

DAGVAARDING

Heden, de

tweeduizend eenentwintig;

Ten verzoeken van:

De **STICHTING ONDERZOEK MARKTINFORMATIE**, statutair gevestigd te Badhoevedorp en kantoorhoudende aan Prins Mauritslaan 37, 1171 LP, Badhoevedorp, te dezer zake domicilie kiezende aan de Anne Frankstraat 121, 1018 BZ, Amsterdam ten kantore van SOLV Advocaten, van wie mr. D.M. Linders, mr. Y. van den Winkel en mr. L. Mourcous in deze zaak als advocaten namens eiseres zullen optreden en als zodanig worden gesteld, hierna te noemen “SOMI”,

GEDAGVAARD:

De vennootschap opgericht naar Iers recht **TIKTOK TECHNOLOGY LIMITED**, statutair gevestigd te Dublin, Ierland en kantoorhoudende aan 10 Earlsfort Terrace, D02 T380, Dublin, Ierland, hierna te noemen “TikTok”, van wie geen kantooradres of woonplaats van een bestuurder in Nederland bekend is, in aanmerking nemende dat de Staat waar gerekwireerde woonplaats heeft lidstaat is van de Europese Unie, zodoende mijn exploitatie doende ingevolge artikel 56 lid 2 Rv en Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of handelszaken en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 (EG-betekenningsverordening) door in mijn hoedanigheid als verzendende instantie aan de bevoegde ontvangende instantie:

Courts Service Centralised Office
Combined Court Office,
The Courthouse,
Castlebar, Co. Mayo
F23 YA99
Ierland
Tel.: (353 -94) 904 38 10
E-mail : serviceofeu documents@courts.ie

per UPS-koerier vandaag te hebben verzonden:

- twee afschriften van dit exploitatie in de Nederlandse taal;
- twee exemplaren van de vertaling van deze stukken in de Engelse taal;
- het formulier F1 zoals bedoeld in artikel 4, punt 3 van de Verordening, gesteld en ingevuld in de Engelse taal;

met het verzoek om tot betekening of kennisgeving ervan over te gaan overeenkomstig het recht van de aangezochte staat en mij daarvan het certificaat toe te zenden, dan wel mijn verzoek door te geleiden naar de territoriaal bevoegde instantie;

bovendien heb ik vandaag ter betekening de genoemde stukken in overeenstemming met artikel 56 lid 3 Rv en artikel 14 van de Verordening per UPS-koerier gezonden aan het hiervoor genoemde adres van gedaagde voorzien van het in artikel 8 van de Verordening genoemde modelformulier gesteld in alle talen van de Europese Unie, met de mededeling dat en hoe de stukken kunnen worden geweigerd indien het niet gesteld of vertaald is in een taal die gedaagde begrijpt of de officiële taal van de aangezochte staat;

OM:

Op woensdag 15 september 2021 (de “roldatum”), des ochtends om 10.00 uur, niet in persoon maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter openbare civiele terechtzitting van de rechtbank Amsterdam, team Civiel recht, afdeling handelszaken, alsdan te houden in één van de lokalen van het gerechtsgebouw aan de Parnassusweg 220 te (1076 AV) Amsterdam,

MET AANZEGGING DAT:

- a) indien gedaagde verzuimt advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
- b) bij verschijning in het geding van gedaagde een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
- c) de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;
- d) van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - i) een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
 - ii) een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer

bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;

- e) de producties behorende bij deze dagvaarding spoedig zullen worden nagezonden,

MET MEDEDELING DAT:

Eiseres, op straffe van niet ontvankelijkheid, binnen twee dagen na de dag van dagvaarding het exploit van dagvaarding ter griffie indient en gelijktijdig aantekening maakt van de zaak en de dagvaarding in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in artikel 3:305a lid 7 van het Burgerlijk Wetboek, te vinden op www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen. De aantekening zal vergezeld gaan van een afschrift van de dagvaarding,

TENEINDE:

Te antwoorden op de volgende vorderingen van eiseres:

INHOUDSOPGAVE

Definities en afkortingen	7
1 Inleiding	9
2 Partijen.....	10
2.1 SOMI	10
2.2 TikTok	11
2.3 Poging tot overleg	12
3 Feiten	13
3.1 De TikTok App.....	13
3.2 Advertentiediensten van TikTok.....	17
3.2.1 Targeting.....	17
3.2.2 Advertentieformats	18
3.3 Populariteit en doelgroep	19
3.4 Registratie	22
3.5 Family Pairing en privacyinstellingen	24
3.6 Incidenten, rechtszaken en onderzoeken wereldwijd	24
3.6.1 Incidenten	25
3.6.2 Rechtszaken	25
3.6.3 Onderzoeken en maatregelen door privacytoezichthouders.....	26
3.6.4 Onderzoeken naar de beveiliging	26
3.6.5 Rapporten BEUC	27
3.7 Ugly Content Policy	28
3.8 Juridische documentatie van TikTok	28
3.8.1 Gebruiksvoorwaarden	28
3.8.2 Virtual Items Policy	29
3.8.3 Privacybeleid.....	29
4 De vertegenwoordigde Gedupeerden	30
4.1 Primair: alle minderjarige TikTok-gebruikers in Nederland	30
4.2 Subsidiar: de bij SOMI Aangemelde Gedupeerden	31
5 Schendingen van het recht door TikTok.....	31
5.1 Strijd met de AVG.....	31
5.1.1 Toepasselijkheid van de AVG.....	31
5.1.1.1 Persoonsgegevens.....	32
5.1.1.2 Verwerking	33
5.1.1.3 Territoriaal toepassingsgebied.....	33
5.1.2 Grondrechtelijke context: de rechten van het kind en artikel 7 en 8 Handvest.....	34
5.1.3 TikTok is verwerkingsverantwoordelijke	35
5.1.4 Geen specifieke bescherming van kinderen	37
5.1.5 Ongeoorloofde profilering en geautomatiseerde besluitvorming	40
5.1.5.1 Strijd met artikel 22 AVG.....	44
5.1.5.2 Uitzonderingen niet van toepassing	46
5.1.6 Strijd met artikel 6 AVG: geen geldige toestemming.....	48
5.1.6.1 Geen ouderlijke toestemming	48
5.1.6.2 Geen geldige toestemming	49
5.1.6.3 Niet noodzakelijk.....	57
5.1.7 Strijd met artikel 6 AVG: geen gerechtvaardigd belang.....	58

5.1.8	Strijd met artikel 6 AVG: overige rechtsgronden	62
5.1.9	Ugly Content Policy: onbehoorlijke gegevensverwerking en discriminatie.....	62
5.1.9.1	Onbehoorlijke gegevensverwerking	62
5.1.9.2	Geautomatiseerde besluitvorming	63
5.1.9.3	Profilering.....	64
5.1.10	Strijd met artikelen 5, 12, 13, 14 en 25 AVG: onvoldoende transparantie.....	65
5.1.10.1	Niet beknopt, transparant, begrijpelijk en gemakkelijk toegankelijk	65
5.1.10.2	Inhoud voldoet niet aan de AVG	68
5.1.11	Strijd met artikel 5 AVG: dataminimalisatie	73
5.1.12	Strijd met hoofdstuk V AVG: geen geldige doorgifte naar derde landen	73
5.1.13	Strijd met artikel 32 AVG: beveiliging van persoonsgegevens	76
5.2	Strijd met artikel 11.7a Tw	78
5.2.1	Territoriale toepasselijkheid	79
5.2.2	Informatie en toestemming.....	80
5.2.2.1	Informatieplicht	81
5.2.2.2	Toestemming	82
5.3	Consumentenrecht.....	83
5.3.1	Onduidelijke en onbegrijpelijke bedingen: strijd met informatieverplichtingen	83
5.3.1.1	Privacybeleid	84
5.3.1.2	Gebruiksvoorwaarden en Virtual Items Policy.....	85
5.3.2	Onredelijk bezwarende bepalingen.....	87
5.3.2.1	Gebruiksvoorwaarden.....	87
5.3.2.2	Virtual Items Policy	90
5.3.3	Misleidende handelspraktijken	92
5.4	Strijd met de Mediawet: verplichtingen van videoplatformdiensten	94
5.4.1	Videoplatformdienst.....	94
5.4.2	Reclame in de TikTok App.....	94
5.4.3	Content die schadelijk is voor minderjarigen	95
6	Vernietiging van rechtshandelingen en bedingen.....	96
6.1	Vernietiging van de licentiebepaling, aansprakelijkheidsbeperking en Virtual Items Policy	97
6.2	Vernietiging van de overeenkomst voor Gedupeerden jonger dan 16 jaar	97
7	Wissen van persoonsgegevens	99
8	Aansprakelijkheid en Schade	99
8.1	Risicoaansprakelijkheid / gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid	100
8.2	Het begrip immateriële schade in de AVG	100
8.2.1	Rechtspraak Hof van Justitie.....	101
8.2.2	Controle over persoonsgegevens	102
8.3	Immateriële schade onder Nederlands recht.....	103
8.3.1	EBI-arrest	103
8.3.2	ABRvS uitspraken.....	104
8.3.3	Uitspraken lagere rechters	106
8.3.4	Buitenlandse rechtspraak	108
8.4	Privaatrechtelijke handhaving als functie van schadevergoeding	109
8.5	Forfaitaire schadevergoeding.....	111
8.6	Factoren voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding	112
8.7	Toepassing op de onderhavige zaak.....	113

