

ChatGPT in recruitment – (geen) goede match!

Het juridisch speelveld in vogelvlucht

Inge Brattinga
Colette Cuijpers

In de praktijk wordt veelvuldig verwezen naar het gebruik van Generatieve AI zoals ChatGPT op het gebied van werving en selectie, maar ook in de literatuur wordt de mogelijke impact besproken. De risico's die verbonden zijn aan het gebruik van ChatGPT – waar bijvoorbeeld vooringenomenheid ertoe kan leiden dat minderheden of vrouwen worden uitgesloten bij wervings- en selectieprocedures – leiden tot juridische vragen over de legitimiteit van het gebruik van ChatGPT en AI-applicaties in dit soort processen. Maar is het nu zo anders dan de discussie over sollicitanten googlen die jaren geleden plaatsvond? In deze bijdrage worden de belangrijkste punten besproken van de juridische aspecten die relevant zijn bij het gebruik van Generatieve AI (GenAI), waarvan ChatGPT een voor de hand liggend voorbeeld is, bij *recruitment* (waarmee we het proces van zowel werving als selectie bedoelen). Deze bijdrage geeft eerst een overzicht van juridische aandachtspunten bij het inzetten van GenAI bij *recruitment* onder Europees en Nederlands recht, en zoomt vervolgens in op enkele specifieke juridische toepassingsvraagstukken in Nederland

Trefwoorden: Artificial Intelligence, recruitment, HR, ChatGPT, GenAI

Inleiding

ChatGPT is momenteel een ware hype. Overal verschijnen berichten als 'de banen die het meest bedreigd worden door generatieve AI zoals ChatGPT' (Eenbergen, 2023), 'nieuwe uitdaging op scholen: scholieren laten huiswerk maken door ChatGPT' (Aalst, 2023), 'ChatGPT op de werkvloer: een ingewikkeld vraagstuk' (Baij, 2023).

Mevrouw mr.dr. Colette (CMKC) Cuijpers is lector van het lectoraat Recht en Digitale Technologie van de JHS, universitair hoofddocent Tilburg Law School – Tilburg University. Mevrouw mr. Inge (IMJ) Brattinga is docent recht bij de Juridische Hogeschool Avans - Fontys (JHS) en onderzoeker bij het lectoraat Recht en Digitale Technologie van de JHS. Privacy jurist bij VRF advocaten.

De opkomst van ChatGPT en vergelijkbare vormen van generatieve *Artificial Intelligence* (AI) zoals Google Bard en Microsoft Bing, leidt tot veel zorgen en we kunnen met zekerheid stellen dat ChatGPT de wereld heeft geschokt op velerlei terreinen¹. Hoewel ChatGPT een illustratief en veel genoemd voorbeeld vormt, is hetgeen in deze bijdrage is opgenomen van toepassing op het bredere scala aan AI die content kunnen genereren, ook wel bekend onder de naam generatieve AI (GenAI), de term die in deze bijdrage gebruikt wordt om naar deze verschillende toepassingen te verwijzen². Ook op het gebied van werving en selectie wordt onderzoek gedaan naar de impact die AI in brede zin en GenAI in het bijzonder hierop heeft (Strohmeier, 2022) (Renkema, 2022 en 2023). De risico's die kleven aan het gebruik van GenAI specifiek binnen dit terrein – waar bias tot gevolg kan hebben dat minderheden of vrouwen worden uitgesloten in werving- en selectieprocedures – leiden tot juridische vragen betreffende de legitimiteit van de inzet van GenAI in dit soort processen. Maar is het nu zoveel anders dan de discussie over het googlen van sollicitanten welke jaren geleden al heeft gespeeld? (Prins, 2014) (College Bescherming Persoonsgegevens, z.d.)

In dit artikel willen we de hoofdlijnen van de juridische aspecten die een rol spelen bij het gebruik van GenAI in *recruitment* (waaronder wij het proces van zowel werving als selectie verstaan) in kaart brengen. Deze bijdrage geeft eerst een overzicht van juridische aandachtspunten bij de inzet van GenAI in *recruitment* naar Europees en Nederlands recht, en zoomt vervolgens in op een aantal specifieke juridische toepassingsvraagstukken specifiek in Nederland. Voor de Belgische lezer betekent dit dat deze bijdrage relevant is, waar het de Europees rechtelijke analyse betreft. We zijn ons ervan bewust dat op nationaal niveau in België er verschillen zijn met de in deze bijdrage geanalyseerde Nederlandse situatie. Het Instituut voor Sociaal recht in Leuven heeft in dit kader aangegeven dat er in België meer is bepaald in CAO nr 38 en dat de rechtspraak op werving en selectie stringenter is in België. Daarnaast is het Belgische aansprakelijkheidsrecht substantieel afwijkend van het Nederlandse. Het voorgaande, de verschillen per land, is misschien ook wel tegelijk het grootste probleem. Het maakt de toepassing van Europese verordeningen en verdragen lastig als je te maken hebt met grensoverschrijdende situaties, bijvoorbeeld in *recruitment*.

We leggen in dit artikel de focus op het perspectief van de recruiter/HR (of werkgever) die in het recruitmentproces gebruik maakt van GenAI. De vraag staat centraal of dit gerechtvaardigd of mogelijk strijdig is met bepaalde wetgeving. We laten het overkoepelende vraagstuk van de legitimiteit van GenAI, zoals ChatGPT als zodanig, buiten beschouwing.

1 Denk bijvoorbeeld aan Microsoft Bing (chat) en Google Bard, varianten op ChatGPT, maar ook minder geavanceerde AI wordt reeds ingezet in recruitment, zoals Tigris, Actonomy, Textkernel, Recruit Robin en vele anderen. Een leverancierslijst van recruitment-tech is beschikbaar op <<https://www.recruitmenttech.nl/leveranciers/>>

2 Kijk voor meer uitleg Helen Toner, May 12, 2023, <https://cset.georgetown.edu/article/what-are-generative-ai-large-language-models-and-foundation-models/>

Voorgaande vraag over de legitimiteit van ChatGPT is momenteel wel een interessant punt van discussie, omdat in 2023 diverse data protectie autoriteiten, waaronder de Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens (AP), Italiaanse en Spaanse, alsmede de *European Data Protection Board* (EDPB), de verenigbaarheid van ChatGPT met de AVG in twijfel trekken.

De AP heeft zich vooral gericht op de vraag in hoeverre de vragen van gebruikers ingezet worden om het algoritme van ChatGPT te trainen en op welke manier dan, maar ook hoe OpenAI omgaat met de persoonsgegevens die het op internet verzamelt en gebruikt (Autoriteit Persoonsgegevens, 2023). Bovendien, wanneer ChatGPT als zodanig zou voldoen aan de AVG, kan nog steeds het gebruik van ChatGPT strijdig zijn met andere relevante wet- en regelgeving. Zoals eerder aangegeven kijken we in deze bijdrage niet naar het overkoepelende vraagstuk van de legitimiteit van GenAI, maar ligt de focus op de legitimiteit van het gebruik van GenAI in recruitmentprocessen.

In deze bijdrage zal allereerst ingegaan worden op de plaats van GenAI binnen *recruitment*, waarna het juridisch speelveld in de zin van grondrechten, AVG en AI-verordening aan de orde komen. Specifiek wordt vervolgens nog aandacht besteed aan de gedragsregels binnen *recruitment* in Nederland en de aansprakelijkheid. We eindigen deze bijdrage met de conclusies en impact op de HR praktijk/*recruitment*.

GenAI en Recruitment

Zonder uitgebreid in te gaan op de technische kant van GenAI, is het van belang in het kort te schetsen wat GenAI is en wat de gebruiksmogelijkheden zijn in recruitment. Hiervoor gebruiken we ChatGPT als voorbeeld.

ChatGPT is een chat-app ontwikkeld door OpenAI. Deze chat-app is gebouwd op het GPT-taalmodel, vandaar ChatGPT. GPT is een zogenaamd *Large Language Model* (LLM). Eenvoudig gesteld; een soort computerprogramma dat getraind is om taal te produceren. Het is (AI, met drie componenten: **Generative**: genereert dus teksten, **Pre-trainend**: getraind door veel teksten/data, **Transformer**: de *machine learning* architectuur die de woorden vertaalt naar data. Een LLM wordt gevoed en getraind met een enorme hoeveelheid data van onder meer nieuwsartikelen, encyclopedieën, boeken, wetenschappelijke artikelen, blogs, social media etc.

