

DO'S & DONT'S BIJ PROFILING

In onze gedigitaliseerde samenleving worden steeds grotere hoeveelheden en soorten data gegenereerd en verzameld. Samen met de geautomatiseerde wijze van informatieverwerking via software zorgt de exponentiële groei van Big Data-analyses voor uiteenlopende en veelal vergaande toepassingen (1). Profilering is een van die toepassingen.

De geavanceerde technologische ontwikkelingen maken het voor bedrijven en organisaties mogelijk om aan de hand van verzamelde, gecombineerde en geanalyseerde (persoons)gegevens individuele (risico)profielen op te stellen, verbanden te leggen en voorspellingen te doen die gebruikt kunnen worden voor commerciële doeleinden of als een vorm van risicomangement (2). Deze gerichte profilering kan bijzonder efficiënt en waardevol zijn, maar kan tevens grote risico's met zich meebrengen voor de rechten en vrijheden van betrokken natuurlijke personen, denk aan stigmatisering en discriminatie. Door de gevoeligheid van dit soort thema's speelt dit onderwerp een zeer belangrijke rol in de maatschappelijke discussie rondom privacy en staat dit onderwerp hoog op de agenda's van de toezichthouders. Om de betrokkenen te beschermen, zijn ruim twintig jaar geleden in de Richtlijn 95/46/EG (Privacyrichtlijn) en later in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) regels vastgelegd aangaande individuele besluiten die op geautomatiseerde wijze tot stand komen. De term profilering als zodanig is echter pas geïmplementeerd onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), die vanaf 25 mei 2018 van toepassing wordt en dan de Privacyrichtlijn en de Wbp gaat vervangen. In dit artikel sta ik stil bij het wettelijke kader voor de geautomatiseerde individuele besluitvorming, in het bijzonder profilering onder de AVG, en welke aandachtspunten dit kader met zich meebrengt voor de organisaties.

Huidig wettelijk kader

Ten aanzien van geautomatiseerde individuele besluiten voorzien zowel de Privacyrichtlijn als de Wbp al in het regelgevende kader. De hoofdregel is daarbij dat

geautomatiseerde individuele besluiten die bestemd zijn om een beeld te krijgen van (bepaalde aspecten van) iemands persoonlijkheid (3) verboden zijn indien aan die besluiten voor een natuurlijke persoon:

- 1) rechtsgevolgen zijn verbonden, of
- 2) deze persoon in aanmerkelijke mate treffen (4).

Een dergelijk besluit is alsnog toegestaan indien het besluit, met passende beschermmaatregelen omkleed,

- a) wordt genomen in het kader van een overeenkomst of
- b) zijn grondslag vindt in een wet waarin beschermende maatregelen zijn vastgelegd.

In beide situaties moet de verantwoordelijke aan de betrokkene kunnen uitleggen waarom zijn gegevens geautomatiseerd worden verwerkt (5).

Nieuw wettelijk kader: wat wijzigt er?

Definitie

De AVG introduceert in artikel 4 lid 4 een vaste definitie van de term profilering (waarbij de reikwijdte van de bepaling ten opzichte van Privacyrichtlijn is uitgebreid): "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".

Met andere woorden: profilering gaat over het evalueren van geautomatiseerd opgestelde persoonlijke profielen met het doel om voorspellingen te doen en beslissingen te

nemen over iemands voorkeuren, gedragingen enzovoorts.

Hoofregel en uitzonderingen

Wat betreft de profiling staat het belangrijkste wettelijke kader in artikel 22 lid 1 AVG. Dit artikel borduurt voort op de regels over de geautomatiseerde individuele besluiten uit de Privacyrichtlijn. Het biedt het recht 'niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profiling, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.' Dat houdt in dat:

- 1) de verwerking die niet uitsluitend geautomatiseerd gebeurt buiten de werking van artikel 22 AVG valt, en dat
- 2) besluitvorming gebaseerd op profiling is toegestaan zolang de betrokkene daar geen rechtsgevolgen van ondervindt noch in aanmerkelijke mate wordt getroffen. Wat een dergelijke rechtsgevolg concreet inhoudt en hoe de aanmerkelijke mate precies wordt gemeten blijkt niet uit de wet. Ook de AVG licht deze twee begrippen summier toe door zich te beperken tot twee voorbeelden: de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag of een verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst (6).

