (Pankki), r.o. 38 en HvJ EU 7 december 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 41.

### 3. Een uitsluitend geautomatiseerd besluit, met inbegrip van profilering

Een eerste voorwaarde voor de toepasselijkheid van het verbod van art. 22 lid 1 AVG is dat sprake moet zijn van een ‘besluit’. Wat daaronder precies wordt verstaan, blijkt niet uit de AVG. Wel noemt overweging 71 van de Preambule van de AVG als voorbeelden de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag en online werving en selectie zonder menselijke tussenkomst (‘e-recruiting practices without any human intervention’). Daarmee is duidelijk dat het begrip ruim moet worden uitgelegd en in elk geval veel meer omvat dan het bestuursrechtelijke besluitbegrip zoals gedefinieerd in art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Voor de onderbouwing van de ruime uitleg verwijst het HvJ EU naar de bewoordingen van de bepaling, waarin niet alleen wordt verwezen naar handelingen waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden, maar ook naar andere handelingen die iemand anderszins in aanmerkelijke mate treffen.<sup>22</sup>

Een tweede voorwaarde voor de toepassing van art. 22 lid 1 AVG is dat het besluit uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. Dit betekent dat er bij de besluitvorming géén sprake is van menselijke tussenkomst, althans geen betekenisvolle menselijke tussenkomst. De bepaling is niet van toepassing als iemand (zeg: een belastingambtenaar die een belastingaangifte beoordeelt) bij de besluitvorming weliswaar het resultaat van een geautomatiseerde risicoanalyse betreft maar daarbij ook rekening houdt met andere factoren. Een vraag is dan wel in hoeverre het resultaat van die geautomatiseerde risicoanalyse op zichzelf mogelijk als geautomatiseerd besluit moet worden gezien (waarop het artikel van toepassing is) of slechts als onderdeel van een besluitvormingsproces met menselijke tussenkomst. We komen daarop verderop in deze paragraaf terug, bij de bespreking van de rechtspraak.

#### Voorwaarde voor toepassing van art. 22 lid 1 AVG is dat het besluit uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens

Vanzelfsprekend kan de menselijke tussenkomst niet symbolisch zijn. Als iemand de door een algoritme gegenereerde beslissingen afstempelt, dat wil zeggen in een groot deel van de gevallen zonder enige nadere analyse accordeert, is art. 22 lid 1 AVG onverminderd van toepassing.<sup>23</sup>

22 HvJ EU 7 december 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957 (SCHUFA), r.o. 44-46; overweging 71 van de Preambule van de AVG.

23 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev.1), 3 oktober 2017, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 24-25.

#### Profilering

Er kan bij besluiten die uitsluitend zijn gebaseerd op geautomatiseerde verwerking ook sprake zijn van profilering, een begrip dat in art. 4 onderdeel 4 AVG wordt 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.’

Profilering is, zo legt WP29 uit in haar richtsnoeren,<sup>24</sup> een procedure die een reeks statistische gevolgtrekkingen kan omvatten en die wordt toegepast om iemand te beoordelen of om over iemand voorspellingen te doen. Daarbij wordt gebruikgemaakt van gegevens uit verschillende bronnen om over iemand iets af te leiden op basis van de kenmerken van anderen die in statistisch opzicht vergelijkbaar zijn. Een bekend voorbeeld is het inschatten van iemands betaalvermogen op basis van gegevens over zijn inkomen, woonplaats en betalingsverleden, gender en andere kenmerken. Uit een statistische analyse blijkt bijvoorbeeld dat een bepaald percentage mannen met een modaal inkomen en een bepaald woonadres (enzovoort) betrekkelijk vaak een betalingsachterstand heeft. Vervolgens wordt een man met eenzelfde inkomen, woonplaats (enzovoort) ingedeeld in de categorie van mannen met dat specifieke betalingsprofiel (risico). En dat profiel kan vervolgens betekenis hebben bij de beslissing over een te verlenen krediet, of de mogelijkheid wordt aangeboden om op afbetaling een product te kopen, of bij het bepalen van de hoogte van het voorschotbedrag dat aan de energieleverancier moet worden betaald (enzovoort).

Van profilering is dus sprake als er uit verschillende bronnen bepaalde gegevens worden gecombineerd om iemand te beoordelen of te evalueren. Een eenvoudige indeling van personen op grond van bijvoorbeeld leeftijd, geslacht of lengte leidt niet noodzakelijkerwijs tot profilering, als het doel daarvan niet is het evalueren van individuele kenmerken en als daaraan geen conclusies worden verbonden.<sup>25</sup> Duidelijk is dat profilering met en zonder menselijke tussenkomst kan plaatsvinden,<sup>26</sup> maar dat de toepassing van art. 22 lid 1 AVG evenwel beperkt is tot uitsluitend op

24 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev.1), 3 oktober 2017, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

25 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev.1), 3 oktober 2017, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

26 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev.1), 3 oktober 2017, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7 en 24-25.

geautomatiseerde verwerking gebaseerde besluiten en dus ook tot de profilering waarbij er geen betekenisvolle menselijke tussenkomst is.<sup>27</sup> Het belang van het onderscheid tussen enerzijds geautomatiseerde besluitvorming waarbij wél sprake is van profilering en anderzijds waarbij daarvan géén sprake is, ligt vooral in de uitzondering van art. 40 UAVG. We gaan daarop in bij de bespreking van de uitzonderingen op het verbod van art. 22 lid 1 AVG (paragraaf 6).

### Risicokwalificaties

Een relevante, althans in de praktijk veelgestelde vraag is dan of een geautomatiseerd gegenereerde risicokwalificatie (zeg: «laag risico» of «hoog risico») op zichzelf als een besluit moet worden beschouwd of dat die moet worden gezien samen met het uiteindelijk, op basis van de risicokwalificatie te nemen besluit. In de praktijk zien we bijvoorbeeld nogal eens dat de verwerkingsverantwoordelijke (dat wil zeggen degene die verantwoordelijk is voor de gegevensverwerking)<sup>28</sup> zo een risicokwalificatie gebruikt om te bepalen in hoeverre en met welke mate van intensiteit een aanvraag automatisch wordt afgedaan of door een medewerker wordt gecontroleerd. Een algoritme bepaalt in hoeverre een aanvraag als «laag risico» wordt gekwalificeerd en vervolgens of deze aanvraag niet of slechts marginaal wordt gecontroleerd, terwijl de aanvraag dat het algoritme als «hoog risico» aanduidt door een belastingambtenaar wordt beoordeeld.