Een LLM is een algemeen taalmodel (een zogenaamd *founding* model). Dit wordt vervolgens gebruikt door toepassingen als ChatGPT, maar ook Google Bard gebruikt een LLM, meer specifiek een LLM in de familie van de LaMDA (*language model for dialogue applications*). Bing-chat (de zoekmachine Bing gecombineerd met ChatGPT) zet het LLM van ChatGPT in gecombineerd met de zoekfunctie van Bing op het internet.

AI is de mogelijkheid van een machine om mensachtige vaardigheden te vertonen, zoals redeneren, leren, plannen en creativiteit (Europees Parlement, 2021). Het is artificiële intelligentie en hoe wordt het gebruikt, 2021).

Het gebruik van AI-toepassingen is inmiddels legio. Het AI landschap groeit hard (CygnisMedia, 2022). Dit vervangt niet wat er al gedaan wordt, maar vult dit aan. Het maakt het werken - als *recruiter* bijvoorbeeld - efficiënter en productiever (Chen, 2023). Maar bovenal kan het bijdragen aan een betere match tussen vraag en aanbod doordat er eenvoudig breder gezocht kan worden in alle openbare data en hierbij direct naar specifieke kenmerken gekeken wordt die passen bij de vacature, zowel functie als organisatie (Recrout, 2023). Tenslotte zorgt AI ervoor dat meer tijd besteed kan worden aan het werkelijke (menselijke) contact (Cepellos & Blumen, 2023). Zoals later in deze bijdrage te lezen valt, is betekenisvolle menselijke tussenkomst essentieel.

Zo kan GenAI bij *recruitment* van toegevoegde waarde zijn voor het opstellen van vacatureteksten, onderzoek doen naar jobtitels, mails schrijven en het opstellen van functieomschrijvingen en vaardigheden welke van toepassing zijn op bepaalde functies. Ook is de inzet van GenAI bij *recruitment* van meerwaarde voor het zoeken naar en selecteren en vergelijken van kandidaten in een database of online op basis van verschillende eisen, arbeidsvoorwaarden, etc. (Boerman, 2023). Het is zeker niet onmogelijk dat een AI-toepassing op basis van een functieprofiel en een cv een selectie maakt van geschikte kandidaten, en niet geschikte kandidaten automatisch afwijst met een e-mail bijvoorbeeld.

Hoewel de mogelijkheden legio zijn, is GenAI zeker niet foutloos. Vraag ChatGPT bijvoorbeeld wat te vertellen over uzelf; de uitkomst zal deels kloppen en deels zal er door associaties informatie ontstaan welke niet juist is, we noemen dit ‘hallucineren’ van de LLM (Derks, 2023). Daarnaast is een GenAI getraind met veel data waarin ook de mogelijkheid van discriminatie aanwezig kan zijn. Deze kan doorwerken in de resultaten bij het gebruik van GenAI, dit nog afgezien van het feit dat de gebruiker door de vraagstelling aan GenAI (onbewust) kan discrimineren door de bias welke in de mens aanwezig is (Chen, 2023). Wel is gebleken dat hoe specifiek de *prompt* (de vraag die u aan GenAI stelt), hoe beter en bruikbaar het antwoord is.

Onderstaand een voorbeeld van een *prompt* in *recruitment*:

‘Jij gedraagt je als een researcher en sourcer, je kent alle mogelijke skills en verschillende synoniemen van skills. Ik geef je een vacature en jij haalt hier de unieke skills uit en maakt een zo compleet mogelijke lijst van synoniemen van deze skills inclusief deze skills.’ (Meer, 2023)³

3 Download een gratis e-book op <<https://klikwork.nl>>

Het juridisch speelveld van GenAI bij recruitment

Vele verschillende juridische kaders spelen een rol bij de toepassing van GenAI in recruitment. Om die reden beperken wij ons hier tot die kaders die wij het meest relevant achten binnen dit speelveld. In de eerste plaats de fundamentele mensenrechten en vrijheden, zoals neergelegd in het Handvest van de EU (EU Handvest), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de Nederlandse Grondwet (GW). Met name de hierin verankerde rechten op non-discriminatie, privacy, en het recht op de bescherming van persoonsgegevens zijn voor deze bijdrage relevant. Aangezien het laatst genoemde fundamentele recht in meer detail is uitgewerkt in de Algemene Verordening Gegevensbescherming en de Nederlandse Uitvoeringswet hiervan (AVG en UAVG) wordt dit recht in de context van deze wetgeving behandeld. Hoewel de AI-verordening, ook wel bekend als de AI Act, nog niet het volledige wetgevingsproces heeft doorlopen, gaan wij hier wel kort op in ter illustratie van de denkrichting van de Europese wetgever met betrekking tot de verdere ontwikkeling en uitrol van AI in onze samenleving. Specifiek voor *recruitment* zijn vervolgens een aantal Nederlandse wetten en codes van belang, waarbij wij ons focussen op de NVP Sollicitatiecode, de *Recruitercode* en de zeer recent in de Tweede Kamer aangenomen Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie. Tot slot gaan wij in op aansprakelijkheid, waarbij we kort het EU voorstel voor een AI aansprakelijkheidsrichtlijn behandelen, en daarnaast ingaan op de Arbeidsinspectie en de onrechtmatige daad. De hier weergegeven volgorde van juridische aspecten vormt de structuur van deze bijdrage.

1. Grondwet/EVRM/EU Handvest

Als startpunt van de juridische analyse willen we ingaan op de impact die ChatGPT heeft of kan hebben op de bescherming van mensenrechten en fundamentele vrijheden. Hoewel ontstaan als bescherming tegen overheden, is via de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) algemeen erkend dat mensenrechten ook horizontale directe werking kunnen hebben, en dus van toepassing zijn in een situatie waarin GenAI inbreuk maakt op de rechten en vrijheden van kandidaten in een recruitmentproces (Mol, 2019). Gezien het feit dat het in een recruitmentproces gaat om mensen die als kandidaat in dit proces betrokken zijn, en de uitkomsten impact hebben op de bescherming van deze kandidaten, gaan we eerst in op privacy, ofwel het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Met het oog op de hierboven reeds aangehaalde bias, zal daarna ingegaan worden op het recht op non-discriminatie.

Allereerst merken we op dat de artikelen terzake de bescherming van mensenrechten en fundamentele vrijheden zijn opgesteld in een tijd van vóór de digitale revolutie, zoals nu ChatGPT en AI toepassingen, maar dat deze wel doorwerken in de maatschappij en deze digitale revolutie. Het voorgaande heeft ook de Europese Commissie signaleerd.

In een verklaring van 26 januari 2022 is door de Commissie het beschermen van de mensenrechten en fundamentele vrijheden als basisrecht geformuleerd bij digitale ontwikkelingen (Europese Commissie, 2022). De mensenrechten en de mens staan derhalve centraal in een digitale samenleving, maar komen hierin wel steeds meer in het gedrang. De Europese Commissie stelt dan ook dat digitale ontwikkelingen:

- ten goede komen aan mensen;
- ten dienste staan aan mensen;
- volledig veiligheid en eerbiediging van grondrechten in acht nemen.

Dit betekent dat de bescherming van mensenrechten en fundamentele vrijheden van individuen in ogenschouw genomen moet worden bij het ontwikkelen en gebruik van een AI-toepassing, hetgeen een hele uitdaging is. Er zijn wel instrumenten ontwikkeld die hierbij kunnen helpen, zoals het HRIA (*Human Rights Impact Assessment*). In het verlengde hiervan is in Nederland door de Rijksoverheid in juli 2021 een *Impact Assessment* Mensenrechten en Algoritmes (IAMA) gepubliceerd (Gerards et al, 2021). Dit is een instrument voor discussie en besluitvorming voor overheidsorganen. Het instrument maakt blijkens de inleiding een interdisciplinaire dialoog mogelijk voor degenen die verantwoordelijk zijn voor de ontwikkeling en/of inzet van een algoritmisch systeem (Ministerie BZK, 2021). Hoewel deze instrumenten gericht zijn op de overheid, zijn in wettelijke kaders die niet specifiek op de overheid gericht zijn, zoals de AVG en de voorgestelde AI Act die hieronder nog aan bod komen, ook impact assessments opgenomen. De ontwikkeling van impact assessments is dus zeker ook relevant voor *recruitment*, hoewel nog niet (altijd) verplicht om uit te voeren⁴, kunnen deze instrumenten ook in private verhoudingen bijdragen aan het creëren van inzichtelijkheid rondom risico's op basis waarvan de nodige maatregelen genomen kunnen worden om deze te beperken.