9	Schadeafwikkeling en (proces)kosten.....	116
9.1	Schadeafwikkeling	116
9.2	(Proces)kosten.....	117
10	Bewijslast en bewijs	118
10.1	Bewijslast m.b.t. AVG overtredingen	118
10.2	Bewijslast m.b.t. overtredingen consumentenrecht.....	119
10.3	Bewijs	119
11	Ontvankelijkheid van SOMI	120
11.1	Gelijksoortige belangen.....	121
11.2	Statuten van SOMI	122
11.3	De belangen van de Gedupeerden zijn gewaarborgd	124
11.3.1	SOMI is representatief voor de groep Gedupeerden	124
11.3.2	Samenstelling van de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht.....	125
11.3.3	Deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming	127
11.3.4	SOMI heeft voldoende financiële middelen	127
11.3.5	SOMI heeft een toegankelijke website met de benodigde informatie.....	128
11.3.6	Ervaring en deskundigheid	128
11.4	SOMI voldoet aan de Claimcode 2019	129
11.5	Aanvullende ontvankelijkheidseisen	131
11.5.1	Geen winstoogmerk.....	131
11.5.2	Voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer	131
11.6	SOMI heeft TikTok uitgenodigd voor overleg.....	132
12	Rechtsmacht en toepasselijk recht	132
12.1	Rechtsmacht.....	132
12.1.1	Artikel 79 lid 2 AVG	132
12.1.2	Artikel 18 lid 1 Brussel I bis-Vo en 6 sub d Rv	133
12.2	Toepasselijk recht.....	133
12.2.1	Artikel 3 AVG.....	133
12.2.2	Artikel 6 Rome I	134
12.2.3	Artikel 4 lid 1 Rome II.....	134
13	Verweer Tiktok.....	135
14	Petitum	135
	Exclusieve belangenbehartiger.....	135
	Vertegenwoordigde gedupeerden	136
	Verklaringen voor recht.....	137
	Vernietiging van voorwaarden	137
	Wissen van persoonsgegevens.....	138
	Bevelen ter bescherming van minderjarigen	138
	Schadevergoeding	138
	Schadeafwikkeling	139
	Proceskosten en buitengerechtelijke kosten	141
	Productieoverzicht.....	143

DEFINITIES EN AFKORTINGEN

Definities

Aangemelde Gedupeerden	De Gedupeerden die zich als deelnemer hebben aangemeld via de website van SOMI en aan SOMI de last en volmacht hebben gegeven om namens hen deze procedure te voeren.
Aangemelde Gedupeerden Groep A	Alle Aangemelde Gedupeerden met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 nog niet de leeftijd van 13 jaar hadden bereikt.
Aangemelde Gedupeerden Groep B	Alle Aangemelde Gedupeerden met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 13, 14 of 15 jaar hadden.
Aangemelde Gedupeerden Groep C	Alle Aangemelde Gedupeerden met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 16 of 17 jaar hadden.
Claimcode 2019	Governancecode voor stichtingen en verenigingen die als doel hebben te komen tot collectief schadeverhaal.
Coins	Virtuele valuta in de TikTok App.
Cookiebeleid	Engelstalige TikTok Platform Cookies Policy waarnaar TikTok in haar Privacybeleid verwijst van november 2020.
Diamonds	Virtuele valuta die een TikTok-gebruiker gebruiker ontvangt uit Gifts en die om te wisselen zijn voor Amerikaanse dollars.
Gebruiksvoorwaarden	De gebruiksvoorwaarden van TikTok van juli 2020.
Gedupeerden	Alle personen in Nederland die na 25 mei 2018 de TikTok App hebben gebruikt en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 minderjarig waren.
Gifts	Virtuele geschenken in de TikTok App, die kunnen worden gekocht met Coins.
Nauw Omschreven Groep	Alle personen in Nederland die na 25 mei 2018 de TikTok App hebben gebruikt en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 minderjarig waren.
Nauw Omschreven Groep A	Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 nog niet de leeftijd van 13 jaar hadden bereikt.
Nauw Omschreven Groep B	Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei

	2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 13, 14 of 15 jaar hadden.
Nauw Omschreven Groep C	Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 16 of 17 jaar hadden.
Privacybeleid	Het privacybeleid van TikTok van juli 2020.
Raad van Bestuur	De raad van bestuur van SOMI.
Raad van Toezicht	De raad van toezicht van SOMI.
TikTok	TikTok Technology Limited.
TikTok App	De mobiele, desktop of webapplicatie van TikTok die toegankelijk is via smartphone, tablet, laptop, of desktop.
Ugly Content Policy	Instructiehandleiding voor moderatoren van TikTok om videocontent te verwijderen die niet voldoet aan schoonheidsidealen die TikTok hanteert of nastreeft.
Virtual Items Policy	De virtual items policy van TikTok van december 2019.
Website Cookiebeleid	Cookiebeleid voor de websites van TikTok van augustus 2020.

Afkortingen

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.
AP	Autoriteit Persoonsgegevens.
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming.
Consumentenrichtlijn	Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten.
E-commercerichtlijn	Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.
EDPB	European Data Protection Board.
EDPS	European Data Protection Supervisor.
FTC	Federal Trade Commission.
Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.
Herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten	Richtlijn 2018/1808/EU inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten in het licht van een veranderende marktsituatie.
ICO	Information Commissioner's Office
Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten	Richtlijn 2010/13/EU inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten.
Richtlijn Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten	Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.
Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken	Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken.
Tw	Telecommunicatiewet.
UAVG	Uitvoeringswet AVG.
WAMCA	Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie.
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens

1 INLEIDING

1. Deze zaak betreft een ernstige schending van de privacy- en consumentenrechten van 1 miljoen Nederlandse kinderen die gebruik maken van de populaire online *social* videodienst TikTok. Zij worden doelbewust verleid om zoveel mogelijk gebruik te maken van TikTok, zoveel mogelijk korte video's te plaatsen, zoveel mogelijk "likes" te geven en zoveel mogelijk persoonsgegevens te delen. Er worden op basis van grote hoeveelheden persoonsgegevens gedetailleerde profielen van de kinderen opgebouwd, die worden gebruikt om hen bloot te stellen aan indringende, gepersonaliseerde advertenties. Hun persoonsgegevens worden zonder geldige grondslag verwerkt en gedeeld met derde partijen in de VS en China. De kinderen en hun ouders worden hierover niet, niet juist of niet volledig geïnformeerd. Zonder dat zij het weten of het zelfs maar kunnen beseffen, raken de kinderen al op zeer jonge leeftijd de controle over hun persoonsgegevens kwijt, een onomkeerbaar proces met potentieel verstreckende gevolgen.
2. TikTok exploiteert geen videodienst, bedoeld om kinderen creatieve filmpjes met hun vrienden te laten delen. TikTok exploiteert een data- en marketingmachine, bedoeld om met zo min mogelijk drempels zoveel mogelijk geld te verdienen in zo kort mogelijke tijd.
3. Veel van de video's op TikTok zijn onschuldig, maar TikTok ligt inmiddels wereldwijd onder vuur van overheden, autoriteiten en belangenorganisaties vanwege wijdverbreide content die schadelijk is voor de geestelijke gezondheid van kinderen, en soms zelfs levensgevaarlijk. TikTok is notoir terughoudend in het nemen van verantwoordelijkheid om deze content van haar dienst te weren. Alleen na rechterlijke interventie of zware overheidsdruk voert zij mondjesmaat wijzigingen door. Zo circuleren op TikTok regelmatig "challenges" waarin gebruikers worden uitgedaagd om een bepaalde opdracht uit voeren. Een aantal van deze challenges op TikTok heeft geleid tot ernstige incidenten. In 2021 hebben zich meerdere dodelijke incidenten voorgedaan bij kinderen die de "blackout-challenge" uitvoerden. Bij deze uitdaging worden deelnemers uitgedaagd zich te verstikken tot ze het bewustzijn verliezen.
4. SOMI is een 3:305a BW belangenstichting. Zij komt op voor de belangen van minderjaren en consumenten die zich online begeven. SOMI wil hen behoeden voor de gevaren die het gebruik van een dienst als TikTok met zich meebrengt. Het belang van kinderen is een bijzonder en zeer zwaarwegend belang, dat expliciet wordt beschermd door verschillende internationale mensenrechtenverdragen, waaronder de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind.
5. SOMI wil een einde maken aan de onrechtmatige handelwijze van TikTok en wil de schade van de reeds gedupeerde kinderen vergoed zien. Die schade vordert zij op grond van de AVG. Zij vraagt uw rechtbank om daarbij in overweging te nemen dat er een groot maatschappelijk belang speelt bij het tegengaan van ernstige en grootschalige online privacyschendingen zoals door

TikTok. SOMI verzoekt uw rechtbank dan ook om een schadevergoeding toe te kennen die voldoende effectief en afschrikwekkend is.

6. Naar de stellige overtuiging van SOMI hebben minderjarigen die TikTok hebben gebruikt reële schade geleden en zij lijden nog elke dag. Deze schade is hoger voor jonge kinderen, die immers extra kwetsbaar zijn. SOMI vordert voor kinderen jonger dan 13 jaar een schadevergoeding van € 2.000,-, voor kinderen van 13, 14 en 15 jaar een schadevergoeding van € 1.000,- en voor kinderen van 16 en 17 jaar een schadevergoeding van € 500,-. In totaal komt de gevorderde schadevergoeding neer op een bedrag van ongeveer € 1,4 miljard.
7. Het HvJEU bevestigt telkens weer het belang van het waarborgen van een hoog beschermingsniveau voor de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, vaak in zaken die aanhangig zijn gemaakt door belangenorganisaties en privacy-voorvechters.¹ Het vereiste hoge beschermingsniveau noopt ertoe dat lidstaten alle passende maatregelen moeten nemen om onverkorte nakoming van de AVG te garanderen. In de AVG ligt dan ook veel nadruk op civielrechtelijke handhaving en wordt expliciet ruimte geboden aan collectieve belangenbehartiging. Artikel 79 AVG garandeert het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en artikel 80 AVG geeft betrokkenen het recht zich te laten vertegenwoordigen door een organisatie zonder winstoogmerk. Dit ziet ook op de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen op grond van artikel 82 AVG. Het Nederlandse systeem van artikel 3:305a BW en titel 14a Rv is hier bij uitstek geschikt voor.
8. De vorderingen van SOMI in deze zaak zijn gebaseerd op de AVG, die op 25 mei 2018 van toepassing werd. Het gaat in deze zaak dan ook enkel om feiten die na die datum hebben plaatsgevonden en dus ook na 15 november 2016, zodat op deze procedure de WAMCA van toepassing is.

2 PARTIJEN

2.1 SOMI

9. SOMI is op 31 mei 2016 opgericht, in eerste instantie met als doel om vraagstukken van maatschappelijk belang te signaleren en onderzoeken, in het bijzonder met betrekking tot marktinformatie op het gebied van vastgoed(-financiering) en senioren. Medio 2020 is zij zich daarnaast gaan richten op privacy en data-autonomie, en als uitvloeisel daarvan de behartiging van de belangen van minderjarigen op wiens rechten inbreuk wordt gemaakt door online

¹ HvJEU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*); HvJEU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*); HvJEU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*); HvJEU 8 april 2014, zaak C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*); HvJEU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039 (*Fashion ID*) en HvJEU 1 oktober 2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 (*Planet49*).

diensten, specifiek het recht op privacy en gegevensbescherming. Daartoe heeft zij op 31 mei 2021 haar statuten gewijzigd (**productie 1**). De statuten vermelden als doel onder andere:

“(...) het behartigen van belangen van natuurlijke personen, in het bijzonder van consumenten en minderjarigen, die gebruikmaken van online diensten, waarbij op enig moment een schending van de rechten van die natuurlijke personen plaatsvindt, waaronder begrepen maar niet beperkt tot inbreuken op grondrechten, zoals het recht om niet gediscrimineerd te worden en het recht op bescherming van privacy en bescherming van persoonsgegevens, alsmede inbreuken op consumentenrechten en wet- en regelgeving ter bescherming van minderjarigen; (...)”