Als wordt aangenomen dat de risicokwalificatie op zichzelf al kwalificeert als besluit, kunnen we ervan uitgaan dat het per definitie uitsluitend is gebaseerd op de geautomatiseerde gegevensverwerking (géén betekenisvolle menselijke tussenkomst), met als gevolg dat art. 22 lid 1 AVG daarop van toepassing kan zijn en het besluit mogelijk verboden is, als het rechtsgevolgen heeft of iemand in aanmerkelijke mate treft. Echter, als ervan wordt uitgegaan dat het besluit wordt gevormd door de risicokwalificatie tezamen met de vervolgens door de belastingambtenaar op te leggen aanslag, zal er in veel gevallen geen sprake zijn van een uitsluitend geautomatiseerd besluit (wél betekenisvolle menselijke tussenkomst), wat betekent dat het verbod überhaupt niet van toepassing is, ook niet als het rechtsgevolgen heeft of iemand in aanmerkelijke mate treft.

Uit de rechtspraak lijkt vooral te kunnen worden opgemaakt dat de risicokwalificatie op zichzelf, dus los van het op basis daarvan te nemen besluit, wordt opgevat als geautomatiseerd besluit waarop art. 22 lid 1 AVG van toepassing is. In zijn uitspraak in de SyRI-zaak overweegt de rechtbank Den Haag dat een door het systeem gegenereerde risicomelding op zichzelf aanmerkelijke gevolgen heeft. Dit omdat zo een risicomelding:

‘gedurende twee jaar [kan] worden opgeslagen en voor (maximaal) twintig maanden door de deelnemers van het desbetreffende SyRI-project [mag] worden gebruikt. Verder mag ook aan het OM en aan de politie desgevraagd mede-

deling van de risicomelding worden gedaan. Dat een risicomelding niet steeds tot verder onderzoek hoeft te leiden, of tot een (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) sanctie en ook niet als enige basis voor een handhavingsbesluit mag worden gebruikt, doet niet af aan het aanmerkelijke effect op het privéleven van een betrokkene.<sup>29</sup>

De rechtbank ging daarmee voorbij aan de antwoorden van de regering op de in het kader van de parlementaire behandeling van de UAVG gestelde vraag over SyRI. Volgens de regering was bij de gegevensverwerkingen in SyRI geen sprake van een besluit waarop art. 22 AVG van toepassing is.<sup>30</sup>

In zijn uitspraken in de Uber- en Ola Cabs-zaken gaat ook het gerechtshof Amsterdam ervan uit dat de risicokwalificatie (*fraud probability score*) op zichzelf als een geautomatiseerd besluit moet worden gezien, los van eventueel op basis daarvan genomen beslissingen. In het arrest in de zaak van Ola Cabs zegt het hof het zo:

‘Van deze score hangt immers af of Ola al dan niet overgaat tot nadere maatregelen jegens de chauffeur. Daar komt bij dat de score, als die negatief is, een ernstige aantijging impliceert jegens de chauffeur, die ook nog andere zware repercussies kan hebben [...], zoals een melding bij de toezichthouder Transport for [plaats A] en de intrekking van de taxilicentie. [...] Dat de score [...] uiteindelijk positief is uitgevallen, doet niet af aan het belang van die score. [...] Het argument van Ola [...] dat het hier gaat om besluitvorming voor intern gebruik slaagt niet, aangezien die omstandigheid de score niet onttrekt aan de werkingsfeer van artikel 22 lid 1 AVG.’<sup>31</sup>

Ook in het SCHUFA-arrest maakt het Hof van Justitie met zoveel woorden duidelijk dat het de risicoscore (‘een waarschijnlijkheidswaarde’) op zichzelf opvat als een besluit en dus niet in combinatie met de op basis daarvan te nemen beslissing (over kredietverlening):

‘Daar het begrip “besluit” in de zin van artikel 22, lid 1, AVG aldus [...] verschillende handelingen kan omvatten die de betrokkene op verschillende manieren kunnen treffen, is dit begrip voldoende ruim om ook te zien op het resultaat van de solvabiliteitsberekening van een persoon in de vorm van een waarschijnlijkheidswaarde die gebaseerd is op het vermogen van die persoon om in de toekomst betalingsverplichtingen na te komen.’<sup>32</sup>

Interessant is ook een zaak waarin het ging om beperken, althans verminderd zichtbaar en onvindbaar maken, van een account op het sociale netwerk X, voorheen aangeduid als Twitter. Het besluit tot deze ‘shadowban’ was, zo

27 AP, ‘Advies artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten’, 10 oktober 2024, p. 5.

28 Art. 4 onderdeel 7 AVG.

29 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 59.

30 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 7, p. 46-47.

31 Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37; zie ook Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:793, r.o. 3.20-3.24 en Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:796, r.o. 3.33-3.35 en 3.37.

32 HvJ EU 7 december 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 46.

oordeelde de rechtbank Amsterdam, een geautomatiseerd besluit, want het was genomen door een systeem dat zonder menselijke tussenkomst selecteert op bepaalde woorden en op basis daarvan vervolgens overgaat tot automatisch beperken van het account. Het sociale netwerk kwam daarop met het bepaald niet geloofwaardige argument er geen sprake zou zijn van een geautomatiseerd besluit ‘omdat de parameters van het detectiesysteem zijn bepaald door mensen’. Daarin ging de rechtbank uiteraard niet mee. De rechtbank overweegt:

‘Het gaat er niet om dat het oorspronkelijke systeem is gemaakt door mensen, maar dat in de besluitvorming om een beperking op te leggen geen sprake is van menselijke tussenkomst. Dat gebeurt uitsluitend geautomatiseerd. Er is pas weer sprake van menselijke tussenkomst wanneer een mens de beperking beoordeelt en deze persoon bevoegd is het besluit te toetsen en te veranderen, waarbij alle relevante gegevens worden betrokken in het onderzoek.’<sup>33</sup>

Anders oordeelde echter de rechtbank Den Haag in een zaak waarin het ging om het (tijdelijk) blokkeren van een bankrekening naar aanleiding van een signaal (‘hit’) in het door de bank (Bunq) gebruikte transactiemonitoringssysteem. Dit signaal was weliswaar het resultaat van de toepassing van een algoritme zonder menselijke tussenkomst, maar de rechtbank beoordeelt, overigens zonder aan te geven waarom, dit signaal niet op zichzelf, maar tezamen met het op basis daarvan genomen besluit van een bankmedewerker om de bankrekening te blokkeren. En het resultaat van deze beoordeling is dan dat er géén sprake van een geautomatiseerd besluit, en dat derhalve het verbod van art. 22 lid 1 AVG überhaupt niet van toepassing is:

‘De hit van het Transactie Monitoringssysteem ontstaat op basis van een algoritme zonder menselijke tussenkomst, zo heeft Bunq toegelicht. Een hit blijft zonder (rechts)gevolg wanneer er geen actie op ondernomen wordt. Bunq heeft uiteengezet dat er menselijke tussenkomst vereist is om te besluiten of naar aanleiding van een hit nadere actie wordt ondernomen. In dit geval heeft een medewerker van Bunq besloten om naar aanleiding van de hit van het Transactie Monitoringssysteem een cliëntenonderzoek te starten. Dat is geen besluit geweest van het systeem zelf. Het daaropvolgende onderzoek is door medewerkers van Bunq uitgevoerd, inhoudende het opvragen van documenten, het (ten onrechte te vroeg) blokkeren van de rekeningen van [verzoeker], het beoordelen van de door hem ingestuurde documenten en het weer opheffen van de blokkade. Al deze acties zijn door menselijke tussenkomst uitgevoerd. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Bunq met deze toelichting voldoende onderbouwd dat er in het proces van het cliëntenonderzoek geen sprake is geweest van een geautomatiseerd besluit.’<sup>34</sup>

De rechtbank wijkt daarmee dus af van de hiervoor besproken uitspraken, waar de resultaten van de toepassing van het algoritme (dus ‘de risicomelding bij SyRI’, ‘fraud probability score’ bij Ola Cabs’, ‘de waarschijnlijkheidswaarde in SCHUFA’ en de ‘shadowban’ bij Twitter) op zichzelf werden opgevat als geautomatiseerd besluit zonder menselijke tussenkomst, waarna vervolgens wordt bezien in hoeverre er sprake is van rechtsgevolgen of anderszins aanmerkelijke gevolgen (waarover meer in paragraaf 4 en 5).<sup>35</sup>

## De AP lijkt – is onze indruk – te hinken op twee niet zonder meer met elkaar te verenigen gedachten

In haar advies aan de Belastingdienst over geautomatiseerde besluitvorming laat de AP zich niet heel duidelijk uit over wat heeft te gelden als besluit in de zin van art. 22 lid 1 AVG. De toezichthouder lijkt – is onze indruk – te hinken op twee niet zonder meer met elkaar te verenigen gedachten. Enerzijds bevestigt de AP dat het begrip ruim moet worden opgevat. Maar vervolgens bespreekt de toezichthouder de situatie waarin de uitkomst van een geautomatiseerde risicoselectie («hoog risico») is dat een belastingaangifte handmatig wordt gecontroleerd. In deze situatie vindt de AP dat er géén sprake is van een geautomatiseerd besluit waarop het artikel van toepassing is. Dit omdat er bij de controle, die plaatsvindt nadat de risicoselectie heeft plaatsgevonden, sprake is van betekenisvolle menselijke tussenkomst. De toezichthouder gaat er dus vanuit dat de geautomatiseerde risicoselectie onderdeel is van de besluitvorming over de aangifte. En het gevolg is dat er wél sprake is van menselijke tussenkomst is, zodat het verbod van art. 22 lid 1 AVG niet daarop van toepassing is.<sup>36</sup>

Anderzijds lijkt de toezichthouder toch ook niet uit te willen sluiten dat een geautomatiseerd tot stand gekomen risicoselecties op zichzelf, dus los van de beslissingen die naar aanleiding daarvan kunnen worden genomen, hebben te gelden als besluiten waarop art. 22 lid 1 AVG van toepassing is, als die besluiten rechtsgevolgen hebben of iemand in aanmerkelijke mate treffen. Zo bespreekt de toezichthouder in de laatste alinea van zijn advies de toepassing van selectieregels (dat wil zeggen het algoritme op basis waarvan een risico wordt bepaald) die tot gevolg heeft dat

33 Rb. Amsterdam 4 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4019, r.o. 4.22.

34 Rb. Den Haag 9 september 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:14477, r.o. 4.10.

35 Zie ook art. 76 lid 5 onderdelen b en c van de nog niet in werking getreden anti-witwasverordening, zijnde Verordening (EU) 2024/1624 van het Europees Parlement en de Raad van 31 mei 2024 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen of terrorismefinanciering, *PbEU* L2024/1624. Daarin lijkt de verplichting om uitleg te geven over door financiële instellingen en andere instellingen die onder de reikwijdte van de AMLR vallen genomen besluiten te worden verruimd tot alle besluiten die ‘voortvloeien’ uit geautomatiseerde besluitvorming, en alle ‘processen’ waarbij gebruik wordt gemaakt van AI-systemen zoals gedefinieerd in art. 3 onderdeel 1 AI Act.

36 AP, Advies artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten, 10 oktober 2024, p. 19.

‘bepaalde groepen of individuen structureel een substantieel verhoogde kans op correcties en onderzoeken e.d. lopen.’

In die situatie meent de AP, zo begrijpen wij haar advies, dat de risicoselectie wél op zichzelf wordt opgevat als geautomatiseerd besluit dat in beginsel verboden is, als de betrokkene daardoor in aanmerkelijke mate wordt getroffen.<sup>37</sup>

Ons komt het voor dat voor de beide benaderingen wel wat is te zeggen, zij het dat we in de rechtspraak vooral steun vinden voor de laatste, dat wil zeggen een benadering waarbij de risicoselectie (risicomelding, fraud probability score, waarschijnlijkheidswaarde of shadowban) op zichzelf wordt beoordeeld, waarna vervolgens wordt bezien in hoeverre die risicoselectie op zichzelf voor de betrokkene rechtsgevolgen heeft of hem in aanmerkelijke mate treft.

In zowel SyRI als Uber en Ola Cabs alsook in SCHUFA en de zaak over shadowban beoordeelde de rechter de geautomatiseerde risicokwalificatie op zichzelf, dus als geautomatiseerd besluit zonder menselijke tussenkomst waarop art. 22 lid 1 AVG van toepassing is als er sprake is van rechtsgevolgen of als iemand daardoor in aanmerkelijke mate wordt getroffen. Voor de beoordeling of dat geautomatiseerd besluit al dan niet iemand in aanmerkelijke mate treft, kan vervolgens ook worden gekeken naar het wel met menselijke tussenkomst genomen besluit. Er zal minder snel sprake van zijn dat iemand in aanmerkelijke mate wordt getroffen door het geautomatiseerde besluit (risicomelding, fraud probability score enzovoort) als er vervolgens mede op basis daarvan met menselijke tussenkomst een besluit wordt genomen. We zien dat de AP in haar advies af en toe, maar niet consequent, op deze wijze art. 22 lid 1 AVG toepast.<sup>38</sup>

Alleen in de zaak over het transactiemonitoringssysteem van Bunq zag de rechter het signaal (‘de hit’) die door het systeem geautomatiseerd was gegenereerd niet op zichzelf als geautomatiseerd besluit waarop art. 22 lid 1 AVG van toepassing is. In plaats daarvan ging de rechter in deze zaak ervan uit dat het te beoordelen besluit dit signaal betrof tezamen met het vervolgens door een bankmedewerker genomen besluit om de bankrekening te blokkeren.