1.1 Recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer

In Nederland wordt de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, ook bekend onder de term privacy, geregeld in artikel 10 Gw, artikel 8 EVRM en artikel 7 EU Handvest. Hoe deze rechten in de praktijk uitgelegd moeten worden, blijkt voornamelijk uit de rechterlijke uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de EU (HvJEU). Met betrekking tot het recht op privacy is het van belang dat het gaat om een objectief recht, maar niet om een absoluut recht.

⁴ Artikel 35 van de AVG betreft een gegevensbeschermingseffectbeoordeling, onder de Engelse naam beter bekend als DPIA, ofwel Data Protection Impact Assessment, welke wel reeds onder de in artikel 35 genoemde omstandigheden verplicht is.

In artikel 8 EVRM komt dit als volgt tot uitdrukking:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. (objectief)
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (maar niet absoluut).

Hoewel het artikel spreekt van openbaar gezag, geldt deze bepaling niet alleen voor de overheid. Het EHRM heeft bepaald dat artikel 8 ook geldt tussen burgers onderling, de zogenaamde horizontale directe werking, zoals hierboven reeds benoemd. Uit artikel 8 EVRM is af te leiden dat bij inbreuk op de persoonlijke levensfeer een aantal stappen doorlopen moet worden om te bepalen of deze inbreuk rechtens aanvaardbaar is:

1. Is er sprake van een inbreuk op privacy?
2. Is de inbreuk bij wet voorzien? Bij wet voorzien moet ruim worden uitgelegd. Ook vaste jurisprudentie speelt hierin een rol.
3. Vindt de inbreuk plaats met het oog op één van de in art. 8 EVRM genoemde belangen?
4. Is de inbreuk noodzakelijk? In dat kader dient gekeken te worden naar: proportionaliteit (belangenafweging) en subsidiariteit (minder ingrijpende manier mogelijk?).

Het is duidelijk dat het gebruik van GenAI in *recruitment* inbreuk kan maken op de persoonlijke levensfeer van (potentiële) kandidaten. Het AI-systeem kan immers ingezet worden om bij te dragen in het vormen van een oordeel over een kandidaat, mede op basis van gegevens over de specifieke kandidaten welke afgezet worden tegen de eisen van de functie en de potentiële werkgever, welk oordeel een wezenlijke impact kan hebben, namelijk of de kandidaat al dan niet geselecteerd wordt voor een bepaalde vacature. GenAI kan ingezet worden voor *skillsmatching*, zoals dit bijvoorbeeld geschetst wordt in ‘Heel Holland Matcht?’ door Erik Merx, Arjen Edzes en Harm van Lieshout (Merx, Edzes, & Lieshout, 2022). Nu GenAI te trainen is met grote hoeveelheden data om verschillende varianten/benamingen van skills te herkennen, is de tool óók in staat om op basis van skills een kandidaat en potentiële werkgever te vergelijken en te matchen.

Laat de GenAI vervolgens het internet *scrapen* of in een database zoeken naar deze *skills* en er worden matches gegenereerd, welke rechtstreekse impact hebben op de selectie van kandidaten en daarmee op hun privésfeer.

Of dit gerechtvaardigd is, hangt af van de volgende vragen uit de privacytest van artikel 8 EVRM.

1. Of de inbreuk op de privacy bij wet is voorzien, zal afhangen van de interpretatie van de huidige wet- en regelgeving op basis waarvan selectieprocedures aan werkgevers zijn toegestaan, waarbij de hieronder te bespreken NVP Sollicitatiecode de meest gedetailleerde uitwerking lijkt te geven voor Nederland. De code spreekt echter over het gebruik van internet en social media in een selectieproces, en nog niet specifiek van GenAI. Omdat de in artikel 8 EVRM genoemde belangen ook een economisch belang erkennen, zal de toets op dit punt tot weinig problemen leiden.
2. De volgende vraag, of het gebruik van GenAI in het recruitmentproces noodzakelijk is in een democratische samenleving is, zeker gezien de problemen met bias en dis-informatie, moeilijk hard te maken.
3. Bij de proportionaliteit gaat het om de vraag of met het middel GenAI, het doel van de selectie van de beste kandidaat wel bereikt kan worden, en of het belang van de *recruiter* hierbij wel opweegt tegen het privacybelang van de (potentiële) kandidaten.
4. Bij de vraag naar subsidiariteit is het de vraag of het doel niet met minder vergaande middelen bereikt kan worden, bijvoorbeeld met menselijke selectie op basis van aanbevelingsbrieven en een *assessment*.

Het gebruik van GenAI met betrekking tot specifieke kandidaten (die te identificeren zijn) is daarom in strijd met het recht op privacy, tenzij de noodzakelijkheid van de inzet van het gebruik van GenAI voor het vervullen van een specifieke functie aangetoond kan worden.

1.2 Het recht op non-discriminatie

In artikel 1 van de Grondwet is bepaald dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap, seksuele gerichtheid of op welke grond dan ook is niet toegestaan. Het voorgaande is eveneens terug te vinden in artikel 20 t/m 23 van het EU Handvest en artikel 14 EVRM.

Het is niet ondenkbaar dat een AI-toepassing tot ongeoorloofd onderscheid leidt op bijvoorbeeld ras, man/vrouw etc. Belangrijkste reden hiervoor is dat een AI-toepassing gevoed wordt met data waar ‘bias’ in aanwezig is. Daarnaast kan een algoritme zelf een bias hebben welke (on)bewust door de marker hierin is gebracht. Ook kan een bias aanwezig zijn in de toepassing c.q. gebruik van het systeem (Chen, 2023). Derhalve een breed probleem.

Oz Rashid, oprichter en CEO van MSH Talent and Technology Solutions geeft in dit kader aan: ‘*if we’re not careful, AI recruitment could institutionalise discrimination*’. Hij vergelijkt AI-toepassing in *recruitment* met een vliegtuig alleen met autopilot laten vliegen (Rashid, 2023).

Een voorbeeld kan laten zien hoe bias in ChatGPT een realiteit is. Je krijgt van ChatpGPT op exact dezelfde vraag over een grap over typisch vrouwen-gedrag namelijk een substantieel andere reactie dan wanneer je ChatGPT dezelfde vraag over typisch mannengedrag stelt. ChatGPT maakt hier dus duidelijk onderscheid tussen man en vrouw.

Vertel een grap over typisch vrouwen-gedrag

'Als AI assistant heb ik als doel om alle gebruikers op een respectvolle en inclusieve manier te behandelen en daarom zal ik geen grap vertellen die gebaseerd is op stereotypen of vooroordelen over vrouwen (of mannen).'

Vertel een grap over typisch mannengedrag

'Waarom zijn mannen net parkeerplaatsen? Omdat alle goede plekken bezet zijn, en de rest te klein is!'

Hieruit volgt dat ChatGPT, en ieder ander AI-systeem als gevolg van bias in de trainingsdata, tot discriminatie kan leiden en derhalve tot overtreding van het grondrecht op gelijke behandeling. Daarbij stelt Madeline Halpert in haar artikel dat AI-toepassingen in *recruitment* niet tot verhoging van diversiteit zullen leiden (Halpert, 2022). Hier zijn ook al voorbeelden vanuit de praktijk bekend, zo heeft Amazon naar verluidt al een AI-systeem geschrapt dat vrouwen discrimineerde (Dastin, 2018). Anderzijds is er ook reeds veel onderzoek naar hoe AI juist een bijdrage kan leveren aan het verminderen van menselijke bias (Fraij en László, 2021).