10. SOMI beschikt over een Raad van Bestuur en een Raad van Toezicht met de specifieke juridische en financiële deskundigheid en ervaring noodzakelijk voor de behartiging van de belangen zoals omschreven in de statuten (zie ook randnummers 413-415). SOMI heeft geen winstoogmerk.
11. SOMI komt in deze procedure primair op voor de belangen van alle personen in Nederland die na 25 mei 2018 de TikTok App hebben gebruikt en ten tijde van gebruik minderjarig waren (**“Gedupeerden”**). Op basis van marktonderzoek naar het gebruik van sociale media (randnummer 77), zijn dat naar schatting ongeveer 1 miljoen personen. Tezamen vormen deze personen de **“nauw omschreven groep”** zoals bedoeld in de WAMCA (**“Nauw Omschreven Groep”**). De Nauw Omschreven Groep valt uiteen in drie subgroepen gebaseerd op leeftijd. SOMI vordert hogere schadevergoedingen voor jongere kinderen (hoofdstuk 4 en paragraaf 8.7). Subsidiar komt SOMI op voor de belangen van alle minderjarigen die zich – via hun wettelijk vertegenwoordigers – voor deze zaak hebben aangesloten bij SOMI (paragraaf 4.2).

2.2 TikTok

12. De TikTok App is (met name) een mobiele applicatie waarmee gebruikers korte video's kunnen maken, publiceren en delen. De applicatie biedt een scala aan functionaliteiten zoals muziek, animaties en filters. Vele beroemdheden, merken en *influencers* zijn actief op TikTok. De applicatie is mede daardoor enorm populair onder jongeren (zie ook paragraaf 3.3).
13. De TikTok App wordt aangeboden door (verschillende dochterbedrijven van) het Chinese bedrijf ByteDance Ltd. (**“ByteDance”**) dat is geregistreerd op de Kaaimaneilanden. ByteDance is een grote speler op het gebied van sociale media diensten. Zij kocht in 2018 de applicatie Musical.ly waarmee ook korte muziekvideo's konden worden gemaakt. Zij hevelde vervolgens miljoenen gebruikers van Musical.ly over naar TikTok, omdat zij één videodienst wilde aanbieden. ByteDance werd opgericht in 2012 en werd in maart 2021 gewaardeerd op 250 miljard dollar. ByteDance wordt beschouwd als één van de meeste waardevolle startups in de wereld.²

² Wikipedia <https://en.wikipedia.org/wiki/ByteDance>, geraadpleegd op 6 mei 2021.

14. De TikTok App is sinds 2017 internationaal beschikbaar en werd in korte tijd wereldwijd zeer populair. TikTok was in 2020 de meest gedownloade app wereldwijd, met naar schatting 850 miljoen nieuwe downloads. In Nederland maakten in oktober 2020 4,5 miljoen mensen gebruik van TikTok.³
15. Met de populariteit kwamen ook de problemen en kwam TikTok onder vuur te liggen omdat het slecht is gesteld met de privacy- en gegevensbescherming van gebruikers, waaronder veel kinderen. Oud-president Donald Trump liet in augustus 2020 een presidentieel decreet uitvaardigen tegen ByteDance waarin werd bevolen de activiteiten in de Verenigde Staten af te stoten. Volgens Trump zouden teveel persoonsgegevens van Amerikaanse gebruikers worden verwerkt en zouden die persoonsgegevens terecht komen bij de Chinese overheid. In september 2020 is een akkoord bereikt waarbij de Amerikaanse activiteiten van TikTok gedwongen worden verkocht en ondergebracht in een nieuw bedrijf. De verkoop heeft nog niet plaatsgevonden en volgens berichtgeving zou ByteDance met het aftreden van Trump als president niet meer bereid zijn tot verkoop over te gaan.

2.3 Poging tot overleg

16. SOMI heeft TikTok aangeschreven per brief op 8 september 2020, waarop TikTok per brief van 9 oktober 2020 in zeer algemene zin afwijzend heeft gereageerd. Per aangetekende brief van 7 mei 2021 heeft de advocaat van SOMI TikTok aangeschreven en haar gewezen op haar overtredingen van de AVG en de consumentenwetgeving en aansprakelijk gesteld voor de door haar achterban geleden schade als gevolg van die overtredingen. Hij heeft TikTok daarbij uitgenodigd om met SOMI in overleg te treden over haar bezwaren en over het vergoeden van de schade.
17. TikTok heeft per brief van 20 mei 2021 laten weten dat zij alle stellingen en claims van SOMI van de hand wijst, maar desalniettemin openstaat voor overleg. De advocaat van SOMI heeft TikTok op 21 mei 2021 een reactie gestuurd. Daarin heeft hij aangegeven dat de brief van TikTok geen aanleiding gaf om te veronderstellen dat TikTok werkelijk de intentie had om betekenisvol te overleggen. Daarbij heeft hij TikTok desalniettemin en onverplicht nogmaals de mogelijkheid geboden om in overleg te treden. Dan zou TikTok echter wel haar goede wil moeten tonen en enkele toezeggingen doen. TikTok reageerde op 25 mei 2021 dat zij die toezeggingen niet wilde doen. De advocaat van SOMI heeft vervolgens op 25 mei 2021 direct gereageerd en aangegeven dat SOMI bereid was op korte termijn een telefoongesprek te voeren om te bespreken of overleg desalniettemin zinvol zou kunnen zijn. SOMI wilde echter niet te lang wachten gezien de urgentie van de zaak. Nu TikTok niet binnen de gestelde termijn een telefonische bespreking kon plannen, heeft SOMI besloten alvast te dagvaarden. Daarbij heeft de advocaat van SOMI aan TikTok aangegeven dat SOMI onverminderd bereid blijft tot overleg. De correspondentie wordt overgelegd als **productie 2**.

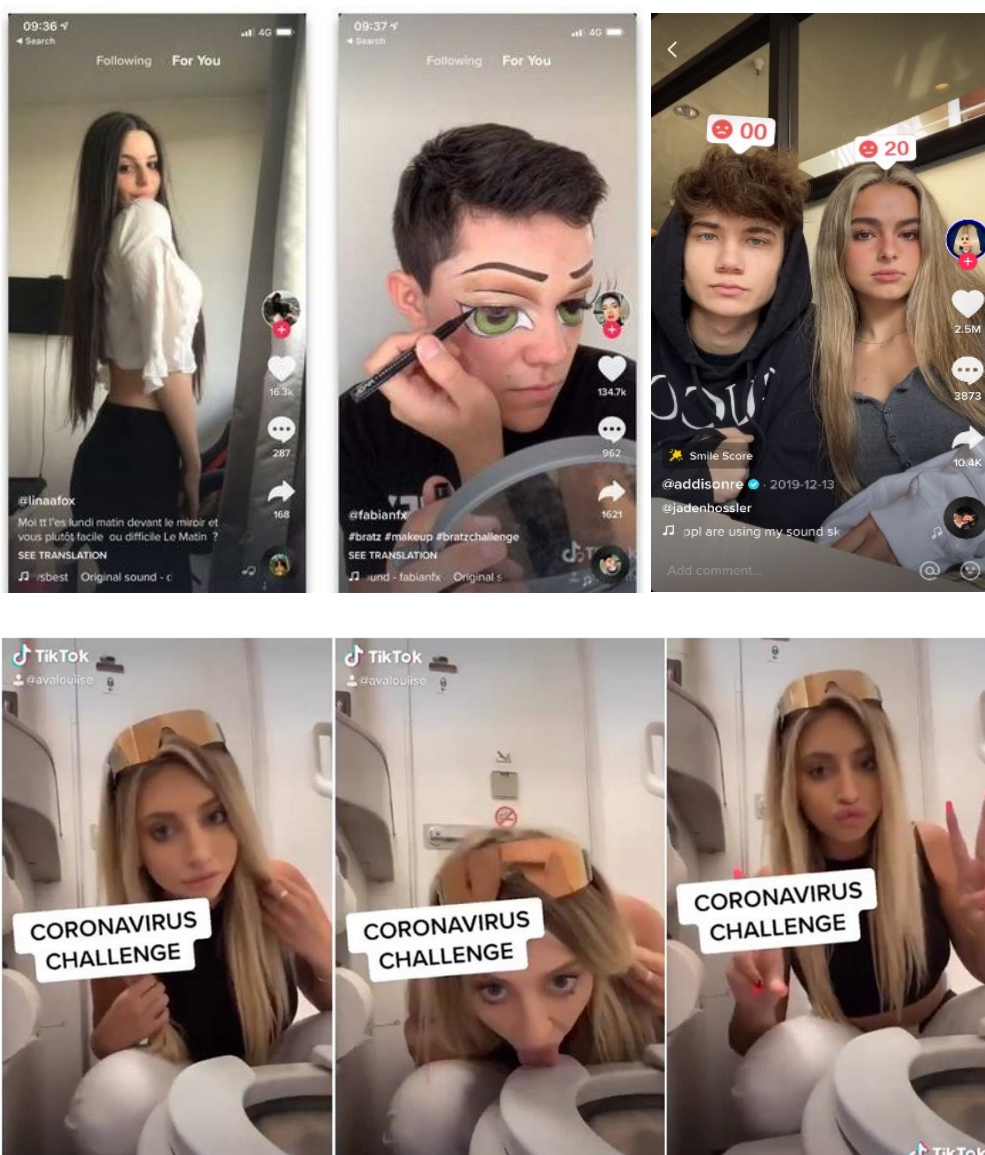
³ Wikipedia <https://nl.wikipedia.org/wiki/TikTok>, geraadpleegd op 7 mei 2020.