De hoofregel kent drie uitzonderingen, waarbij profiling dus wel mag:

- a) de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene;
- b) als het noodzakelijk is voor de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst en
- c) toestemming voortvloeiend uit een wet (7).

In de eerste twee gevallen moet de verantwoordelijke passende maatregelen nemen om de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen. Van de genoemde uitzonderingen is alleen de eerste nieuw.

Profiling op basis van bijzondere persoonsgegevens (denk aan gegevens over iemands ras of etnische afkomst, politieke of religieuze overtuigingen, gezondheid, seksuele geaardheid of strafrechtelijk verleden (8)) mag alleen

- 1) met uitdrukkelijke toestemming, of
- 2) omdat verwerking noodzakelijk is door zwaarwegend algemeen belang, én passende maatregelen zijn getroffen om de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene te beschermen.

De AVG zegt overigens niet hoe in situatie van zwaarwegend algemeen belang de evenredigheid met het doel dient te worden gewaarborgd en hoe de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens kan worden geëerbiedigd.

Let op als het gaat om besluitvorming over kinderen in het kader van marketing en profiling. Het komt erop neer dat kinderen specifiek worden beschermd en daarom niet aan profiling mogen worden onderworpen (9).

Rechten betrokkene

De beginselen van behoorlijke en transparante verwerking nemen een centrale plaats in in de AVG. De transparantie en de zeggenschap over de manier waarop persoonsgegevens worden verwerkt, dragen bij aan de bescherming daarvan. In het kader van profiling voorziet de AVG, naast de bestaande rechten van betrokkenen (10), in een aantal aanvullende rechten:

Zo heeft de betrokkene het recht:

- a) op specifieke informatie,
- b) op menselijke tussenkomst van de verantwoordelijke,
- c) om zijn standpunt kenbaar te maken,
- d) om uitleg over de na een dergelijke beoordeling genomen besluit te krijgen en
- e) om te allen tijde (11) het besluit aan te vechten (12).

De expliciete vermelding in de AVG dat de betrokkene recht heeft om bezwaar te maken tegen profiling is nieuw ten opzichte van de Privacyrichtlijn. Dit bezwaar mag alleen worden afgewezen indien sprake is van dwingende gerechtvaardigde gronden voor de profiling die zwaarder wegen dan de belangen van de betrokkene. Dat geldt echter niet in geval van profiling ten behoeve van direct marketing (13).

Verder geldt dat de betrokkene bij het verzamelen van zijn gegevens of binnen een redelijke termijn dient te worden



Ksenia Kondratova is bedrijfsjurist bij KPN. Zij is bereikbaar via ksenia.kondratova@kpn.com.

geïnformeerd over het (bestaan van) profileren, de onderliggende logica en de verwachte gevolgen daarvan voor de betrokkene (14). Degene die profileert moet dus helder kunnen uitleggen wat, waarom en hoe hij verwerkt.

Plichten verantwoordelijke

De verantwoordelijke heeft de verplichting om een voor de betrokkene behoorlijke en transparante verwerking te garanderen. Hij moet:

- de betrokkene goed informeren;
- de passende wiskundige en statistische procedures gebruiken;
- technische en organisatorische maatregelen nemen;
- zorgen dat de gegevens kloppen;
- zorgen voor goede bescherming van de gegevens;
- voorkomen van discriminerende gevolgen voor de betrokkene.

Als extra verplichting geldt dat in geval van profilering of als er sprake is van verwerking van bijzondere persoonsgegevens (en voor overige grote verwerkingen) een zogenaamde gegevensbeschermings effectbeoordeling (DPIA) moet worden gemaakt (15).

Conclusie

Profilering waarbij profielen worden opgesteld, correlaties worden gelegd, voorspellingen en beslissingen worden gemaakt op basis van iemands persoonlijke kenmerken kan waardevol zijn. Zo kan de betrokkene aantrekkelijke persoonlijke aanbiedingen ontvangen, kan de overheid misdaden voorspellen en kan een verzekeraar een passende premie berekenen. Indien besluiten worden genomen op basis van profilering is het echter niet zonder risico voor de privacy van betrokkenen. Geautomatiseerde verwerking en vooral de besluitvorming over profielopstelling gebeurt vaak door een computer zonder menselijke tussenkomst. Daardoor bestaat de kans op bijvoorbeeld een onjuist of achterhaald profiel of kan het incorrect toerekenen van bepaalde eigenschappen of gedragingen aan iemand hem of haar stigmatiseren.