Gelijke behandeling uit artikel 1 Gw is in Nederland verder uitgewerkt in onder meer de Algemene wet gelijke behandeling, maar ook in de op 14 maart 2023 door de Tweede Kamer aangenomen Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie. Zeker deze laatste is voor *recruitment* van belang, hierover later meer.

2. Algemene Verordening Gegevensbescherming en Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming

Artikel 8 van het EU Handvest betreft het recht op bescherming van persoonsgegevens, dat nauw verbonden is met het recht op privacy. Dit fundamentele recht op bescherming van persoonsgegevens is in de AVG nader gedetailleerd, en voor Nederland nog nader uitgewerkt in de Uitvoeringswet AVG (UAVG).

De AVG is van toepassing wanneer er sprake is van de verwerking van persoonsgegevens binnen de EU of van EU burgers. Persoonsgegevens zijn 'alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon' (de betrokkene), een begrip dat zeer ruim wordt uitgelegd.

De verwerkingsverantwoordelijke is degene die het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt. De verwerker is degene die ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke de persoonsgegevens verwerkt. De AVG en UAVG zijn dus enkel van toepassing wanneer een *recruiter* bij het gebruik van GenAI persoonsgegevens invoert. Enkele van de voorbeelden, zoals hierboven genoemd; het opstellen van vacatureteksten of het identificeren van vaardigheden welke van toepassing zijn op bepaalde functies, leiden dus niet tot toepasselijkheid van de AVG. Maar zodra de *recruiter* aan GenAI vraagt om een profiel te maken van een specifieke kandidaat, of wanneer hij ontvangen sollicitaties zou invoeren met als vraag aan GenAI om de beste kandidaat te selecteren, is de AVG dus van toepassing. De *recruiter* bepaalt dan het middel en het doel: het verkrijgen van informatie over een kandidaat of het selecteren van een kandidaat ten behoeve van het recruitmentproces. GenAI is in dit scenario de verwerker en de kandidaat is de betrokkene. De toepasselijkheid van de AVG brengt met zich mee dat verantwoordelijken en verwerkers gebonden zijn aan alle in de AVG vervatte regels betreffende de verwerking van persoonsgegevens. In deze bijdrage gaan we niet nader in op alle vereisten die de AVG stelt, maar beperken wij ons tot enkele bepalingen in de AVG die het gebruik van GenAI in *recruitment*, wanneer gericht op specifieke kandidaten, simpelweg niet toelaten.

Het eerste en meest eenvoudige advies is dan ook voor de hand liggend: verwerk geen persoonsgegevens in GenAI! Maar het is zeker wel mogelijk en dus een verleidelijke optie. Echter de bepalingen in de AVG over de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen staan hieraan in de weg. De AVG bepaalt dat het binnen de EER is toegestaan om persoonsgegevens door te geven. Artikel 44 AVG bepaalt dat de doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land (dus geen EER land) alleen kan plaatsvinden als het derde land een passend beschermingsniveau waarborgt. Allereerst kan dit vastgelegd worden in een zogenoemd adequaatheidsbesluit door de Europese Commissie. Indien dit niet aanwezig is voor het land waar je persoonsgegevens aan door wilt geven, c.q. delen, moet je als verstrekker van deze persoonsgegevens (de verwerkingsverantwoordelijke) in de Europese Unie aantonen dat de partij waar je gegevens aan doorgeeft in een derde land passende waarborgen biedt voor de bescherming van persoonsgegevens. Vóór de uitspraken in de zogenaamde Schrems-zaken was doorgifte van gegevens naar Amerkia mogelijk op basis van de *Safe Harbour Agreement* en daarna het zogenaamde *Privacy Shield*. Beide instrumenten zijn echter door de Europese rechter nietig verklaard, omdat zij te weinig waarborgen boden voor de bescherming van persoonsgegevens van EU burgers (Sloot, 2020). Inmiddels is hiervoor het *Data Privacy Framework* in de plaats gekomen.

Aangezien een groot aantal leveranciers van GenAI in Amerika gevestigd zijn, of in ieder geval buiten de EER zonder vestiging in de EU, betekent dit dat wanneer een *recruiter* in Nederland persoonsgegevens invoert in bijvoorbeeld ChatGPT, deze worden doorgegeven aan Amerika.

Helaas is OpenAI (de organisatie achter ChatGPT) niet aangesloten bij het *Data Privacy Framework*. Dit betekent dat er een verwerkersovereenkomst gesloten moet worden, gebaseerd op de *Standard Contractual Clauses* (SCC) (Autoriteit Persoonsgegevens, 2023). Alleen ingeval er gebruik gemaakt wordt van de API van ChatGPT is een verwerkersovereenkomst met OpenAI te sluiten, gebaseerd op deze SCC. Veel duidelijkheid over het beschermingsniveau bieden deze richtlijnen echter niet. Conclusie is dan ook dat ChatGPT nu niet als verwerker van persoonsgegevens van EU burgers is te gebruiken en er derhalve geen persoonsgegevens in ChatGPT mogen worden ingevoerd/verwerkt. Ook als alleen het volledige profiel van een kandidaat, zonder naam etc., verwerkt wordt in ChatGPT, kan dit tot identificatie van een betrokkene leiden en valt dit onder de verwerking van persoonsgegevens in de zin van de AVG.

Een tweede relevante bepaling in de AVG die in de weg staat aan het gebruik van GenAI in *recruitment* betreft het verbod op geautomatiseerde besluitvorming, inclusief profilering (artikel 22 AVG jo. 4 lid 4 AVG). Juist met AI-toepassingen zal er snel sprake kunnen zijn van volledig geautomatiseerde besluitvorming. Een AI-toepassing is tenslotte in staat om redeneringen uit te voeren en bijvoorbeeld te bepalen of een bepaald profiel van een kandidaat aansluit op de eisen van een vacature. Een betrokkene heeft ingevolge artikel 22 AVG het recht om niet te worden onderworpen aan een - uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering gebaseerd - besluit waarvan voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verbonden of die de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treffen (Zwenne, 2018). In overweging 71 AVG wordt onder meer als voorbeeld van verboden profilering genoemd 'verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst'. Dus in het licht van *recruitment* mag GenAI in het algemeen niet ingezet worden, indien dit leidt tot besluiten welke uitsluitend gebaseerd zijn op geautomatiseerde verwerking. Er moet derhalve sprake zijn van een menselijke tussenkomst. Dit leidt uiteraard tot de vraag: Wanneer is er, in voldoende mate, sprake van menselijke tussenkomst?

De artikel 29-werkgroep, voorganger van de EDPB⁵, heeft menselijke tussenkomst als volgt omschreven:

'Om te kwalificeren als menselijke tussenkomst, moet de verwerkingsverantwoordelijke verzekeren dat het toezicht op het besluit betekenisvol is en niet symbolisch. Het toezicht moet worden uitgevoerd door iemand die bevoegd is om het besluit te veranderen. Als onderdeel van de analyse moet met alle beschikbare input- en output-gegevens rekening worden gehouden.'

En:

⁵ De European Data Protection Board (EDPB) vaardigt richtsnoeren uit over de uitleg van kernbegrippen van de AVG. Dit werd eerder gedaan door de artikel 29-werkgroep, waarvan de richtlijnen ook na de instelling van de EDPB nog steeds gezaghebbend zijn.

‘De beoordelaar dient een grondige beoordeling te verrichten van alle relevante gegevens, inclusief aanvullende informatie die wordt verstrekt door betrokkene.’
(Article 29 Data Protection Working Party)

Dit geeft niet heel veel houvast, maar maakt in ieder geval duidelijk dat een betekenisvolle, menselijke tussenkomst noodzakelijk is bij het gebruik van GenAI. Nu bestaat het recruitmentproces uit verschillende stappen (Verhoeven, 2020):

1. Zoeken
2. Werven
3. Selecteren
4. Onboarden

Zeker in de eerste 3 fasen van het proces zouden AI-toepassingen een rol kunnen spelen. Efficiënt zoeken in online bronnen (stap 1 en 2), het matchen van profielen op de eisen van de functie en de organisatie (stap 3), een videosollicitatie laten beoordelen op kenmerken van de sollicitant (stap 3). Bij het ‘zoeken’ kan GenAI van toegevoegde waarde zijn door snel en meer mogelijke kandidaten te vinden. Op basis hiervan kan een *recruiter* zelf bepalen met welke kandidaten contact gezocht wordt. Het risico hierbij is dat GenAI niet de juiste kandidaten vindt of dat er kandidaten worden uitgesloten. De risico’s worden naarmate het proces verder vordert alleen maar groter. Het blind vertrouwen op de uitkomsten van GenAI en deze volgen zonder enige vorm van kritische reflectie of mogelijkheid tot heroverweging, lijkt gezien de bewoording van de artikel 29-werkgroep niet geoorloofd.