#### 4. Een besluit waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden

Het verbod op geautomatiseerde besluitvorming van art. 22 lid 1 AVG is van toepassing als er aan het geautomatiseerde besluit voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verbonden of als dat die betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Onder de betrokkene wordt verstaan degene, een natuurlijke persoon, over wie de persoonsgegevens zijn verwerkt waarop het geautomatiseerde besluit is gebaseerd. Wat onder ‘rechtsgevolgen’ wordt verstaan, blijkt niet uit de verordening. In zijn advies over geautomatiseerde besluit-

vorming legt WP29 uit dat een besluit rechtsgevolgen heeft als het van invloed is op iemands juridische status of wettelijke rechten (‘legal rights’). Voorbeelden zijn de beëindiging van een overeenkomst, het ontstaan van een recht op of de weigering van een wettelijke sociale uitkering (zoals kinderbijslag of huurtoeslag), en de weigering van toelating tot een land of van toekenning van een nationaliteit.<sup>39</sup> En ook wel, meer aanschouwelijk:

‘de automatische afsluiting van een mobiele telefoondienst wegens contractbreuk omdat de abonnee vergeten was de telefoonrekening te betalen voordat zij op vakantie ging.’<sup>40</sup>

In de rechtspraak vonden wij welgeteld één voorbeeld van een uitsluitend op de geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit met rechtsgevolgen. Over de door de systemen van Uber gegenereerde besluiten tot deactivering van het account van een chauffeur merkt het hof op, bijna als overweging ten overvloede, dat die besluiten voor de desbetreffende chauffeurs ook een rechtsgevolg met zich brengt, aangezien Uber hiermee de overeenkomst met hen heeft beëindigd.<sup>41</sup>

#### 5. Een besluit dat iemand anderszins in aanmerkelijke mate treft

Veel vaker dan dat een geautomatiseerd besluit rechtsgevolgen heeft, wordt aangenomen dat zo’n uitsluitend besluit iemand ‘anderszins in aanmerkelijke mate treft’. Daarvan kan, volgens WP29, sprake zijn als het besluit weliswaar niets verandert in iemands wettelijke rechten of iemands juridische status, maar toch zodanige gevolgen heeft dat bescherming door de bepaling is vereist. De werkgroep geeft daarbij aan dat ‘anderszins’ impliceert dat de drempel voor ‘aanmerkelijke mate’ vergelijkbaar moet zijn met de mate waarin de betrokkene wordt getroffen bij een besluit waaraan een rechtsgevolg verbonden is.<sup>42</sup>

Om duidelijk te maken wat kan gelden als ‘aanmerkelijke mate’ komt de werkgroep eerst met de wat weinig zeggende maatstaf dat de effecten van de verwerking groot of belangrijk genoeg moeten zijn ‘om aandacht te verdienen’. Vervolgens geeft de werkgroep wel enkele handvatten voor de toepassing ervan. Als wij het goed zien – de richtsnoeren

37 AP, ‘Advies artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten’, 10 oktober 2024, p. 20.

38 AP, ‘Advies artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten’, 10 oktober 2024, p. [NOG INVULLEN].

39 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev. 1), 3 oktober 2017, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.

40 Dit voorbeeld werd genoemd in de ter consultatie voorgelegde versie van de richtsnoeren. In de herziene versie van 6 februari 2018 is het eruit verwijderd; zie WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, (WP251rev. 1), p. 10 resp. WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.

41 Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:793, r.o. 3.19.

42 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.

zeggen het net iets anders en zijn niet helemaal duidelijk<sup>43</sup> – moet worden gezien in hoeverre het geautomatiseerde besluit:

- verandering kan brengen in ‘de omstandigheden, het gedrag of de keuzen van de betrokken personen’;
- een ‘langdurig of blijvend effect’ op de betrokkene kan hebben;
- in het uiterste geval, tot ‘uitsluiting of discriminatie’ van personen kan leiden.<sup>44</sup>

De verordening geeft enkele voorbeelden van geautomatiseerde besluiten waarvan kan worden aangenomen dat die iemand in aanmerkelijk mate kunnen treffen, zoals: de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag en de verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst.<sup>45</sup> De werkgroep voegt daaraan nog enkele voorbeelden toe, zijnde de besluiten die iemands toegang tot gezondheidszorgdiensten treffen,<sup>46</sup> besluiten waarmee iemand de toegang tot een werkgelegenheidskans wordt geweigerd of waarmee hij daarbij ernstig wordt benadeeld en besluiten over iemands toegang tot onderwijs, bijvoorbeeld toelating tot een universiteit.<sup>47</sup>

In aanvulling daarop noemt de werkgroep nog de op profilering gebaseerde reclame (‘behavioural advertising’ of ook wel ‘behavioural targeting’), waarbij op basis van soms uiteenlopende kenmerken of eigenschappen van een internetgebruiker een advertentie wordt getoond.<sup>48</sup> Ook daarbij wordt gebruikgemaakt van geautomatiseerde besluitvorming en profilering, maar daarbij zal meestal geen sprake zijn van een besluit met rechtsgevolgen. Of het op basis van de profilering te nemen besluit iemand in aanmerkelijke mate treft, zal volgens de werkgroep kunnen afhangen van verschillende omstandigheden, namelijk:

- het indringende karakter van het profileringsproces (bijvoorbeeld uiteenlopende al dan niet gevoelige gegevens worden verkregen van heel veel verschillende websites, apparaten en diensten);
- de verwachtingen en wensen van de betrokken personen;
- de manier waarop de advertentie wordt gepresenteerd;

43 Weinig verhelderend is bijvoorbeeld de uitleg van de werkgroep dat er sprake is van iemand die in aanmerkelijke mate wordt getroffen wanneer het besluit het potentieel heeft om de omstandigheden, het gedrag of de keuzen van de betrokken personen in aanmerkelijke mate te treffen. Een nogal ongelukkig voorbeeld van het in de definitie opnemen van het te definiëren begrip.