Om natuurlijke personen te beschermen, zijn de regels rondom de profilering expliciet vastgelegd in de AVG. De AVG verschaft een groot aantal (nader uitgewerkte) regels als het gaat om profilering. Bijvoorbeeld de definitie, aanvullende regels voor bijzondere gegevens en voor besluitvorming over kinderen en de uitgebreide rechten van de betrokkene. Ik wijs daarbij in het bijzonder op het recht op bezwaar, dat ondanks de eerder verleende uitdrukkelijke toestemming kan worden ingeroepen. De AVG heeft wat dat betreft een grote optimaliseringslag gemaakt ten opzichte van de Privacyrichtlijn. De rechten en de zeggenschap van betrokkenen bij profilering zijn enorm verbeterd ten opzichte van de huidige wetgeving. Tegelijkertijd roept de wet nog steeds vragen op. Immers,

feit blijft dat de niet uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde besluiten buiten artikel 22 AVG vallen. Dit is een belangrijk punt omdat de desbetreffende regels relatief makkelijk kunnen worden omzeild door de verwerking niet uitsluitend geautomatiseerd in te richten. Een ander punt van onduidelijkheid is de concrete invulling van de vereisten van artikel 22 AVG waarin de hoofdregel voor de profilering is neergelegd. Ondanks de introductie van een expliciete definitie blijft de formulering van de hoofdregel vaag (16). Je kan je namelijk afvragen om welke concrete aan een besluit verbonden rechtsgevolgen het gaat en hoe de aanmerkelijke mate, waarmee de betrokkene bij profilering eventueel wordt getroffen, gemeten wordt. Beperken dergelijke rechtsgevolgen en ernstige beïnvloedingen zich tot de situaties van kredietverstrekking en het personeelsmanagement of zijn andere gevallen denkbaar? Deze twee voorbeelden lijken opnieuw te suggereren dat het recht om niet te mogen onderwerpen aan profilering ontkracht kan worden door het element van uitsluitend geautomatiseerde verwerking weg te halen. Bij gebrek aan heldere richtlijnen (17) blijft er dus ruimte over voor interpretatie. Hoe bedrijven en organisaties deze interpretatieruimte in de praktijk gaan benutten, zal moeten blijken.

Met het oog op een behoorlijke en transparante verwerking zijn de plichten van de verantwoordelijke onder de AVG verzaamd. Om de behoorlijke en transparante verwerking te kunnen borgen, dient de verantwoordelijke veel procesevaluaties en -wijzigingen door te voeren en moet hij blijven toetsen aan de niet altijd eenduidige normen van de AVG. Daarmee zijn er in ieder geval meer kaders, spelregels en definities gegeven, die enerzijds het individu beter moeten gaan beschermen en anderzijds organisaties in de gelegenheid stellen hun profileringsactiviteiten te ontplooiën.

De uitleg van de nieuwe regels rondom profilering en de belangenafweging die daarbij moet worden gemaakt, zou wat mij betreft niet gestuurd moeten worden door het willen voorkomen van een boete, maar daarbij zou ook de ethische kant van profilering voor ogen moeten worden gehouden.

Aanbevelingen

Indien uw bedrijf of organisatie geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, toepast of laat toepassen in het kader van de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens is het van belang om te onderzoeken in hoeverre de interne (IT-)processen voldoen aan de vereisten van de AVG en deze, zo nodig, tijdig aan te passen. Hieronder volgt een opsomming van aanbevelingen die als checklist kan worden gebruikt.

- Ga na of de huidige geautomatiseerde besluitvorming en profilering rechtsgevolgen hebben voor de

betrokkene dan wel hem in aanmerkelijke mate (kunnen) treffen;