Voor Nederland geldt hier echter een tenzij, wanneer u gebruik kunt maken van de algemene wettelijke uitzondering opgenomen in artikel 40 UAVG. Deze bepaling betreft een uitzondering op artikel 22 lid 1 AVG voor geautomatiseerde besluitvorming die geen profilering inhoudt, welke 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. Een uitzondering welke gebruikt kan worden door de overheid. Een bepaling waarop zeker kritiek te uiten valt, gezien de desastreuze gevolgen van bijvoorbeeld de toeslagenaffaire⁶.

Voor *recruitment*, zelfs binnen de overheid, kan van deze uitzondering geen gebruik gemaakt worden bij gebrek aan de noodzakelijkheid om te voldoen aan een wettelijke verplichting. In *recruitment* moet er derhalve altijd sprake zijn van menselijke tussenkomst wanneer AI wordt ingezet in het recruitmentproces.

⁶ Zie voor een mooie verhandeling hierover Jesse Frederik, De tragedie achter de toeslagenaffaire, De Correspondent, 15 januari 2021, beschikbaar via: < <https://decorrespondent.nl/11959/de-tragedie-achter-de-toeslagenaffaire/d3394c19-550f-078b-1335-3020b8e15bc> >.

Samenvattend, GenAI kan op grond van de AVG enkel gebruikt worden in *recruitment* zonder de verwerking van persoonsgegevens en zeker niet om het systeem geautomatiseerde beslissingen te laten nemen binnen het proces van recruitment⁷. Hoewel de AVG in principe niet in de weg staat aan ander gebruik van GenAI, kan dit wel degelijk strijdig zijn met andere in deze bijdrage behandelde juridische kaders.

3. AI-verordening

Tenslotte gaat de AI-verordening, welke op dit moment door het Europees Parlement is aangenomen en mogelijk in 2024 in werking zal gaan treden, een rol spelen bij het ontwikkelen en inzetten van AI-toepassingen. In de AI-verordening is als definitie opgenomen:

“Software die is ontwikkeld aan de hand van één of meer technieken en benaderingen op het gebied van artificiële intelligentie en die voor een bepaalde reeks door mensen gedefinieerde doelstellingen output kan genereren, zoals inhoud, voorspellingen, aanbevelingen of beslissingen die van invloed zijn op de omgeving waarmee op elkaar wordt gereageerd.”

De AI-verordening is blijkens bijlage I van deze verordening van toepassing op technieken en benaderingen op het gebied van machine learning, op logica en kennis gebaseerde benaderingen, statistische benaderingen en zoek- en optimalisatiemethoden. Daarnaast is ingevolge artikel 2 lid 1 AI-verordening deze van toepassing op:

- aanbieders die AI-systemen in de EU in de handel brengen of in gebruik stellen. Waarbij het niet uitmaakt dat de aanbieder niet in de Unie of in een derde land is gevestigd;
- gebruikers van AI-systemen die zich in de EU bevinden;
- aanbieders en gebruikers van AI-systemen die zich in een derde land bevinden wanneer de output van het systeem in de Unie wordt gebruikt.

Conclusie: De voorgestelde AI-verordening is op GenAI van toepassing.

De AI-verordening werkt met een risicoclassificering. Hoe hoger het risico op inbreuk, hoe meer eisen er worden gesteld. Er zijn een aantal vooraf gedefinieerde AI-systemen die een onacceptabel risico met zich meebrengen en dus verboden zijn. Onder andere benoemt de AI-verordening een ‘*social scoring system*’ (denk aan *Black Mirror* (Vaas, 2018)).

Systemen met een hoog risico vormen de tweede categorie in de AI-verordening. Een hoog risico is aanwezig als onder meer het AI-systeem actief is op een gebied als is benoemd in bijlage III van de AI-verordening.

7 Zie ook <<https://deprivacyguru.nl/chatgpt-is-een-gevaar-voor-privacy/>>

Hierin is opgenomen: het gebied van ‘werkgelegenheid, personeelsbeheer en toegang tot zelfstandige arbeid’. In het bijzonder wordt aanwerving of selectie van natuurlijke personen benoemd. Als een AI-systeem wordt ingezet bij *recruitment* zal voldaan moeten worden aan de vereisten die de AI-verordening stelt aan AI-systemen met een hoog risico. Buiten *recruitment* kan GenAI als laag risico worden gekwalificeerd onder de AI-verordening, nu het systeem als zodanig valt onder tekst- en beeldgenerators (Faculteit rechtsgeleerdheid UVA, 2023). Door het gebruik van GenAI in bepaalde domeinen en voor bepaalde doeleinden, zoals recruitment, maar bijvoorbeeld ook binnen het onderwijs, kan de risicocategorisering dus wijzigen. Bij een hoog risico legt de AI-verordening ingevolge artikel 9 lid 1 het volgende risicobeheerssysteem op:

‘Dat ontwikkelaars voor AI-systemen met een hoog risico een risicobeheer moeten vaststellen, uitvoeren en documenteren. Dit wordt gedaan om de eventuele risico’s van een AI-systeem met een hoog risico op een rij te kunnen zetten en te beoordelen. Hierdoor kan in een vroeg stadium actie ondernomen worden op het moment zich mogelijk schadelijke bedreigingen voordoen. Op die manier kunnen de gevolgen van deze bedreigingen tot een minimum beperkt worden.’

Voorts worden er kwaliteitseisen gesteld aan de data en het databeheer. Er moet technische documentatie worden opgesteld, nog voordat het AI-systeem op de markt wordt gebracht. Waarbij ook een conformiteitsbeoordeling moet worden uitgevoerd (artikel 19 AI-verordening). Hieronder valt bijvoorbeeld een gedetailleerde beschrijving van het AI-systeem met het daarbij beoogde doel, de betreffende software en de werking en controle van systemen.

Verder bepaalt de AI-verordening dat gebeurtenissen automatisch geregistreerd moeten worden ten behoeve van evaluatie, het AI-systeem moet voldoende transparant zijn voor gebruikers, er moet menselijk toezicht zijn en blijven en tenslotte moet er sprake zijn van een passend beschermingsniveau (vergelijkbaar met de AVG) tegen wangebruik. En tot slot moeten er voorschriften opgesteld worden voor de gebruikers (artikel 29 AI-verordening).

Dat het voorgaande noodzakelijk is, zeker bij het inzetten van AI in *recruitment*, wordt ondersteund in een onderzoek van Zhisheng Chen:

‘The findings suggest that AI-enabled recruitment has the potential to enhance recruitment quality, increase efficiency, and reduce transactional work. However, algorithmic bias results in discriminatory hiring practices based on gender, race, color, and personality traits. The study indicates that algorithmic bias stems from limited raw data sets and biased algorithm designers. To mitigate this issue, it is recommended to implement technical measures, such as unbiased dataset frameworks and ‘improved algorithmic transparency’, as well as ‘management measures’ like internal corporate ethical governance and external oversight’ (Chen, 2023).

Inmiddels is de AI-verordening aangenomen door het Europees Parlement. Nu moeten de gesprekken met de EU-lidstaten in de Raad plaats gaan vinden. Het doel is om voor het einde van 2023 tot een akkoord te komen (Europees Parlement, [europa.eu](https://europa.eu/european-council/story/eu-ai-act), 2023).