44 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.

45 Overweging 71 van de Preambule van de AVG.

46 Vgl. ‘Deze operatie eerst: algoritme helpt met keuzes in Erasmus MC’, *RTL Nieuws* 25 mei 2021, te vinden via: [www.rtl.nl/nieuws/nederland/artikel/5232862/operatie-achterstand-erasmus-mc-corona](http://www.rtl.nl/nieuws/nederland/artikel/5232862/operatie-achterstand-erasmus-mc-corona) (laatstelijk geraadpleegd 19 februari 2025).

47 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.

48 WP29, Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag, (WP171), 22 juni 2010.

- het gebruik van kennis over de kwetsbaarheden van de benaderde betrokkenen.<sup>49</sup>

Voor het gebruik van kwetsbaarheden kan een voorbeeld zijn dat de profilering uitwijst dat iemand wellicht vatbaar is voor gokverslaving. Als juist die persoon vervolgens, juist vanwege deze door het algoritme gedetecteerde mogelijke kwetsbaarheid, herhaaldelijk advertenties voor online casino’s krijgt aangeboden, zal er sprake zijn van een besluit dat iemand in aanmerkelijke mate treft. Hetzelfde kan worden gezegd over de advertenties van kredietverleners aan degenen van wie de profilering uitwijst dat ze wellicht financiële problemen hebben.<sup>50</sup>

In de rechtspraak zien we dat de rechter om uiteenlopende redenen komt tot het oordeel dat er sprake is van een besluit dat iemand in aanmerkelijke mate treft. In de SyRI-zaak vond de rechtbank Den Haag dat de door dit systeem gegenereerde risicomeldingen de betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen. Dit omdat zo’n risicomelding gedurende twee jaar kan worden opgeslagen, en voor (maximaal) twintig maanden mag worden gebruikt en kan worden gedeeld met politie en justitie. Dat een risicomelding niet altijd tot verder onderzoek of tot een bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sanctie leidde, deed volgens de rechtbank niet af aan het aanmerkelijke effect op het privéleven van een betrokkene.<sup>51</sup>

In de Uber-zaak kwam het gerechtshof Amsterdam ook tot de conclusie dat het deactiveringsbesluit de Uber-chauffeurs in aanmerkelijke mate treft. Daardoor konden de taxichauffeurs niet meer werken via de app, wat inkomstenderving tot gevolg had. Ook vond het hof dat het automatisch bundelen van reviews van passagiers hen in aanmerkelijke mate treft, omdat ook dat kan leiden tot deactivering van het account van de chauffeur.<sup>52</sup>

In de Ola Cabs-zaak oordeelde het hof in dezelfde zin waar het ging om de fraudescore (‘fraud probability score’). De score bepaalde of een taxichauffeur al dan niet als verdachte werd aangemerkt en of er maatregelen tegen de chauffeur werden genomen, zoals melding bij de toezichthouder met mogelijk intrekking van de taxilicentie als gevolg. Het feit dat het systeem ook positief kon oordelen, deed volgens het hof niet af aan het aanmerkelijk belang van de score.<sup>53</sup>

Het HvJ EU oordeelde in het SCHUFA-arrest dat een krediet-score (‘waarschijnlijkheidswaarde’) een betrokkene in aanmerkelijke mate kan treffen, zoals al werd gesuggereerd door de WP29-richtsnoeren en de preambule van de AVG. Dit omdat die krediet-score ‘hoofdzakelijk’ bepalend is voor het al dan niet verlenen van een krediet aan de betrokkene. Daaraan doet (uiteeraard) niet af dat die

49 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.

50 WP29, Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.

51 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.59.

52 Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:796, r.o. 3.19 en 3.35.

53 Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37.



krediet score wordt gegenereerd door een andere partij, een kredietinformatiebureau, dan de partij die al dan niet het krediet verleent.

‘Volgens de feitelijke vaststellingen van de verwijzende rechter leidt een ontoereikende waarschijnlijkheidswaarde, in geval van een kredietaanvraag van een consument bij een bank, erin bijna alle gevallen toe dat die laatste weigert het gevraagde krediet te verlenen.

In die omstandigheden moet worden aangenomen dat ook is voldaan aan de derde toepassingsvoorwaarde van artikel 22, lid 1, AVG, aangezien een waarschijnlijkheidswaarde als die in het hoofdgeding op zijn minst in aanmerkelijke mate gevolgen heeft voor de betrokkene.’<sup>54</sup>

Ook in de uitspraak over de beperking van de zichtbaarheid of vindbaarheid van een account op het sociale netwerk (de shadowban op X, voorheen Twitter) oordeelde de rechtbank Amsterdam dat er sprake was van een besluit dat de desbetreffende gebruiker in aanmerkelijke mate treft. Dit omdat door deze shadowban de betrokkene namelijk minder zichtbaar was en dus minder bereik op Twitter had. Dit raakte de werkgelegenheid van betrokkene, die zijn account ook gebruikte om zich professioneel te profileren. Ook kon deze betrokkene mogelijk niet meer worden toegelaten tot de Verenigde Staten doordat hij (onterecht) in verband werd gebracht met kindermisbruik. Een en ander betekende dat de betrokken accounthouder (verzoeker) daardoor aanmerkelijk werd getroffen:

‘De beperking zorgt ervoor dat [verzoeker] minder vindbaar is en daardoor minder bereik heeft. Nu [verzoeker] zijn account gebruikt om zichzelf professioneel te profileren raakt dit zijn werkgelegenheid. Daarnaast zijn de mogelijke consequenties van de beperking groot, namelijk wanneer [verzoeker] in verband wordt gebracht met kindermisbruik en Twitter een melding zou doen bij het Amerikaanse NCMEC, een organisatie die zich inzet tegen het misbruik van kinderen en die aangifte kunnen doen tegen [verzoeker] in de Verenigde Staten, waardoor [verzoeker] mogelijk niet meer toegelaten wordt tot de VS. Het besluit kan [verzoeker] dan ook in aanmerkelijke mate treffen.’<sup>55</sup>