- Zo ja, implementeer in de processen (inclusief de registratie, afhandeling en vastlegging verzoeken alsook gelegenheid tot menselijke interventie), de mogelijkheid voor de betrokkene om zijn rechten uit te oefenen door:
 - menselijke tussenkomst te verkrijgen; en
 - zijn standpunt te uiten; en
 - het besluit aan te vechten
- Stel vast of beroep kan worden gedaan op de uitzonderingen van artikel 22 AVG:
 - noodzaak voor het aangaan of uitvoeren van een overeenkomst; of
 - een wettelijke bepaling die dat toelaat; of
 - een uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.
- Als sprake is van bovengenoemde uitzonderingen geldt dat deze besluiten geen betrekking mogen hebben op kinderen en niet gebaseerd mogen zijn op de (verwerking van) bijzondere categorieën van persoonsgegevens.
- Tenzij:
 - de betrokkene uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven; of
 - de verwerking noodzakelijk is om redenen van algemeen publiek belang; en
 - er passende maatregelen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene zijn genomen.
- Neem als verantwoordelijke de navolgende maatregelen in acht bij het verwerken van persoonsgegevens voor profileringsdoeleinden (privacy by design en privacy by default):
 - Voer vóór de verwerking een DPIA uit wanneer de geautomatiseerde individuele besluitvorming en in ieder geval profiling, gelet op de aard, de omvang, de context en de doeleinden daarvan, waarschijnlijk een hoog risico inhouden voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen;
 - Hanteer voor het profileren passende wiskundige of statistische procedures;
 - Introduceer passende technische en organisatorische maatregelen in processen om onjuistheden te corrigeren en het risico op fouten te minimaliseren;
 - Voorkom dat de verwerking voor de betrokkene discriminerende gevolgen zou hebben op grond van ras of etnische afkomst, politieke overtuiging, godsdienst of levensbeschouwelijke overtuigingen, lidmaatschap van een vakbond, genetische of gezondheidsstatus, of seksuele gerichtheid;
- Zorg ervoor dat de verwerking behoorlijk en transparant is:

- Informeer de betrokkene over het bestaan van profiling bij het verzamelen van de gegevens bij de betrokkene of, indien de gegevens uit een andere bron zijn verkregen, binnen een redelijke termijn, die afhangt van de omstandigheden van het geval;
- Voorzie de betrokkene van alle noodzakelijke en nuttige informatie omtrent profiling, zoals de onderliggende logica en het belang en de verwachte gevolgen van de verwerking;
- Geef de betrokkene nadere uitleg omtrent het genomen besluit en implementeer de mogelijkheid om te allen tijde bezwaar in te stellen tegen het besluit en op verzoek de op profiling gebaseerde verwerking te beëindigen.

Referenties

- (1) Working Party 29, Opinion 03/2013 on purpose limitation, adopted on 2 April 2013, p. 35 e.v.
- (2) www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/internet-telefoon-en-tv/profiling.
- (3) Zoals beroepsprestatie, kredietwaardigheid, betrouwbaarheid, gedrag, enz.
- (4) Artikel 15 lid 1 Privacyrichtlijn, artikel 42 lid 1 Wbp.
- (5) Artikel 42 lid 2,3 en 4 Wbp en artikel 15 lid 2 Privacyrichtlijn.
- (6) R.o. 71 AVG.
- (7) Onder meer ten behoeve van de controle en voorkoming van belastingfraude en -ontduiking overeenkomstig de regelgeving, normen en aanbevelingen van de instellingen van de Unie of de nationale voor oversight bevoegde instanties, en om te zorgen voor de veiligheid en betrouwbaarheid van een dienst die door de verwerkingsverantwoordelijke wordt verleend, zie r.o. 71 AVG.
- (8) Artikel 22 lid 4, artikel 9 en r.o. 71 AVG.
- (9) R.o. 38 en 71 AVG.
- (10) Denk o.a. aan het voorafgaand informeren over het feit dat er verwerking plaatsvindt en van de doeleinden daarvan, volledigheidshalve zie Hoofdstuk 3 AVG.
- (11) Artikel 21 lid 1 AVG.
- (12) Artikel 22 lid 3 AVG en r.o. 71.
- (13) Artikel 21 lid 2 en 3 AVG.
- (14) Artikel 13 lid 1 (f) en artikel 15 lid 1 (h) AVG, en r.o. 60 en 61.
- (15) R.o. 91 AVG. Voor DPIA zie artikel 35 AVG.
- (16) Deze conclusie wordt gedeeld door B. van der Slot, De nieuwe consumentenrechten in de Algemene verordening gegevensbescherming: vergeten worden, data-portabiliteit en profiling, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2012-6, p. 257.
- (17) Volgens de AVG dient de Working Party 29, die onder de AVG het Europees Comité voor gegevensbescherming gaat heten, de mogelijkheid te krijgen om met betrekking tot profiling nadere richtsnoeren op te stellen, zie r.o. 72 AVG.