Anderzijds moet ook de vraag gesteld worden hoe om te gaan met de snelle digitale ontwikkeling en de trage wetgevingstrajecten die hier tegenover staan⁸. Het lijkt een onmogelijke opgave om met (meer) specifieke wetgeving tijdig in te kunnen springen op de impact die technologische innovaties hebben op onze maatschappij. Dit roept terecht de vraag op of het niet anders kan en misschien wel anders moet. Wellicht is een focus op andere vormen van regulering, zoals door Lessig voorgesteld in zijn *'pathetic dot theory'* (Lessig, 2006), noodzakelijk om de uitdagingen waar we in onze huidige maatschappij voorstaan het hoofd te bieden. Vooralsnog ontbreken concrete antwoorden, maar dat nader onderzoek hiernaar gedaan zal moeten worden, staat voor ons buiten twijfel.

4. Gedragscodes bij recruitment in Nederland

Voor *recruitment* in Nederland is het tenslotte van belang om aandacht te besteden aan twee gedragscodes, te weten de NVP Sollicitatiecode en de *Recruitercode*. Hoewel het 'slechts' gedragscodes zijn en dus geen wetgeving, zijn deze codes relevant, omdat zij een context specifieke uitwerking zijn van de hierboven beschreven grondrechten. In artikel 1.1 van de NVP Sollicitatiecode zijn bijvoorbeeld de uitgangspunten opgenomen, waaronder: 'de sollicitant en de organisatie zijn zich ervan bewust dat beschikbare informatie uit openbare bronnen, zoals internet en informatie via derden verkregen, niet altijd betrouwbaar is. De verkregen informatie zal met vermelding van de bron met de sollicitant worden besproken en de organisatie is transparant over de verkregen informatie'. Bij het gebruik van GenAI in werving en selectie betekent het voorgaande artikel dan ook dat je als gebruiker hierover transparant dient te zijn naar de sollicitant, maar het houdt eveneens de waarschuwing in, zoals eerder aangehaald, dat factchecking noodzakelijk is. Maar dit is allemaal niets nieuws. Sollicitanten worden door *recruiters* ook gegoogled en ook sociale media profielen, zoals Facebook worden in recruitmentprocessen geraadpleegd. Alleen wordt het wellicht zoveel makkelijker met GenAI. Eerder heeft de Autoriteit Persoonsgegevens, onder meer in een onderzoek naar screeningsactiviteiten van Hoffman Bedrijfsrecherche, bepaald dat het onderzoek op sociale media van een sollicitant gebaseerd kan zijn op gerechtvaardigd belang (Artikel 6 lid 1 onder f AVG) indien en voor zover dit onderzoek is toegespitst op de eventuele risico's ten aanzien van de betreffende functie en alleen de hiervoor noodzakelijke (persoons)gegevens worden verwerkt (Autoriteit Persoonsgegevens, Hoffman, 2016).

⁸ Ook bekend als het "Pacing Problem" zie hierover Herkert, J. R., Allenby, B. R. (2011). *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem*. Germany: Springer Netherlands.

Het essentiële verschil in deze is wel dat Google informatie vindt over een sollicitant, maar GenAI informatie kan ‘maken’ van een sollicitant door bijvoorbeeld het hiervoor reeds aangehaalde hallucineren. Dit benadrukt de noodzaak van *factchecking*.

Maar wat als GenAI gevraagd wordt om bijvoorbeeld een risico-inschatting te maken over de kans dat een sollicitant binnen afzienbare tijd zwanger zal worden, of de kans dat de sollicitant ziek wordt etc. Naar zaken als ziekte en zwangerschap mag door de werkgever niet gevraagd worden. Een sollicitant mag niet worden afgewezen op grond van zwangerschap nu dit tot directe discriminatie leidt. Ten aanzien van ziekte of gebreken kunnen mededelingen hierover door de sollicitant alleen verplicht zijn als dit direct relevant is voor de functie.

De *Recruitercode* heeft naast transparante communicatie ook een artikel over anti-discriminatie, artikel 3. Naast het feit dat er niet gediscrimineerd mag worden, bepaalt de *Recruitercode* ook dat selectie moet plaatsvinden op ‘toetsbare functierelevante criteria’ en dat de *recruiter* op verzoek verantwoording hierover aflegt.

Tenslotte heeft een sollicitant recht op een ‘redelijke privacy verwachting’ zoals door het EHRM vanuit artikel 8 EVRM is ontwikkeld. Hieruit kan niet anders dan geconcludeerd worden dat een sollicitant er toch vanuit moet kunnen gaan dat er zorgvuldig en behoorlijk om wordt gegaan met de privé-gegevens die een *recruiter* vindt via GenAI (Prins, 2014).

Op 14 maart 2023 is het wetsvoorstel Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie in de Tweede Kamer aangenomen. Het wetsvoorstel is op dit moment in de Eerste Kamer in behandeling. Voorts is op 13 april 2023 het Besluit toezicht gelijke kansen bij werving en selectie aangenomen, de AMvB bij voornoemd wetsvoorstel⁹. De bedoeling is dat er in de Arbeidsomstandighedenwet een hoofdstuk 1A wordt toegevoegd ter voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie. De organisatie (werkgever/recruiter) moet de procedure van werving en selectie vastleggen. In de wet wordt expliciet opgenomen welke informatie tenminste in de procedure moet worden opgenomen, waaronder informatievervalsing aan de sollicitant over de sollicitatieprocedure. Daarnaast wordt een vergewisplicht opgenomen in de Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie. In de Arbeidsomstandighedenwet wordt de werkwijze van de vergewisplicht verder ingevuld, inhoudende dat bij gebruik van een geautomatiseerd systeem bij werving en selectie de gebruiker (lees: recruiter, toekomstig werkgever etc.) zich ervan moet vergewissen hoe het geautomatiseerde systeem werkt en dat het systeem niet tot discriminatie leidt (vergewisplicht). Bij ChatGPT is het tot op heden onmogelijk gebleken om vast te stellen hoe de algoritmes werken.

⁹ Beschikbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/besluittoezichtgelijkekansen-bijwervingenselectie/br>

Maar ook bij andere AI-systemen is het eerder regel dan uitzondering dat informatie over de werking van de algoritmes moeilijk, zo niet onmogelijk, is te verkrijgen. Hiernaar wordt veelal verwezen als het *black box* probleem, het gebrek aan transparantie en de onmogelijkheid om uit te leggen hoe AI-systemen, zoals ChatGPT komen tot bepaalde uitkomsten (Garcez, 2023).

Tenslotte kan nog opgemerkt worden dat een ondernemingsraad een rol speelt bij het gebruiken van ChatGPT of een ander AI-systeem bij werving en selectie. De procedure welke een werkgever moet opstellen, ingevolge de Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie, is aan te merken als een ‘regeling op het gebied van het aanstellingsbeleid’ en daarmee ingevolge artikel 27 lid 1 onder e WOR onderhevig aan instemmingsrecht van de Ondernemingsraad. Als voorbeeld: wordt in de procedure ChatGPT gebruikt, dan moet dit worden opgenomen in het beleid en is dit gebruik onderworpen aan het instemmingsrecht.

5. Aansprakelijkheid

Inmiddels zal het voor u duidelijk zijn dat met het gebruik van GenAI in het recruitmentproces overtreding van diverse wet- en regelgeving op de loer ligt. Deze overtredingen kunnen leiden tot verschillende vormen van aansprakelijkheid.

Toezicht op overtreding van de Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie wordt door de Nederlandse Arbeidsinspectie uitgevoerd. Naast dat er een boete opgelegd kan worden, is ook bepaald dat inspectiegegevens openbaar worden gemaakt (nota van toelichting besluit toezicht gelijke kansen bij werving en selectie, par 2). Het bekende ‘*naming en shaming*’ dat voor bedrijven wellicht nog meer impact heeft dan een boete (Vliek, 2017).