In haar op verzoek van de Belastingdienst opgestelde advies over geautomatiseerde selectie-instrumenten doet de AP een poging om op te helderen wat volgens haar wél en niet kwalificeert als een geautomatiseerd besluit dat iemand in aanmerkelijke mate treft. Volgens de AP valt het moeten verstrekken van aanvullende informatie bij een aanvraag doorgaans niet hieronder, zelfs niet als dit meer tijd of moeite kost. Ook een reguliere controle van gegevens zonder directe ingrijpende gevolgen, zoals een huisbezoek op basis van automatische risicoselectie, kwalificeert volgens de toezichthouder niet als een aanmerkelijk

gevolg. Evenmin valt daaronder, zegt de AP, een verhoogde kans dat voor betrokkene nadelige onjuistheden aan het licht komen. Volgens de AP zal iemand zal ook niet snel ‘in aanmerkelijk mate’ getroffen worden door een ‘correct en bedoeld rechtsgevolg’ zoals dat volgens de geldende wetgeving voor iedereen in dezelfde situatie geldt en dat is neergelegd in een regulier, transparant, gemotiveerd en aan rechtsbescherming onderworpen besluit.<sup>56</sup>

## Ook een reguliere controle van gegevens zonder direct ingrijpende gevolgen kwalificeert volgens de toezichthouder niet als een aanmerkelijk gevolg

Een vergrote kans op ernstige gevolgen kan echter, zegt de AP in haar advies, wel ‘als op zichzelf staand effect’ iemand in aanmerkelijk mate treffen. Het is niet helemaal duidelijk wat de toezichthouder daarmee nou precies wil zeggen – dat een risico op ernstige gevolgen iemand in aanmerkelijke mate treft ligt nogal voor de hand. Het advies verwijst vervolgens echter ook naar ‘de gevolgen die los staan van een concreet publiekrechtelijke besluit’, wat kennelijk verwijst naar de situatie waarin gegevens van in een bepaalde context als een zeker risico aangemerkte personen worden gedeeld met andere overheden die daaraan weer in een andere context gevolgen aan kunnen verbinden.<sup>57</sup> Het lijkt er op dat het advies doelt op iets dat we kunnen opvatten als olievlekwerking, het verschijnsel dat de gevolgen van het geautomatiseerde besluit zich vanzelf en op oncontroleerbare wijze uitbreiden of verspreiden. Van een besluit dat iemand in aanmerkelijke mate treft, zal dan dus sprake zijn als een risicokwalificatie herhaaldelijk en/of nog een lange periode kan nawerken, al dan niet in heel andere contexten, waardoor iemand meer dan eens of nog langere tijd te maken kan krijgen met verdachtmakingen, indringende onderzoeken, huisbezoeken enzovoort.

## 6. De uitzonderingen op het verbod

De verordening voorziet in drie uitzonderingen op het verbod op geautomatiseerde besluitvorming van art. 22 lid 1 AVG. Deze staan in art. 22 lid 2 AVG, waarin staat dat het verbod niet geldt als het geautomatiseerde besluit:

- noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke (art. 22 lid 2 onderdeel a AVG);
- 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

<sup>56</sup> AP, ‘Advies artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten’, 10 oktober 2024, p. 8.

<sup>57</sup> AP, ‘Advies artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten’, 10 oktober 2024, p. 3 en 19, 20.

<sup>54</sup> HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (SCHUFA), r.o. 48.

<sup>55</sup> Rb. Amsterdam 4 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4019, r.o. 4.23.

gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (art. 22 lid 2 onderdeel b AVG); of

- berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene (art. 22 lid 2 onderdeel c AVG).

De nieuwwetgever en de nationale wetgever hebben enige toelichting gegeven op de verschillende uitzonderingen. Maar, voor zover ons bekend, is er nog geen rechtspraak specifiek over deze uitzonderingen. Evenmin is er al veel beleid van toezichthouders. Ook heeft de nationale wetgever geen gebruikgemaakt om in de UAVG aanvullende uitzonderingen te introduceren.<sup>58</sup> We volstaan daarom met een beknopte bespreking van de in art. 22 lid 1 AVG opgenomen uitzonderingen.

### Noodzakelijk voor de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst

Het verbod op geautomatiseerde besluitvorming is niet van toepassing als het te nemen besluit noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke. In zijn advies daarover volstaat WP29 met de opmerking dat in voorkomend geval ‘een routinematige menselijke tussenkomst’ niet doelmatig kan zijn, omdat die, gelet op de hoeveelheid te verwerken persoonsgegevens, ‘onpraktisch of onmogelijk’ zou zijn. Daarbij wijst de werkgroep er nog wel op dat de verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen aantonen dat de geautomatiseerde besluitvorming echt nodig is. Van belang is dan onder andere dat de verwerkingsverantwoordelijke nagaat of er niet gebruik kan worden gemaakt van een andere methode die in termen van gegevensbescherming minder indringend is (subsidiariteitsbeginsel).

De werkgroep geeft één interessant voorbeeld van een situatie waarin van de uitzondering gebruik zou kunnen worden gemaakt. Volgens de werkgroep zou een werkgever die wordt geconfronteerd met een grote hoeveelheid sollicitaties wél op basis van geautomatiseerde besluitvorming een voorselectie van mogelijke kandidaten mogen maken. Het is dan, zegt de werkgroep, praktisch onmogelijk om handmatig de ongeschikte kandidaten eruit te filteren. Het voorbeeld is interessant, vooral omdat de Uniewetgever juist als voorbeeld van een verboden vorm van geautomatiseerde besluitvorming verwijst naar een min of meer vergelijkbaar voorbeeld, namelijk ‘de verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst’ (‘e-recruiting practices without any human intervention’).

Een duidelijker voorbeeld, althans een voorbeeld dat minder vragen oproept, zou er een kunnen zijn waarbij de profilering als zodanig de dienstverlening betreft waarop de overeenkomst betrekking heeft. Er kan dan worden gedacht aan datingsites of flirtings-apps (zeg Tinder of Grindr)<sup>59</sup> waarbij

de matches zonder menselijke tussenkomst worden gegenereerd op basis van uitsluitende geautomatiseerde gegevensverwerkingen en waarbij in voorkomende gevallen zou kunnen worden verwacht dat die de gebruikers in aanmerkelijke mate treft. Ook zou kunnen worden gedacht aan de aanbevelingen die streamingdiensten genereren, zonder menselijke tussenkomst, op basis van de films en series die iemand eerder heeft gezien. Of er ook bij deze diensten kan worden gesproken van een besluit dat de gebruiker in aanmerkelijke mate treft, is natuurlijk de vraag, maar dat kan vermoedelijk ook niet volledig worden uitgesloten, bijvoorbeeld als er daardoor zogeheten filterbubbels worden gevormd.<sup>60</sup>

### Toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling

Het verbod op geautomatiseerde besluitvorming is ook niet van toepassing als de geautomatiseerde besluitvorming is toegestaan bij een unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is. Vereist is dat die bepaling voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene. In de verordening worden enkele voorbeelden genoemd, zoals de geautomatiseerde besluitvorming ten behoeve van de controle en voorkoming van belastingfraude en -ontduiking.<sup>61</sup> In Nederland is daarvoor voorzien in art. 40 Uitvoeringswet AVG. Daarin staat dat het verbod van art. 22 lid 1 AVG niet van toepassing is op geautomatiseerde besluitvorming, anders dan op basis van profilering, die noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang. Op grond daarvan kan bijvoorbeeld de Belastingdienst geautomatiseerd, dus zonder menselijke tussenkomst, belastingaanslagen opleggen. Er zijn wel twijfels, of zorgen, over de reikwijdte van deze uitzondering, al was het maar omdat die er welbeschouwd op neer komt dat geautomatiseerde besluiten waarbij geen sprake is van profilering altijd zijn toegestaan als dat nodig is om een wettelijke plicht na te komen of om een publiekrechtelijke taak te vervullen. De hoofdregel is derhalve niet meer «in beginsel verboden tenzij ...».<sup>62</sup>

Een ander bekend voorbeeld betreft de oplegging van verkeersboetes voor te hard rijden of door een rood verkeerslicht rijden. In het overgrote deel van de gevallen

58 *Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122.* Zie verder: De Vries, *Tekst en commentaar Privacy- en gegevensbeschermingsrecht 2024*, art. 41 UAVG, aant. 1, laatste paragraaf.

59 De term ‘flirting- en datingapp’ is ontleend aan de Nederlandstalige versie van de conclusie van 20 september 2022 van A-G Rantos in zaak C-252/21, ECLI:EU:C:2022:704 (*Meta/Bundeskartellamt*), nr. 13.

60 Een ‘filterbubbel’ betreft het verschijnsel waarbij een internetgebruiker alleen bepaalde informatie (‘content’) gepresenteerd krijgt die bijvoorbeeld bevestigt wat hij of zij al vindt. Er zijn aanwijzingen dat daardoor de pluriformiteit en diversiteit van de informatievoorziening worden aangetast, wat weer kan leiden tot polarisatie en extremisme (‘rabbit-holes’, ‘echochambers’ enz.). Zie bijv. Custers, B.H.M. ‘Nepnieuws, filterbubbels en echokamers’, in: S. van der Hof, B.H.M. Custers, F. Dechesne & E.L.O. Keymolen (eds.) *Recht uit het hart*, Universiteit Leiden, Meijers Instituut 2019, te vinden op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3338403> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3338403> (laatstelijk geraadpleegd 19 februari 2025).

61 Overweging 71 van de Preambule van de AVG.

62 H.B. Winter et al., *Bescherming gegeven? Evaluatie UAVG, meldplicht datalekken en de boetebevoegdheid*, Groningen: Pro Facto 2022, p. 115-116.

worden dergelijke overtredingen op geautomatiseerde wijze vastgesteld en daarvoor worden dan zonder menselijke tussenkomst boetes ('administratieve sancties') opgelegd, en wel op grond van art. 3 lid 2 Wet administratiefrechtelijke afdoening van inbreuken op bepaalde verkeersvoorschriften (zgn. wet Mulder).<sup>63</sup>

### Uitdrukkelijke toestemming

Het verbod op geautomatiseerde besluitvorming is ten slotte niet van toepassing als daarvoor uitdrukkelijke toestemming is gegeven door de betrokkene van wie de persoonsgegevens worden verwerkt om een geautomatiseerd besluit over hem of haar te nemen. De uitdrukkelijke toestemming is dus nodig als de geautomatiseerde besluitvorming niet is gebaseerd op Unie- of lidstatelijk recht en evenmin nodig is voor de uitvoering van een overeenkomst met de betrokkene.

Wat heeft te gelden als toestemming zet de Uniewetgever uiteen in achtereenvolgens de definitie van art. 4 onderdeel 11 AVG alsmede in art. 7 lid 1 tot en met 4 AVG, en in de verschillende overwegingen daarbij.<sup>64</sup> Daarbij heeft de EDPB, evenals WP29, verschillende richtsnoeren daarvoor opgesteld.<sup>65</sup> Uit een en ander wordt duidelijk dat toestemming specifiek moet zijn en op informatie moet berusten, en dat toestemming een ondubbelzinnige wilsuiting betreft waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling aanvaardt dat zijn of haar betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.

## Betrokkene moet een uitdrukkelijke verklaring van toestemming geven, bijvoorbeeld in een schriftelijke verklaring

Waar het gaat om geautomatiseerde besluitvorming, vereist art. 22 lid 2 onderdeel c AVG ook dat de toestemming uitdrukkelijk moet zijn. Dit betekent, zo blijkt uit de EDPB-richtsnoeren, dat aanvullende eisen worden gesteld aan de manier waarop toestemming door de betrokkene tot uitdrukking wordt gebracht. Het betekent dat de betrokkene een uitdrukkelijke verklaring van toestemming moet geven, bijvoorbeeld door de toestemming uitdrukkelijk te bevestigen in een schriftelijke verklaring.

In voorkomende gevallen zou de verwerkingsverantwoordelijke ervoor kunnen zorgen dat de schriftelijke verklaring door de betrokkene wordt ondertekend, om elke mogelijke twijfel weg te nemen en om mogelijk gebrek aan bewijs in de toekomst uit te sluiten. Maar ook op andere wijzen kan de verwerkingsverantwoordelijke ervoor zorgen dat de voor geautomatiseerde besluitvorming vereiste toestem-

ming uitdrukkelijk is. Voor de digitale of online context noemt de EDPB ook de mogelijkheid dat de betrokkene de vereiste verklaring kan geven door het invullen van een elektronisch formulier, door het versturen van een e-mail, door het uploaden van een gescand document waarop de handtekening van de betrokkene staat of door middel van een elektronische handtekening.<sup>66</sup>