3 FEITEN

3.1 De TikTok App

18. De TikTok App is een sociaal medium, net zoals Facebook, Twitter, Instagram of Snapchat. Wat het onderscheidt van andere sociale media, is dat de TikTok App volledig draait om (zeer) korte video's. Gebruikers kunnen zelf korte video's maken, bewerken, er muziek onder plaatsen en vervolgens delen met anderen. Ook kunnen ze reageren op video's van andere gebruikers.
19. De TikTok App kan op verschillende manieren worden gebruikt. De meeste (jonge) gebruikers hebben de mobiele app geïnstalleerd op hun smartphone of een tablet, zoals een iPad. Voor kinderen zonder smartphone of tablet is de TikTok App ook met een computer en een browser toegankelijk via de website www.tiktok.com. Ook heeft TikTok een desktopapplicatie die kan worden geïnstalleerd op een computer of laptop. In deze dagvaarding wordt de dienst verder ook aangeduid als de "**TikTok App**". Tenzij anders vermeld, geldt hetgeen wordt gesteld ook voor de web- en desktopversie.
20. Video's die op TikTok worden gemaakt hebben een duur van 3 tot 60 seconden. In de app toont TikTok de video over het hele scherm. Bij het openen van de app is het startscherm direct een video. Deze video blijft zich herhalen totdat de gebruiker een handeling verricht in de app. Door naar beneden te scrollen gaat de gebruiker naar de volgende korte video, die direct begint met afspelen. De hoeveelheid korte video's die is te zien bij het naar beneden scrollen is eindeloos. De inhoud van de video's wordt bepaald door het algoritme van TikTok, onder andere op basis van de gebruiksgeschiedenis en persoonlijke voorkeuren van de gebruiker. Hierdoor sluit de inhoud van de video's in beginsel aan bij de specifieke gebruiker.
21. Populaire filmpjes zijn onder meer mensen die dansen, zingen of playbacken. Gebruikers kunnen kiezen uit bestaande achtergrondmuziek of een eigen geluid gebruiken. Ook grappige filmpjes (sketches, dieren die iets grappigs doen, parodieën) of filmpjes met tips over allerlei onderwerpen (make-up, school, koken, bepaalde producten) zijn populair. Ook de meer spraakmakende filmpjes zijn populair, zoals filmpjes waarin mensen persoonlijke ontboezemingen doen of iets doms, uitdagends of gevaarlijks.
22. De populaire video's zijn vaak gekoppeld aan bekende gebruikers, zogenaamde "influencers". Een influencer is iemand die, voornamelijk via de eigen aanhang op sociale media, via internet beïnvloedt waar een doelgroep geld en tijd aan besteedt. Bekende Nederlandse influencers zijn Markie Lucas (6,5 miljoen volgers), Nina Schotpoort (1,4 miljoen volgers) en Glen Fontein (1,3 miljoen volgers). Influencers worden vaak ingezet om reclame te maken voor producten door deze producten in hun video's te tonen aan hun aanhang. Deze vorm van marketing is bijzonder effectief.

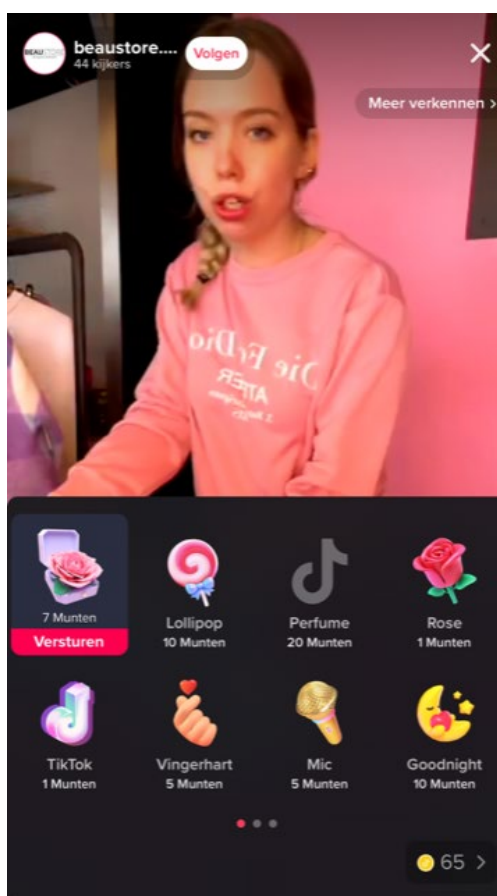
23. Aan een video op TikTok kunnen effecten en filters worden toegevoegd, zoals een slow motion of versneld effect of een “beauty filter”. Met een beauty filter kan de gebruiker bijvoorbeeld langere wimpers toevoegen of een make-up effect creëren zoals lippenstift of oogschaduw. Bij “verbeteringen” kunnen gebruikers onder meer hun tanden witter maken, hun gezicht gladder maken of zichzelf er dunner uit laten zien. Gebruikers kunnen ook andere effecten toepassen op hun gezicht, zoals cartoonfilters. Een voorbeeld hiervan is het Disneyfilter van het personage “Anna” uit de kinderanimatiefilm “Frozen”.





24. Gebruikers kunnen ook andere gebruikers “volgen” en met de "reageer"-functie kunnen gebruikers hun reactie op een video filmen. Deze reactie wordt in een klein venster geplaatst over de originele video. Gebruikers kunnen ook reageren door elkaar een “like” of “hartje” te geven of door te reageren anders het filmpje. Het aantal verzamelde volgers, likes, views en comments weerspiegelt de populariteit van de gebruiker en zijn of haar videocontent.
25. Verder heeft elke gebruiker een "Voor jou"-sectie. Dit is een overzicht van video's die worden aanbevolen aan gebruikers op basis van hun activiteit binnen de dienst. De inhoud wordt gegenereerd door TikTok's kunstmatige intelligentie, en is onder meer afhankelijk van de inhoud die een gebruiker leuk vindt, waar hij naar zoekt of hoe lang hij naar een video blijft kijken. Uit onderzoek blijkt dat gebruikers gemiddeld meer dan 52 minuten per dag spenderen aan TikTok (**productie 18**).
26. Gebruikers kunnen ervoor kiezen om video's aan hun favorieten toe te voegen of "niet geïnteresseerd" te selecteren. TikTok combineert de reeds bekeken video's en andere gegevens om een selectie van volgens haar relevante video's aan te bieden. Het algoritme is ook zo ingesteld dat gebruikers worden verleid zolang mogelijk te blijven kijken en houdt rekening met de doelen die TikTok wil bereiken, vooral voor adverteerders.
27. TikTok-gebruikers kunnen ook geld verdienen met videocontent. Veel influencers maken om die reden gebruik van de *live*-functie. Deze functie is alleen beschikbaar voor gebruikers die minimaal 1.000 volgers hebben. Met deze functie kunnen gebruikers een *live* video streamen, en kunnen ze laten zien wat ze op dat moment aan het doen zijn. Volgers van de gebruiker kunnen tijdens zo'n *live* video virtuele geschenken (“**Gifts**”) sturen die de ontvanger kan inwisselen voor geld.

28. Elke gebruiker beschikt in zijn of haar account over een digitale portemonnee, een *wallet*. In de wallet kan de gebruiker zijn virtuele valuta in de app beheren. De gebruiker kan in de app virtuele munten (“**Coins**”) aanschaffen, variërend van 65 Coins voor € 1,09 tot 6.607 Coins voor € 109,99. Nadat Coins zijn aangekocht wordt de wallet hiermee aangevuld. Uit onderzoek blijkt dat TikTok in februari 2021 meer dan 110 miljoen dollar verdiende met deze zogenaamde in-app aankopen (**productie 19**).
29. Vervolgens kan de gebruiker zijn of haar Coins uitgeven aan Gifts tijdens een *live*-sessie van een andere gebruiker. Het geven van Gifts is een functionaliteit die gebaseerd is op de in China bekende praktijk om sociale geschenken te geven. Tijdens de *live*-sessie is een overzicht van verschillende Gifts beschikbaar die de gebruiker kan geven als blijk van waardering. De Gifts zijn weergegeven in (fel)gekleurde figuurtjes met een bijpassende naam, bijvoorbeeld “Lollipop”, “Rose” of “Vingerhart”. Gifts kunnen verschillende waarden hebben, variërend van 1 Coin tot 5.000 Coins. Het overzicht vermeldt tijdens de *live*-sessie alleen hoeveel Coins een bepaalde Gift waard is, niet hoeveel euro’s. Nadat de gebruiker een Gift aanklikt, wordt deze Gift bij een volgende klik direct verstuurd. Er verschijnt geen notificatie waarin gevraagd wordt om een bevestiging van het versturen van de Gift.



30. De Gift wordt in de wallet van de ontvanger automatisch door TikTok omgezet naar “diamanten” (“**Diamonds**”). Met de Diamonds die de gebruiker ontvangt uit Gifts, kan de gebruiker zich door TikTok laten uitbetalen.
31. De wisselkoers waartegen Gifts worden omgezet naar Diamonds is niet bekend bij de gebruiker. Deze koers bepaalt TikTok zelf en kan van tijd tot tijd eenzijdig worden aangepast door TikTok. Ook de wisselkoers waartegen de ontvanger zijn Diamonds inruilt voor echt geld is niet bekend. TikTok zegt hierover dat de vergoeding is berekend op basis van verschillende factoren waaronder het aantal Diamonds dat de gebruiker heeft opgebouwd (**productie 5**).
32. Verschillende bronnen melden dat TikTok uiteindelijk minstens 50% van de waarde van de Coins zelf behoudt. Uit de mediaberichten blijkt eveneens dat jonge gebruikers door influencers vaak worden aangespoord om Gifts te geven, in ruil voor bijvoorbeeld het telefoonnummer van een bekende gebruiker, een persoonlijke boodschap of een split-screen video met de bekende gebruiker(**productie 24**).

3.2 Advertentiediensten van TikTok

33. Ten opzichte van de in-app aankopen door TikTok gebruikers, verdient zij waarschijnlijk een veelvoud daarvan vanuit advertentiediensten. Betrouwbare cijfers ontbreken echter. Met TikTok Business tracht TikTok haar zakelijke partners op een natuurlijke wijze te laten integreren in de TikTok App (**productie 12**):

“That’s why our business solutions are set up to help you slot naturally into their world. Instead of your brand story being skipped over or ignored, it can be celebrated as part of the TikTok experience.”