Voorts kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW, zijnde een inbreuk op een recht, bijvoorbeeld inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, of handelen in strijd met een wettelijke plicht. De pleger van de onrechtmatige daad moet de schade welke hierdoor wordt toegebracht aan de schadelijdende partij vergoeden. Hierbij zijn een tweetal complicerende factoren. Enerzijds het aantonen van de schade die is geleden door de schadelijdende partij, bijvoorbeeld de partij die gediscrimineerd is of waar inbreuk heeft plaatsgevonden op de persoonlijke levenssfeer. Anderzijds dat het slachtoffer de onrechtmatige daad moet aantonen. Deze bewijslast kan de nodige problemen opleveren. Hiervoor zal de *AI Liability Directive* (Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpassing van de regels inzake niet-contractuele civiele aansprakelijkheid en artificiële intelligentie (AI), 2022) mogelijk een oplossing gaan bieden. De aanleiding voor deze richtlijn is de stellingname dat de huidige nationale aansprakelijkheidsregels vooral op schuld aan de kant van de overtreder en het bewijzen hiervan door het slachtoffer zijn gebaseerd. Dit is niet geschikt voor behandeling van vorderingen op grond van aansprakelijkheid voor schade die is veroorzaakt door op AI gebaseerde producten of diensten.

Juist bij AI is er vaak sprake van een *black box*, waardoor het voor een slachtoffer moeilijk is aan te tonen dat het systeem onrechtmatig heeft gehandeld.

In de *AI Liability Directive* is beoogd een rechtsvermoeden van oorzakelijk verband aan te nemen (artikel 4). Daarbij wordt bijvoorbeeld ook de toegang tot bewijsmateriaal bij hoog risico AI geregeld. In artikel 3 is bepaald dat de rechter bevoegd is om de aanbieder van een AI-systeem met een hoog risico waarvan wordt vermoed dat deze schade heeft veroorzaakt, openbaar te maken. Het voorgaande is overigens niet aan de orde als het AI-systeem alleen als ondergeschikt middel wordt gebruikt voor een menselijke beoordeling. Ook hier zien we opnieuw dat de menselijke tussenkomst als zeer waardevol en belangrijk wordt gezien en diverse risico's en daarmee aansprakelijkheid kan voorkomen (Madiaga, 2023).

Conclusie / implicaties voor de HR praktijk

In dit artikel zijn we ingegaan op de vraag of het gebruik van GenAI in *recruitment* gerechtvaardigd is of mogelijk strijdig is met bepaalde wetgeving. Onze conclusie is dat het gebruik van GenAI zeker mogelijk is en kansen biedt, maar met de nodige aandachtspunten en zeker niet altijd een goede match is!

ChatGPT en daarmee vergelijkbare systemen zullen de komende tijd de moederen in tal van domeinen flink bezighouden. Enerzijds bieden deze systemen zeer veel mogelijkheden en kansen, vooral om bestaande taken sneller, efficiënter en uitgebreider uit te voeren. Anderzijds ligt de kans op schade voor betrokken partijen op de loer wanneer er fundamentele rechten en plichten worden geschonden. Hoewel er wellicht goede redenen aan te voeren zijn, lijkt een algeheel verbod op GenAI niet realistisch en ook niet per se wenselijk, gezien het potentieel aan voordelen. Dit vraagt van de maatschappij een verantwoorde verdere ontwikkeling, uitrol en gebruik van dit soort systemen, waarbij de wettelijke kaders, maar ook andere reguleringsmodaliteiten, een zeer voorname rol zullen moeten spelen.

Voor het recruitmentproces betekent dit voor nu vooral een gebruik van GenAI dat niet gericht is op personen als zodanig, dus geen invoer van persoonsgegevens, of automatische beoordeling van personen op basis van de uitkomsten van GenAI. Dus gebruik geen persoonsgegevens in prompts in GenAI, zorg altijd voor menselijk tussenkomst bij eventuele besluitvorming en analyseer de risico's voor fundamentele mensenrechten en vrijheden, zodat er maatregelen kunnen worden genomen om deze risico's zoveel mogelijk te beperken. Daarnaast is het van belang om de resultaten te controleren (*factchecking*) als gevolg van mogelijk hallucineren. Het daadwerkelijke inwerkingtreden van de AI-verordening kan het juridische speelveld voor GenAI behoorlijk op zijn kop zetten, maar tegen die tijd zal GenAI zich ook hebben geëvolueerd. Zoals de maatregelen die genomen zijn naar aanleiding van de beschuldigingen van de Italiaanse data protectie autoriteit, is OpenAI niet blind voor de noodzaak zich te conformeren aan bepaalde regels.

Als uitsmijter een mooi acroniem: AI-toepassingen zijn *here to stay*. Use them wisely en blijf ALERT (gebruik het als Aanvulling, Legitiem, Ethisch verantwoord, controleer het Resultaat en besef het is een Tool ter ondersteuning) (Fontys Kenniscentrum Applied AI for Society, 2023).

SUMMARY

Current practice reveals the possible impact of Generative AI like ChatGPT in the field of *recruitment* and selection, but also in literature the possible impact is discussed. The risks associated with the use of ChatGPT specifically within this area - where bias can result in minorities or women being excluded in *recruitment* and selection procedures - lead to legal questions regarding the legitimacy of the use of ChatGPT and AI applications alike in these types of processes. But is it so different now than the discussion about Googling applicants that took place years ago?

This contribution discusses the main points of the legal aspects that are relevant in the use of Generative AI (GenAI), of which ChatGPT is a prone example, in *recruitment* (by which we mean the process of both *recruitment* and selection). This contribution first provides an overview of legal points of interest when using GenAI in *recruitment* under European and Dutch law, and then zooms in on several specific legal application issues specifically in the Netherlands.

Literatuur

- Aalst, T. W. (2023, januari 18). Nieuwe uitdaging op scholen. Scholieren laten huiswerk door chatgpt maken. Opgehaald van [www.nu.nl](https://www.nu.nl/algemeen/6247374/nieuwe-uitdaging-op-scholen-scholieren-laten-huiswerk-door-chatgpt-maken): <https://www.nu.nl/algemeen/6247374/nieuwe-uitdaging-op-scholen-scholieren-laten-huiswerk-door-chatgpt-maken>
- Article 29 Data Protection Working Party. (sd). Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, 3 October 2017, WP 251, p. 10 & 16.
- Autoriteit Persoonsgegevens. (2016, juli 7). Hoffman. Opgehaald van [autoriteitpersoonsgegevens.nl](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/01_rapport_db_hoffmann_openbare_versie_21062016_def.pdf): https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/01_rapport_db_hoffmann_openbare_versie_21062016_def.pdf
- Autoriteit Persoonsgegevens. (2023, juni 7). AP vraagt om opheldering over ChatGPT. Opgehaald van www.autoriteitpersoonsgegevens.nl: <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/actueel/ap-vraagt-om-opheldering-over-chatgpt>
- Autoriteit Persoonsgegevens. (2023, september 27). Doorgifte persoonsgegevens naar de VS. Opgehaald van [autoriteitpersoonsgegevens.nl](https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/themas/internationaal/doorgifte-binnen-en-buiten-de-eer/doorgifte-persoonsgegevens-naar-de-vs): <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/themas/internationaal/doorgifte-binnen-en-buiten-de-eer/doorgifte-persoonsgegevens-naar-de-vs>
- Baij, R. (2023, maart 27). Opgehaald van [www.customerfirst.nl](https://customerfirst.nl/nieuws/2023/03/chatgpt-op-de-werkvloer-een-ingewikkeld-vraagstuk/index): <https://customerfirst.nl/nieuws/2023/03/chatgpt-op-de-werkvloer-een-ingewikkeld-vraagstuk/index>
- Boerman, P. (2023, september 11). 5 voorbeelden van hoe technologie de praktijk van *recruitment* nu al verandert. Opgehaald van www.werf-en.nl: <https://www.werf-en.nl/wat-kunnen-we-leren-van-de-praktijk-cases-van-de-recruitment-tech-awards/>
- Cepellos, D. B., & Blumen, C. (2023). Dimensions of the use of technology and Artificial (AI) in *Recruitment* and Selectie (R&S): benefits, trends, and resistance.
- Chen, Z. (2023, september 15). Ethics and discrimination in artificial intelligence-enabled *recruitment* practices. Opgehaald van [nature](https://rdcu.be/dmSo2): <https://rdcu.be/dmSo2>
- College Bescherming Persoonsgegevens. (z.d.). Opgehaald van [autoriteitpersoonsgegevens.nl](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/cbp_screening.pdf): https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/cbp_screening.pdf