## 7. Afsluitende opmerkingen

We zien dat de rechtspraak over geautomatiseerde besluitvorming nog volop in ontwikkeling is. Onlangs zagen we het arrest van het Hof van Justitie in *Dun & Bradstreet Austria*.<sup>67</sup> Het Hof verduidelijkt daarin hoe moet worden voldaan aan de op de verwerkingsverantwoordelijke rustende verplichting om aan de betrokkene 'nuttige informatie' te verstrekken 'over de onderliggende logica' van geautomatiseerde besluitvorming, zoals bedoeld in art. 15 lid 1 onderdeel h resp. art. 13 lid 2 onderdeel f en art. 14 lid 2 onderdeel g Avg. In het kort komt het erop neer dat de verwerkingsverantwoordelijke aan de hand van relevante informatie en in beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm uiteenzet welke procedure en beginselen er concreet zijn toegepast om te komen tot een geautomatiseerd besluit, om daaruit een bepaald resultaat te verkrijgen (zoals een kredietprofiel of credit score). Vereist is daarbij dat dit de betrokkene in staat stelt zijn Avg-rechten doeltreffend uit te oefenen, waarbij onder meer kan worden gedacht aan het recht op menselijke tussenkomst, het recht om het eigen standpunt kenbaar te maken en het recht om het geautomatiseerde besluit aan te vechten, zoals benoemd in art. 22 lid 3 Avg. Ook zien we dat de EDPB en de AP zich inspinnen om duidelijk te maken hoe de regels daarover volgens hen moeten worden uitgelegd en toegepast. In zijn richtsnoeren over het gerechtvaardigd belang gaat de EDPB in op de voorwaarden waaronder geautomatiseerde besluitvorming kan zijn toegestaan.<sup>68</sup> AP publiceerde op haar website een consultatiedocument met daarin een uiteenzetting van wat in de context van 'algoritmische besluitvorming' kan worden opgevat als betekenisvolle menselijke tussenkomst.<sup>69</sup> Een voor de toepassing van de regels over geautomatiseerde besluitvorming en profilering belangrijke maar niettemin nog niet duidelijk beantwoorde vraag is wat precies wordt opgevat als het geautomatiseerde besluit waarop art. 22 lid 1 AVG van toepassing is. In het bijzonder is die vraag aan de orde waar het gaat om een door een algoritme gegenereerde risicoselectie die wordt gebruikt om te bepalen in hoeverre er sprake moet zijn van menselijke tussenkomst bij het vervolgens nemen van een besluit over iemand. Het gaat dan om de geval-

63 Wet van 3 juli 1989, houdende administratiefrechtelijke afdoening van inbreuken op bepaalde verkeersvoorschriften, *Stb.* 1990, 435.

64 Overweging 32, 42 en 43 van de Preamble van de AVG.

65 WP29, Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, (WP259 rev.01), laatstelijk gewijzigd 10 april 2018; EDPB, Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 4 mei 2020.

66 EDPB, Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, laatstelijk vastgesteld op 4 mei 2020, p. 23.

67 HvJEU 27 februari 2025, C-203/22, ECLI:EU:C:2025:117.

68 EDPB Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)(f) GDPR, version 1.0, adopted on 8 October 2024, nrs. 80 t/m 82.

69 AP Consultatiedocument Betekenisvolle menselijke tussenkomst, maart 2025, te vinden op [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl) (laatst. geraadpl. 7 maart 2025).

len waarin aan de hand van zo een risico-selectie wordt bepaald welke besluiten wél of niet met menselijke tussenkomst worden genomen.

In de zaken betreffende SyRI, Uber en Ola Cabs zien, alsmede in de X-shadowban, zien we dat de rechter de desbetreffende geautomatiseerde (dus met behulp van een algoritme) gegenereerde risicoselectie op zichzelf ziet als een besluit, waarop art. 22 lid 1 AVG van toepassing is, en het vervolgens te nemen besluit betreft bij het beantwoorden van de vraag of iemand in aanmerkelijke mate daardoor wordt getroffen. Aldus gaat de rechter in deze zaken dus uit van een ruim toepassingsbereik van de bepaling, wat goed aansluit bij het door de Uniewetgever beoogde doel van art. 22 AVG, dat zoals het Hof het zegt in SCHUFA:

‘erin bestaat personen te beschermen tegen de bijzondere risico’s voor hun rechten en vrijheden die met de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van profilering, gepaard gaan.’<sup>70</sup>

In de zaak transactiemonitoring van Bunq kiest de rechter voor een andere benadering, namelijk één waarbij de door het systeem, zonder menselijke tussenkomst gegenereerde risicoselectie (‘de hit’) wordt opgevat als onderdeel van de besluitvorming over het blokkeren van de bankrekening waarbij wél sprake is van menselijke tussenkomst. Het resultaat is dan dat art. 22 lid 1 AVG in het geheel niet van toepassing is. Het toepassingsbereik van de bepaling is daarmee beperkt, en hetzelfde geldt voor de daardoor geboden rechtsbescherming.

De AP lijkt hierover nog niet uit. Althans, in haar advies gaat de toezichthouder enerzijds uit van een beperkt toepassingsbereik, en stelt ze dat het artikel niet van toepassing is in het geval waarin op basis van een geautomatiseerd gegenereerde risicoselectie (zonder menselijke tussenkomst)

is bepaald dat een belastinginspecteur een beslissing neemt over het opleggen van een belastingaanslag (met menselijke tussenkomst). In hetzelfde advies stelt de AP anderzijds echter ook dat art. 22 lid 1 AVG onverminderd van toepassing kan zijn op de risicoselectie op zichzelf, dus onafhankelijk van daarna nog met menselijke tussenkomst te nemen beslissingen. Het komt ons voor dat het advies van de AP wat dat betreft in een volgende versie nog kan worden opgehelderd.

In de zaken betreffende de shadowban van X en het transactiemonitoringssysteem van Bunq is hoger beroep ingesteld. We kunnen dus nog interessante uitspraken verwachten van het gerechtshof Amsterdam respectievelijk het gerechtshof Den Haag. En, *last but not least*, onlangs nog zagen we nog een nieuwe Bulgaarse zaak bij het Hof, zaak C-806/24 inzake Yettel Bulgaria, waarin het gaat om een geschil over een geautomatiseerde factureringssysteem van een telecomaandier.

(Wordt vervolgd.)

*Dit artikel is afgesloten op 19 februari 2025.*

Voor deze bijdrage is geen gebruikgemaakt van ChatGPT of andere AI-toepassingen.

#### Over de auteurs

##### **Prof. dr. mr. G.J. (Gerrit-Jan) Zwenne**

Hoogleraar Recht en de informatiemaatschappij in Leiden en hoogleraar Gegevensbescherming in de Nederlandse rechtspraak aan de Open Universiteit en advocaat bij Pels Rijcken.

##### **Mr. R. (Remy) van der Voorn**

Advocaat bij Pels Rijcken.

##### **Mr. S. (Sadaf) Zamani**

Advocaat bij Pels Rijcken.

70 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (SCHUFA), r.o. 57-59.