3.2.1 Targeting

34. Om dit te realiseren hebben zakelijke partners de mogelijkheid om gericht te targeten op specifieke doelgroepen, bijvoorbeeld op de leeftijdscategorie 13 t/m 17 jaar (**productie 10**). TikTok kan adverteerders deze mogelijkheid bieden omdat zij advertentieprofielen opstelt van haar gebruikers. Zoals TikTok aangeeft in haar Privacybeleid gebruikt zij gedrags-, gebruiks- en persoonsgegevens van gebruikers om interesses af te leiden voor het optimaliseren en personaliseren van content en advertentieaanbod (**productie 4a**).
35. Op de webpagina “Advertising on TikTok Ads Manager” is te lezen op welke kenmerken gerichte advertenties kunnen worden verstuurd (**productie 11**):

“It has never been easier to reach potential customers by precisely targeting your audience. Using TikTok Ads, you can target your audience by gender, location, age, interests, and other unique variables.”

TikTok Ads Manager supports the following targeting dimension.

Audience	Include	Create a Lookalike or Custom Audience (Customer file, Engagement, App Activity, Website Traffic).
	Exclude	Exclude Lookalike or Custom Audiences.
Demographics	Gender	Male, Female
	Age	13-17, 18-24, 25-34, 35-44, 45-54, 55+
	Location	Country/Region > State/Province
		Select a Designated Marketing Area (DMA®) when targeting the United States.
	Language	Delivery to users based on app language.
	Interest	Target users based on the videos they're interested in.

3.2.2 Advertentieformats

36. TikTok biedt adverteerders een aantal verschillende advertentieformats aan (**productie 12**):

- a) In-Feed ads: hierbij verschijnt de advertentie op de gepersonaliseerde Voor Jou-pagina van de gebruiker, waar deze volgens TikTok “naadloos” tussen de gecreëerde content van ander gebruikers verschijnt. De advertentie kan gericht worden op een specifieke doelgroep;
- b) Topview: bij Topview verschijnt de advertentie drie tot zestig seconden met geluid op het gehele beginscherm van gebruikers zodra deze de app openen;
- c) Branded Hashtag challenge: hierbij worden gebruikers aangemoedigd om deel te nemen aan een zogenaamde *challenge* van de adverteerder. De initiële advertentie van de adverteerder roept gebruikers op een bepaalde uitdaging uit te voeren en te integreren in hun eigen video's, onder verwijzing naar een (bedrijfs)specifieke hashtag (zoals #SOLV). De kracht achter de hashtag challenge is dat de gebruikers zelf fungeren als het marketingkanaal en zelf de reclamevideo's maken. Zij verspreiden hun eigen videocontent, waarin de uitdaging met de bedrijfsspecifieke hashtag is opgenomen, onder andere gebruikers. Hierdoor ontstaat een domino-effect; andere gebruikers willen de challenge ook doen en verspreiden via TikTok. Hoe meer (bekende) gebruikers meedoen aan de challenge, hoe groter het bereik en de interactie met de advertentie;
- d) Branded Effects: met Branded Effects kunnen adverteerders hun merk in 2D, 3D en in *augmented reality* aanbieden aan gebruikers. De gebruiker kan zo merkgerelateerde filters of stickers integreren in eigen videocontent en delen in de TikTok App. Ook hier dient de gebruiker zelf als marketingkanaal.

37. Bij de Branded Hashtag Challenge en de Branded Effects staat interactie met en verspreiding door de gebruiker centraal. Een voorbeeld van een Branded Hashtag Challenge in Nederland was de advertentiecampaigned van Doritos. Doritos bedacht een “Truth or Dare”-game, die bestaat uit een serie van vragen die de Google Voice Assistant stelt aan gebruikers. Bij “Truth”-vragen moet de speler de vraag naar waarheid beantwoorden en in geval van “Dare”-vragen wordt de speler uitgedaagd activiteit uit te voeren. Het spel staat in Nederland bekend als “Doen, durf of waarheid”. Doritos richtte zich op “Promoting the Doritos Truth or Dare game to a young Dutch audience.” (**productie 13**). Ter promotie van het spel ging het merk een samenwerking aan met influencer Sara Ras. Haar account “Saarbaby” heeft meer dan 150.000 volgers op TikTok. In een promotiefilmpje van 15 seconden is te zien hoe zij, gekleed in Doritos-merchandise en met een zak Doritos in haar hand, het Truth or Dare-spel van Doritos speelt (**productie 14**). Het filmpje eindigt met de volgende oproep:

“Ook spelen? Download de Google Assistant App en zeg “Truth or Dare” als je durft lol”

38. Lol is internetjargon dat staat voor “laughing out loud”. Het promotiefilmpje leidde in een dag tot 4,7 miljoen videoviews en 1 miljoen clicks. Het TikTok-account van Doritos kreeg 7.000 nieuwe volgers (**productie 13**).
39. Alle advertentiecampaigned zijn onderworpen aan TikTok’s “Ad Review Process”. Alle advertenties worden door TikTok’s “dedicated Ad Review team” gecontroleerd, voordat deze in de app verschijnen (**productie 11**).

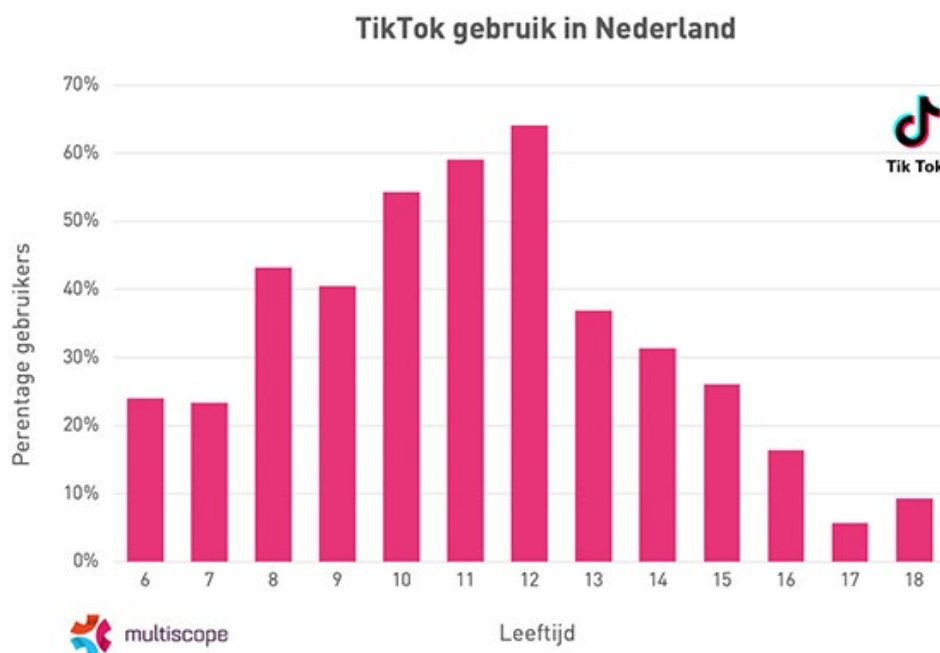
3.3 Populariteit en doelgroep

40. TikTok is vooral bij jongeren en kinderen populair. Uit de Gebruiksvoorwaarden volgt dat de TikTok App uitsluitend is bedoeld voor mensen van 13 jaar en ouder. Dit is verder op de website of in de app echter nergens te lezen. De informatie op de pagina “Over TikTok” is erg summier en vermeldt alleen de missie van TikTok.

“TikTok is de toonaangevende bestemming voor korte mobiele video's. Onze missie is om een inspiratiebron te zijn en vreugde te brengen.”

41. In het registratieproces wordt de leeftijdsgrens van 13 jaar wel gesteld (randnummer 48), maar dit is in de praktijk eenvoudig te omzeilen door een andere geboortedatum op te geven. De leeftijd wordt niet gecontroleerd.
42. Sinds de TikTok App in 2018 beschikbaar werd in Nederland, is het gebruik onder kinderen en jonge tieners stevast hoog geweest. Eind 2019 concludeerde Multiscope dat het gebruik van de TikTok App onder 12-jarigen het hoogst lag: 64% van de jongeren binnen deze leeftijdscategorie

maakte gebruik van TikTok.⁴ Ook in lagere leeftijdscategorieën ligt het gebruik hoog (**productie 20**):

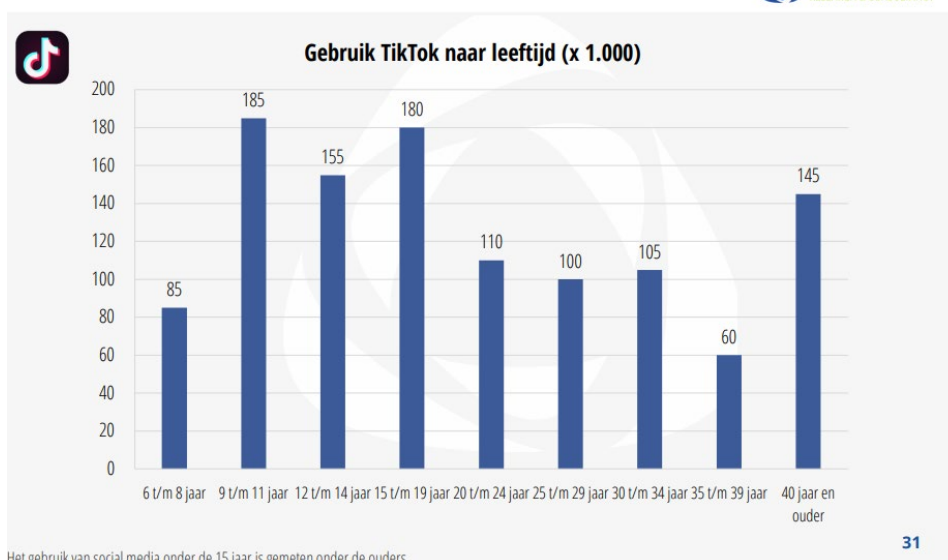


43. Uit onderzoek van Newcom van januari 2020 blijkt dat in 2019 de populariteit van de TikTok App in Nederland ook het grootst was onder kinderen en jonge tieners (**productie 21**). Onderstaande grafiek laat zien dat het aantal gebruikers in de leeftijdscategorie 9 t/m 11 jaar het hoogst ligt:⁵

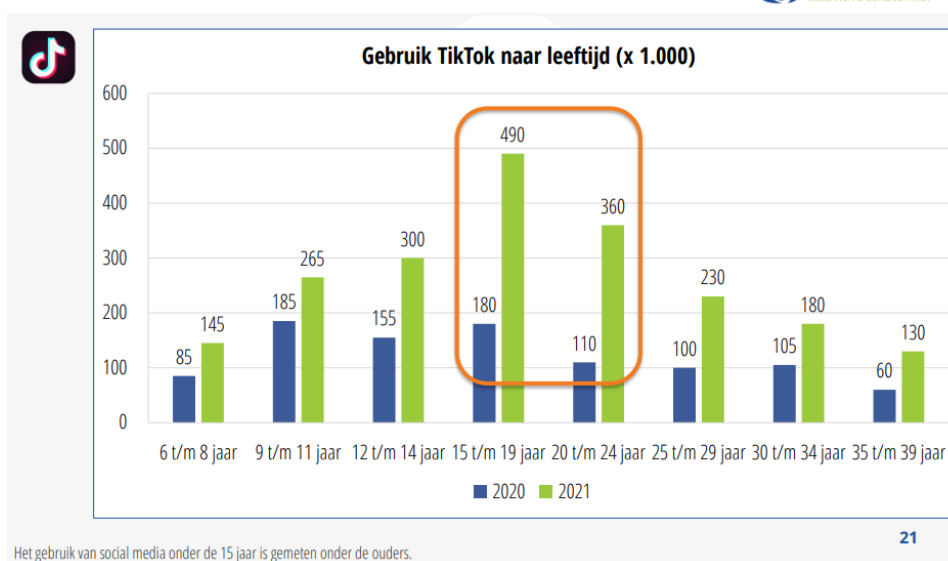
⁴ Multiscope is een markt- en opinieonderzoeksbureau, gespecialiseerd in online marktonderzoek.