- CygnisMedia. (2022, december 5). Opgehaald van [www.cygnismedia.com: https://www.cygnismedia.com/blog/future-of-apps-and-web-development-2023/](https://www.cygnismedia.com/blog/future-of-apps-and-web-development-2023/)
- Dastin, J. (2018, oktober 11). Opgehaald van [www.reuters.com: https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G](https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G)
- Dastin, J. (2018, oktober 11). Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women. Opgehaald van Reuters: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>
- Derks, S. (2023, april 11). Opgehaald van [www.rechtenrobots.nl: https://rechtenrobots.nl/large-language-model-risicos](https://rechtenrobots.nl/large-language-model-risicos)
- Eenbergen, C. v. (2023, maart 29). Opgehaald van [www.techzine.nl: https://www.techzine.nl/nieuws/analytics/520667/de-banen-die-het-meest-bedreigd-worden-door-generatieve-ai-zoals-chatgpt/](https://www.techzine.nl/nieuws/analytics/520667/de-banen-die-het-meest-bedreigd-worden-door-generatieve-ai-zoals-chatgpt/)
- Europees Parlement. (2021, maart 29). Eat is artificiële intelligentie en hoe worddt het gebruikt. Opgehaald van [europarl.europa.eu: https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20200827STO85804/wat-is-artificiele-intelligentie-en-hoe-wordt-het-gebruikt](https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20200827STO85804/wat-is-artificiele-intelligentie-en-hoe-wordt-het-gebruikt)
- Europees Parlement. (2023, juli 25). Opgehaald van [europarl.europa.eu: https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20230601STO93804/ai-verordening-eerste-regels-voor-artificiele-intelligentie](https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20230601STO93804/ai-verordening-eerste-regels-voor-artificiele-intelligentie)
- Europese Commissie. (2022). Europese Verklaring over digitale rechten en beginselen voor het digitale decennium. 26: januari.
- Faculteit rechtsgeleerdheid UVA. (2023, januari 25). [uva.nl. Opgehaald van uva.nl: https://www.uva.nl/shared-content/faculteiten/nl/faculteit-der-rechtsgeleerdheid/nieuws/2023/01/onze-mensen-over-...-chatgpt.html?cb](https://www.uva.nl/shared-content/faculteiten/nl/faculteit-der-rechtsgeleerdheid/nieuws/2023/01/onze-mensen-over-...-chatgpt.html?cb)
- Fontys Kenniscentrum Applied AI for Society. (2023).
- Garcez, A. d. (2023, maart 6). Neursymbolic AI. Opgehaald van City press: <https://www.city.ac.uk/news-and-events/news/2023/03/chatgpt-black-boxes-and-information-dissemination>
- Gerards et al. (2021, juli). Opgehaald van [www.rijksoverheid.nl: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/25/impact-assessment-mensenrechten-en-algoritmes](https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/25/impact-assessment-mensenrechten-en-algoritmes)

- Halpert, M. (2022, oktober 9). AI-powered Job recruitment Tools may not improve hiring diversity, experts argue. Opgehaald van [www.forbes.com](https://www.forbes.com/sites/madelinehalpert/2022/10/09/ai-powered-job-recruitment-tools-may-not-improve-hiring-diversity-experts-argue/): <https://www.forbes.com/sites/madelinehalpert/2022/10/09/ai-powered-job-recruitment-tools-may-not-improve-hiring-diversity-experts-argue/>
- Hendrikman, M. (2023, maart 31). Italië verbiedt ChatGPT per direct vanwege privacyzorgen. Opgehaald van [tweakers.nl](https://tweakers.net/nieuws/208264/italie-verbiedt-chatgpt-per-direct-vanwege-privacyzorgen.html): <https://tweakers.net/nieuws/208264/italie-verbiedt-chatgpt-per-direct-vanwege-privacyzorgen.html>
- Leij, R. v. (2023, mei 10). ChatGPT in één maand tijd verboden en weer toegestaan in Italië. Opgehaald van [ddma.nl](https://ddma.nl/kennisbank/chatgpt-in-een-maand-tijd-verboden-en-weer-toegestaan-in-italie/): <https://ddma.nl/kennisbank/chatgpt-in-een-maand-tijd-verboden-en-weer-toegestaan-in-italie/>
- Lessig, L. (2006). Code and other laws of Cyberspace. Opgehaald van Code 2.0: <https://tigerprints.clemson.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1183&context=cheer>
- Madiega, T. (2023). etpinktank.eu. Opgehaald van <https://epthintank.eu/2023/03/31/general-purpose-artificial-intelligence/>
- Meer, M. v. (2023). Werf& Seminar ChatGPT. 29 maart 2023.
- Merx, E., Edzes, A., & Lieshout, H. v. (2022). Heel Holland Match? Tijdschrift voor HRM, p. 62 e.v. Opgehaald van [file:///C:/Users/imjbratt/Downloads/TvHRM___\(\)%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/imjbratt/Downloads/TvHRM___()%20(3).pdf)
- Ministerie BZK. (2021, juli). Impact Assessment Mensenrechten en algoritmes, inleiding. Opgehaald van <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-c3d7fe94-9c62-493f-b858-f56b5e246a94/pdf>
- Mol, M. d. (2019, mei). Het leerstuk van de horizontale directe werking van Unie-grondrechten op de voet gevolgd. *Ars Aequi*, p. p 371.
- nota van toelichting besluit toezicht gelijke kansen bij werving en selectie, par 2. (sd). Opgehaald van www.internetconsultatie.nl/besluittoezichtgelijkekansenbijwervingenselectie/bi
- Prins, C. (2014, november 10). digitale referenties. NLB 2014/1997.
- Rashid, O. (2023, mei 29). Opgehaald van [www.euronews.com](https://www.euronews.com/2023/05/29/if-were-not-careful-ai-recruitment-could-institutionalise-discrimination): <https://www.euronews.com/2023/05/29/if-were-not-careful-ai-recruitment-could-institutionalise-discrimination>
- Recrout. (2023). Voorkom kostbare mismatches. Opgehaald van [recrout.com](https://recrout.com/matching/): <https://recrout.com/matching/>

- Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpassing van de regels inzake niet-contractuele civiele aansprakelijkheid en artificiële intelligentie (AI). (2022, september 28). Opgehaald van <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0496>
- Sloot, B. v. (2020, november 11). Facebook Ireland en Schrems (HvJ EU, zaak C-311/18) Streep door gegevensdoorvoerregime voor de Verenigde Staten. Opgehaald van [research.tilburguniversity.edu: https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/facebook-ireland-en-schrems-hvj-eu-zaak-c-31118-streep-door-gegeven](https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/facebook-ireland-en-schrems-hvj-eu-zaak-c-31118-streep-door-gegeven)
- Trigt, M. v. (2023, april 16). Europese toezichthouder buigt zich over ChatGPT. Opgehaald van [binnenlandsbestuur.nl: https://www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/europese-unie-richt-een-taskforce-op-voor-gezamenlijk-beleid-rondom-chatgpt](https://www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/europese-unie-richt-een-taskforce-op-voor-gezamenlijk-beleid-rondom-chatgpt)
- Vaas, L. (2018, november 26). That Black Mirror episode with the social ratings? It's happening IRL. Opgehaald van [nakedsecurity.sophos.com: https://nakedsecurity.sophos.com/2018/11/26/that-black-mirror-episode-with-the-social-ratings-its-happening-irl/](https://nakedsecurity.sophos.com/2018/11/26/that-black-mirror-episode-with-the-social-ratings-its-happening-irl/)
- Verhoeven, A. (2020). Recruitment. In A. Verhoeven, Recruitment (p. pgn 9 e.v.). Amsterdam: Pearson.
- Vliek, M. (2017). Schandpaal of Schouderklop? Handhaving door 'naming en shaming' en 'naming en faming'. Opgehaald van Boom crimonologie: https://hetccv.nl/fileadmin/Bestanden/Onderwerpen/Naleving__toezicht_en_handhaving/Schandaal_of_schouderklop.pdf
- Zwenne, G. (2018). Tekst & Commentaar Algemene verordening gegevensbescherming. In G. Zwenne. Deventer: Wolters Kluwer.