⁵ Newcom Research & Consultancy B.V. is een onafhankelijk onderzoeksbureau dat zich richt op marktonderzoek onder diverse doelgroepen. Newcom voert sinds 2010 een grootschalig landelijk onderzoek uitvoert naar trends in social media.

TikTok wordt op dit moment gebruikt door 700.000 gebruikers van 15+, maar ook door 425.000 gebruikers van 6 t/m 14 jaar.



44. Uit onderzoek van Newcom van januari 2021 blijkt dat het aantal gebruikers in de leeftijdscategorie 9 t/m 11 niet meer het hoogste aantal gebruikers heeft. Wel zet de groei van het aantal gebruikers in de leeftijdscategorieën 6 t/m 8 jaar, 9 t/m 11 jaar en 12 t/m 14 jaar door. Deze leeftijdscategorieën tezamen kennen in Nederland 710.000 gebruikers (**productie 22**).



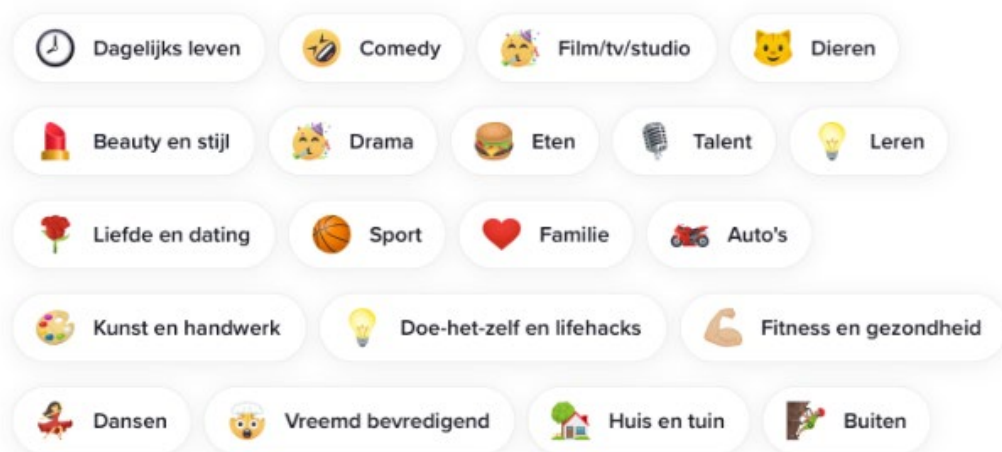
45. Volgens de New York Times zou TikTok zelf in juli 2020 een derde van haar 49 miljoen Amerikaanse gebruikers aanmerken als jonger dan 14 jaar (**productie 23**).
46. De TikTok App is dus wereldwijd enorm populair onder kinderen en jonge tieners. De leeftijdsgrens weerhoudt kinderen jonger dan 13 jaar niet om de dienst te gebruiken.

3.4 Registratie

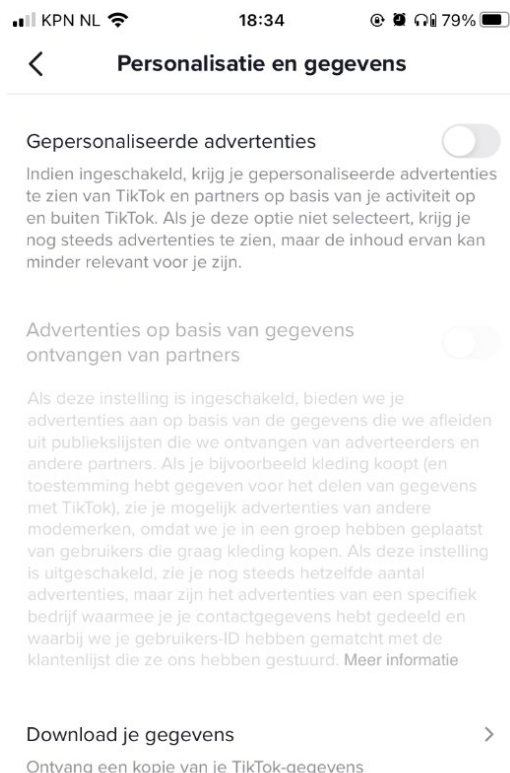
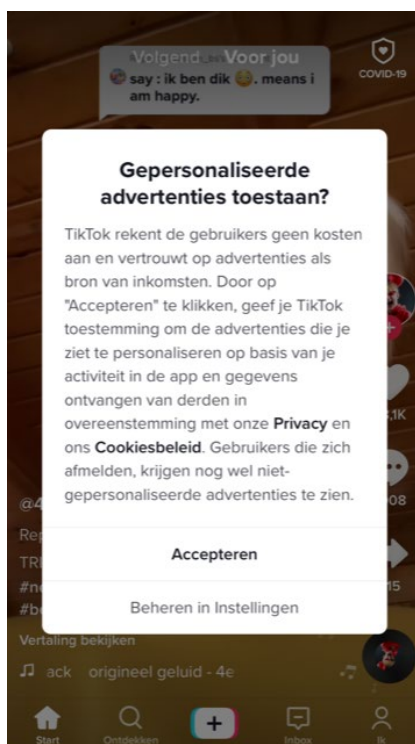
47. Bezoekers van de app en de website www.tiktok.com kunnen zonder account video's bekijken op TikTok. Daarnaast worden filmpjes vanuit TikTok ook naar andere platforms geëxporteerd en bekeken. Om te interacteren met andere gebruikers en om zelf video's te maken en delen dient de bezoeker een account aan te maken. Het registratieproces werkt als volgt.
48. Eerst dient de gebruiker zijn geboortedatum in te vullen. Gebruikers jonger dan 13 jaar mogen formeel geen account aanmaken, maar er wordt geen daadwerkelijke verificatie uitgevoerd bij het invullen van een geboortedatum. Als gebruiker is het mogelijk een willekeurige geboortedatum op te geven. Bij het opgeven van een leeftijd jonger dan 13 jaar, kan daarna nog een nieuwe poging worden gedaan, eventueel na het opschonen van de browser- en cookiegeschiedenis. Na het invullen van een geboortedatum dient een e-mailadres of telefoonnummer te worden opgegeven en akkoord te worden gegaan met de Gebruiksvoorwaarden en het Privacybeleid van TikTok. Verschillende versies van de Gebruiksvoorwaarden worden overlegd als **productie 3** en van het Privacybeleid als **productie 4**.
49. Vervolgens geeft de gebruiker een wachtwoord en gebruikersnaam op en eventuele interesses voor "betere videoaanbevelingen".

Kies je interesses

Krijg betere videoaanbevelingen



50. Afhankelijk van de ingevulde leeftijd krijgt de gebruiker een pop-up te zien over privéaccounts. Bij gebruikers die hebben ingevuld dat ze 13 tot 15 jaar oud zijn staat het account standaard op privé ingesteld. Dat betekent dat alleen door de gebruiker geautoriseerde gebruikers de content van deze gebruiker kunnen zien. De gebruiker kan dit zelf weer aanpassen in zijn account. TikTok meldt dat zij dit doet omdat privacy belangrijk is (**productie 43**). Dat het account standaard op privé staat, betekent echter niet dat TikTok geen persoonsgegevens van deze gebruikers verzameld en verwerkt of hen niet profileert. Bij gebruikers vanaf 16 jaar staat het account niet standaard op privé ingeschakeld, waardoor hun videocontent wel openbaar is voor andere gebruikers. Zij moeten de functie privéaccount zelf aanzetten als zij dat willen.
51. Na het registratieproces krijgt de gebruiker een registratiebevestiging per e-mail (**productie 16**).⁶
52. Wanneer de gebruiker vervolgens inlogt en gebruik maakt van de app, verschijnt er een pop-up waarin TikTok toestemming vraagt voor gepersonaliseerde advertenties. "Accepteren" staat in het pop-up venster dikgedrukt. Een mogelijkheid om direct af te wijzen is er niet. Daarvoor moet de gebruiker klikken op het niet dikgedrukte, grijze "Beheren in Instellingen". Pas daarna kan de gebruiker zijn instellingen zo instellen dat deze geen gepersonaliseerde advertenties ontvangt (**productie 15**):



⁶ Opmerkelijk is dat het registratieproces in het Nederlands is doorlopen, maar de bevestiging in het Zuid-Afrikaans is.

3.5 Family Pairing en privacyinstellingen

53. Na ophef en kritiek kondigde TikTok in februari 2020 een "Family Pairing"-functionaliteit aan voor ouders (**productie 44**). Ouders kunnen daarmee instellen hoe lang hun kind per dag op TikTok mag kijken en kunnen beperken met wie de kinderen privéberichten kunnen uitwisselen of deze functie helemaal uitschakelen. Ook kunnen ouders instellen wat voor soort video's hun kinderen wel of niet mogen zien. Ouders kunnen alleen gebruik maken van deze functie als zij zelf ook een TikTok account hebben en dit account gelinkt is met het account van hun kind. Het is relatief eenvoudig om Family Pairing te omzeilen door het aanmaken van een nieuw account.
54. Op 13 januari 2021 – na de eerste brief van SOMI aan TikTok d.d 8 september 2020 - heeft TikTok een aantal aanpassingen gedaan in de privacyinstellingen voor kinderen met een account voor de leeftijdscategorie 13 tot 15 jaar (**productie 43**). De aanpassingen hebben geen invloed op het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens en ook niet voor de kwalijke gevolgen van de promotie en verspreiding van schadelijke content op in de TikTok Ap. Voor kinderen met een account voor de leeftijdscategorie 13 en 15 jaar zijn de volgende instellingen aangepast:
- a) Bij registratie staat het account standaard op privé. Alleen volgers die de gebruiker accepteert kunnen dan de content van de gebruiker zien. Gebruikers kunnen deze instelling zelf aanpassen en het account openbaar maken;
 - b) Reacties voor video's worden beperkt tot "Vrienden" of "Niemand". De instelling "Iedereen" is verwijderd;
 - c) Er kunnen geen Duet- of Stitch-video's meer gemaakt worden. Een Duet maak je als reactie op een andere video, die vervolgens naast elkaar worden afgespeeld. Bij een Stitch video kun je je eigen einde toevoegen aan de video van een andere gebruiker;
 - d) Het is voor andere gebruikers niet meer mogelijk om video's van deze gebruikers te downloaden; en
 - e) De optie "Uw account voorstellen aan anderen" staat standaard uit. Dit betekent dat de video's niet meer op de persoonlijke "Voor Jou"-pagina van anderen dan de gebruiker zelf worden getoond. De gebruiker kan deze optie nog wel zelf aan zetten.
55. Voor kinderen met een account voor de leeftijdscategorie 16 of 17 jaar zijn de volgende instellingen aangepast:
- a) De Duet- en Stitch-functie staat standaard op "Vrienden" ingesteld. Deze kan wel zelf open gezet worden voor "Iedereen"; en
 - b) Het downloaden van de video's door derden staat standaard uit, maar kan wel ingeschakeld worden.

3.6 Incidenten, rechtszaken en onderzoeken wereldwijd

56. TikTok ligt steeds vaker onder vuur. De kritiek richt zich met name op de bescherming van kinderen en consumenten, schending van privacyrechten, beveiligingsincidenten en

discriminatie van gebruikers. Er zijn verschillende rechtszaken gevoerd. Ook lopen er een aantal onderzoeken door privacytoezichthouders en zijn kritische onderzoeken verschenen.

3.6.1 Incidenten

57. Op TikTok circuleren regelmatig “challenges” waarin gebruikers worden uitgedaagd om een bepaalde opdracht uit voeren. Verschillende nieuwberichten worden overlegd als **productie 25**. In 2021 hebben zich meerdere dodelijke incidenten voorgedaan bij kinderen die de “blackout challenge” uitvoerden. Bij deze uitdaging worden deelnemers uitgedaagd zich te verstikken tot ze het bewustzijn verliezen. In januari 2021 stierf een Italiaans meisje aan de gevolgen van verstikking, nadat zij bij de uitvoering van de challenge een riem om haar nek had gebonden. Het incident was in Italië aanleiding voor een tijdelijk verbod op de TikTok App voor minderjarigen. In mei 2021 werd bekend dat TikTok door de Italiaanse privacytoezichthouder is verplicht om 500.000 accounts te sluiten van Italiaanse gebruikers waarvan TikTok kon vaststellen of waarvan zij vermoedt dat deze jonger dan 13 jaar zijn. Ook een Amerikaanse jongen van 12 jaar overleed in april 2021 aan de gevolgen van het uitvoeren van de blackout challenge. De Benadryl challenge, die zich in 2020 via de TikTok App verspreidde, leidde eveneens tot verschillende ziekenhuisopnamen en de dood van een 15-jarig Amerikaans meisje na een overdosis van het antihistaminegeneesmiddel “difenhydramine”, in de Verenigde Staten beter bekend als “Benadryl”. De challenge draagt deelnemers op zichzelf te filmen terwijl ze een grote dosis van het medicijn innemen, met als doel het opwekken van hallucinaties. Andere challenges die circuleren op TikTok en die geleid hebben tot ernstige incidenten zijn de blue whale challenge en de skull breaker challenge.

3.6.2 Rechtszaken

58. In 2019 betaalde TikTok een schikkingsbedrag van 5,7 miljoen dollar aan de Amerikaanse Federal Trade Commission na beschuldigingen dat de eerdere versie van de app, Musical.ly, de Children's Online Privacy Protection Act schond. TikTok had persoonsgegevens verwerkt van kinderen jonger dan 13 jaar zonder toestemming van hun ouders en niet voldaan aan verzoeken van ouders om de gegevens te verwijderen. Ook waren verschillende gegevens van kinderen standaard als openbaar ingesteld en konden kinderen via berichten communiceren met alle andere gebruikers. In de klacht van de FTC wordt verwezen naar openbare meldingen over volwassenen die probeerden via de TikTok App contact op te nemen met kinderen. TikTok heeft naar aanleiding van de schikking met de FTC alle video's verwijderd waarvan zij kon vaststellen dat die waren geplaatst door kinderen jonger dan 13 jaar (**productie 27** en **productie 28**).
59. Eind februari 2021 schikte TikTok een collectieve zaak in de VS voor 92 miljoen dollar. TikTok werd beschuldigd van het doorverkopen van gebruikersdata van onder andere minderjarigen aan adverteerders. Voor het verzamelen van de data zou zij onder meer gebruik maken van facial recognition en algoritmen. Hierdoor kon TikTok gezichtskenmerken in gebruikersvideo's herkennen en zo ook leeftijd, geslacht en etniciteit vaststellen (**productie 29**).

60. Op 21 april 2021 kondigde voormalig kindercommissaris in het Verenigd Koninkrijk Anne Longfield een rechtszaak aan tegen TikTok voor het onrechtmatig verwerken van persoonsgegevens van kinderen. TikTok zou onder andere telefoonnummers, locatiegegevens en biometrische gegevens verwerken zonder hen hierover voldoende te informeren (**productie 30**).

3.6.3 *Onderzoeken en maatregelen door privacytoezichthouders*

61. Ook verschillende nationale privacytoezichthouders hebben afgelopen jaren onderzoek ingesteld naar de TikTok App. Zonder volledig te zijn:
- a) De Britse privacytoezichthouder “ICO” startte in februari 2019 een onderzoek. Aanleiding daarvoor was de boete die ByteDance van de FTC had ontvangen (randnummer 58) en eventuele AVG-overtredingen in dat verband;
 - b) Bij de Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens loopt sinds mei 2020 een onderzoek naar TikTok in verband met privacybescherming voor kinderen (**productie 31**);
 - c) De EDPB besloot in juni 2020 een EU-wijde taskforce op te richten om mogelijke maatregelen te coördineren en om een uitvoeriger overzicht te verkrijgen over de gegevensverwerking en praktijken van TikTok binnen de EU (**productie 32**);
 - d) In juli 2020 ontving TikTok een boete van ongeveer € 135.000 van de Zuid-Koreaanse toezichthouder omdat TikTok de gegevens van kinderen onder de 14 jaar verwerkte zonder toestemming ouders (**productie 33**); en
 - e) Op 22 januari 2021 gelastte de Italiaanse privacytoezichthouder de blokkering van het gebruik van gegevens van gebruikers van wie de leeftijd niet is vastgesteld (randnummer 57)

3.6.4 *Onderzoeken naar de beveiliging*

62. In januari 2020 ontdekte cyberonderzoeksbureau Check Point Research een beveiligingslek in de TikTok App waardoor hackers toegang konden krijgen tot gebruikersaccounts en de inhoud daarvan konden manipuleren (**productie 34**). Zo konden hackers video's verwijderen, ongeautoriseerde video's uploaden en privévideo's van de gebruiker openbaar maken. Check Point Research onthulde dat de hackers dit konden doen door gebruik te maken van de SMS-dienst van TikTok. TikTok heeft een functie waarbij gebruikers vanaf een computer een SMS naar zichzelf kunnen sturen om de app te downloaden. Hackers konden vanaf het officiële TikTok internetdomein een SMS sturen naar een willekeurig telefoonnummer. Deze zogenaamde *gespoofde* SMS-berichten konden worden verstuurd met een malafide link die hackers toegang gaf tot het TikTok-account van de gebruiker.
63. Check Point Research heeft TikTok geïnformeerd over de kwetsbaarheden en TikTok heeft de kwetsbaarheden in de nieuwe versie van de TikTok App verholpen. TikTok heeft echter niet bekendgemaakt hoeveel of welke gebruikers door deze hack zijn getroffen. Gebruikers werden uitsluitend geadviseerd om de app te updaten naar de nieuwste versie.

64. In april 2020 publiceerde onderzoeksbureau Penetrum een beveiligingsanalyse van TikTok (**productie 35**). Uit het onderzoek volgt dat 37,7% van de bekende IP-adressen die zijn gekoppeld aan TikTok ook zijn gekoppeld aan Alibaba.com, een in China gevestigd bedrijf dat in 2019 te maken kreeg met een datalek. Dit is een aanwijzing dat de privacy van de gebruikers van TikTok niet goed is gewaarborgd. Daarnaast constateerde Penetrum diverse andere beveiligingsrisico's bij TikTok, zoals het gebruik van onveilige hash algoritmes, de mogelijkheid voor aanvallers om malware te installeren en ernstige risico's in verband met webview en het onveilige gebruik van SSL/TLS, encryptie-protocollen die de communicatie tussen computers beveiligen.
65. Penetrum concludeerde voorts dat de TikTok App veel meer gegevens verwerkt dan noodzakelijk. TikTok verzamelt een scala aan gegevens voor het monitoren van gebruikers, naar eigen zeggen om de app te verbeteren en de inhoud en advertenties zo goed mogelijk aan de gebruiker aan te bieden. Zo verzamelde de TikTok App model en versie van het (mobiele) apparaat van de gebruiker, app-gegevens van eerdere installaties, geheugengegevens, GPS-locatie, SMS-logs en zelfs het IMEI-nummer van de bijbehorende telefoon. Het gebruik van het IMEI-nummer om een telefoon te identificeren is controversieel omdat het een gedetailleerde "vingerafdruk" van de telefoon betreft die kan worden gebruikt om te bepalen wat een gebruiker allemaal heeft geïnstalleerd. De buitensporige hoeveelheid tracking data in combinatie met de omstandigheid dat de data werd opgeslagen op Chinese servers van Alibaba was volgens Penetrum zeer zorgelijk (**productie 35**, p. 11).

3.6.5 *Rapporten BEUC*

66. Tot slot heeft de Europese overkoepelende consumentenorganisatie BEUC verschillende onderzoeken gedaan naar de TikTok App.
67. In het rapport "TikTok without filters" van februari 2021 concludeerde BEUC dat TikTok met name jonge gebruikers niet duidelijk informeert over welke persoonsgegevens worden verzameld, voor welk doel en om welke wettelijke reden (**productie 36**). Ook de andere juridische documenten, waaronder de Gebruiksvoorwaarden en het Virtual Items Policy werden, in het bijzonder voor jonge kinderen, onduidelijk en dubbelzinnig bevonden. Hierdoor creëert TikTok volgens BEUC een onevenwichtige relatie tussen haar en de gebruikers, in het nadeel van laatstgenoemden. BEUC concludeerde verder dat TikTok niet genoeg maatregelen trof ter bescherming van minderjarigen tegen verborgen reclame en tegen schadelijke content. Hiermee zou TikTok verschillende Europese regels van consumentenbescherming schenden.
68. In dezelfde maand verscheen ook het rapport "Confusing By Design" van BEUC. In dit rapport wordt geconcludeerd dat de TikTok App vele beginselen en bepalingen uit de AVG schendt (**productie 37**).
69. Naar aanleiding hiervan diende BEUC een klacht in bij de Europese Commissie (**productie 38**). Ook vijftien nationale consumentenorganisaties, waaronder de Consumentenbond in Nederland,

riepen – in navolging ook van SOMI - naar aanleiding van het rapport de nationale toezichthouders en de Europese Commissie op om op te treden tegen TikTok.⁷

3.7 Ugly Content Policy

70. In maart 2020 berichtte verschillende media, waaronder The Guardian, over het feit TikTok op discriminerende wijze inhoud modereert. Zo hebben TikTok-moderatoren in verschillende landen inhoud geblokkeerd die zou kunnen worden opgevat als LGBT-vriendelijk (LGBT staat voor Lesbian, Gay, Bisexual en Transgender), zoals video's van koppels van hetzelfde geslacht die elkaars hand vasthouden. Dit gebeurde ook in landen waar homoseksualiteit nooit illegaal is geweest (**productie 40, productie 41 en productie 42**). TikTok-moderatoren hebben van TikTok zelfs instructies gekregen om video's te verwijderen die zijn gemaakt door gebruikers die "lelijk, slecht of gehandicapt" zijn evenals video's waarop armoede te zien is (**productie 39**):

New rules	Reason
Abnormal body shape, chubby, have obvious beer belly, obese, or too thin (not limited to: dwarf, acromegaly)	Unlike diversified videos of which the content itself is the mainly focus, in the non-diversified content, the character himself/herself is basically the only focus of the video, therefore, if the character's appearance or the shooting environment is not good, the video will be much less attractive, not worthing to be recommended to new users.
Ugly facial looks (not limited to: disformatted face, fangs, lack of front teeth, senior people with too many wrinkles, obvious facial scars) or facial deformities (not limited to: eye disorders, crooked mouth disease and other disabilities)	
The shooting environment is shabby and dilapidated, such as, not limited to: slums, rural fields (rural beautiful natural scenery could be exempted), dilapidated housing, construction sites, etc. (For internal housing background which has no obvious slummy character, only those cases as specified should be labelled: crack on the wall, old and disreputable decorations, extremely dirty and messy)	This kind of environment is not that suitable for new users for being less fancy and appealing.
Slide show video with any kinds of picture	Not the ideal video form of our platform.

3.8 Juridische documentatie van TikTok

3.8.1 Gebruiksvoorwaarden

71. De TikTok App wordt in Nederland aangeboden onder toepasselijkheid van de Gebruiksvoorwaarden voor de Europese Economische Ruimte (**productie 3a**). Het huidige document telt 21 pagina's en bevat geen inhoudsopgave of samenvatting. Het document is ieder geval voor kinderen en jonge tieners niet te begrijpen omdat de tekst niet alleen lang maar ook

⁷ Zie www.consumentenbond.nl/acties/tiktok.

zeer juridisch is. Onder toepasselijkheid van de Gebruiksvoorwaarden verleent de gebruiker aan TikTok en andere partners en gebruikers onder andere een uitgebreide en niet meer in te trekken licentie op de zelfgegeneerde content.

72. De laatste versie dateert van juli 2020. Oudere versies van de Gebruiksvoorwaarden zijn op de TikTok App of de website niet beschikbaar. SOMI heeft via de Wayback Machine van The Internet Archive, een bekende website waarop oude versies van webpagina's gearchiveerd worden, een aantal oude versies van de gebruiksvoorwaarden gevonden. Deze worden overlegd als **productie 3**.

3.8.2 *Virtual Items Policy*

73. In de Gebruiksvoorwaarden wordt verwezen naar de toepasselijkheid van andere documenten zoals de Virtual Items Policy. Dit document is alleen in het Engels beschikbaar, niet in het Nederlands (**productie 5**). De Virtual Items Policy, gericht op gebruikers in de EU, telt 6 pagina's en is voor het laatst bijgewerkt in december 2019. De Virtual Items Policy regelt de voorwaarden die van toepassing zijn op live-sessies en bijbehorende functionaliteiten, zoals de aankoop van Coins, het geven van Gifts en de omzetting naar Diamonds (zie randnummers 27-31). Door het juridische en Engelse taalgebruik is het document in het geheel niet te begrijpen voor kinderen en jonge tieners. De bepalingen geven TikTok eenzijdige en niet-limitatieve rechten ten aanzien van de aankoop van Coins, het omwisselen van Coins naar Gifts, het omwisselen van Gifts naar Diamonds en de uitbetaling van Diamonds in geld.

3.8.3 *Privacybeleid*

74. Op de TikTok App is het Privacybeleid van TikTok van toepassing. Voor Nederlandse gebruikers geldt de versie voor inwoners in de Europese Economische Ruimte (**productie 4a**). Het document telt 13 pagina's en bevat geen inhoudsopgave. Het Privacybeleid bevat een samenvatting waarin per hoofdstuk kort wordt uitgelegd hoe TikTok omgaat met de privacy van de gebruikers. Voor kinderen tussen de 13 en 18 jaar oud is er pas sinds juli 2020, dus na aanvang van het onderzoek van SOMI, een aparte samenvatting. Deze samenvatting is alleen beschikbaar in de TikTok app en niet in de webversie van TikTok. Het Privacybeleid is sinds juli 2020 is voor het eerst in het Nederlands beschikbaar, terwijl de dienst al in 2018 in Nederland actief was.
75. De meest recente versie van het Privacybeleid is de versie van juli 2020. Het beleid is meerdere keren aangepast sinds de versie van augustus 2018, de oudst bekende versie na van toepassing worden van de AVG. TikTok heeft de vorige versies niet gepubliceerd en de wijzingen niet bijgehouden. SOMI heeft via de Wayback Machine een aantal oude versies van het Privacybeleid gevonden. Deze worden overlegd als **productie 4**.

4 DE VERTEGENWOORDIGDE GEDUPEERDEN

4.1 Primair: alle minderjarige TikTok-gebruikers in Nederland

76. SOMI komt in deze procedure primair op voor alle personen in Nederland die na 25 mei 2018 de TikTok App hebben gebruikt en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 minderjarig waren. Tezamen vormen deze personen de Nauw Omschreven Groep. De Nauw Omschreven Groep valt uiteen in drie subgroepen gebaseerd op leeftijd (zie randnummer 11). SOMI vordert hogere schadevergoedingen voor jongere kinderen:
- a) Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 nog niet de leeftijd van 13 jaar hadden bereikt ("**Nauw Omschreven Groep A**");
 - b) Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 13, 14 of 15 jaar hadden ("**Nauw Omschreven Groep B**"); en
 - c) Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 16 of 17 jaar hadden ("**Nauw Omschreven Groep C**").
77. Om hoeveel Gedupeerden het exact gaat, is niet vast te stellen. Op basis van marktonderzoek naar het gebruik van sociale media kan wel een beeld worden geschetst. SOMI zal gedetailleerdere onderzoeken nog indienen. Op basis van Newcom-onderzoeken van januari 2020 en januari 2021 golden op die momenten de volgende aantallen (**productie 21** en **productie 22**):

	Januari 2019	Januari 2020	Januari 2021
6-8 jaar	onbekend	85.000	145.000
9-11 jaar	onbekend	185.000	265.000
12-14 jaar	onbekend	155.000	300.000
15-17 jaar	onbekend	108.000 ⁸	294.000 ⁹
Totaal	onbekend	533.000	1.004.000

⁸ Het rapport vermeldt 180.000 gebruikers tussen de 15-19 jaar. SOMI is gemakshalve uitgegaan van een gelijke verdeling over de vijf verschillende leeftijden (15, 16, 17, 18 en 19): $180.000 \cdot \frac{3}{5} = 108.000$.

⁹ Het rapport vermeldt 490.000 gebruikers tussen de 15-19 jaar. SOMI is gemakshalve uitgegaan van een gelijke verdeling over de vijf verschillende leeftijden (15, 16, 17, 18 en 19): $490.000 \cdot \frac{3}{5} = 294.000$.

78. SOMI gaat er op basis van het voorgaande van uit dat er ongeveer 1 miljoen Gedupeerden zijn. Die kunnen – op basis van de aantallen zoals geschat in januari 2021 - als volgt worden verdeeld over de verschillende Nauw Omschreven Groepen:

Nauw Omschreven Groep A	510.000 ¹⁰
Nauw Omschreven Groep B	298.000 ¹¹
Nauw Omschreven Groep C	196.000 ¹²
Totaal	1.004.000

4.2 Subsidiair: de bij SOMI Aangemelde Gedupeerden

79. Subsidiair komt SOMI in deze procedure op voor de Gedupeerden die zich als deelnemer hebben aangemeld via haar website ("**Aangemelde Gedupeerden**"). Die Aangemelde Gedupeerden hebben aan SOMI de last en volmacht gegeven om namens hen deze procedure te voeren. Op het moment van dagvaarding betreft dat 17.919 Gedupeerden. De huidige deelnemersovereenkomst en volmacht worden overgelegd als **productie 51**.

5 SCHENDINGEN VAN HET RECHT DOOR TIKTOK

80. TikTok schendt op grote schaal wetgeving inzake gegevensbescherming en dwingend consumentenrecht en stelt minderjarigen, waaronder kinderen jonger dan 13 jaar, op onrechtmatige wijze bloot aan schadelijke inhoud, hetgeen in strijd is met wetgeving inzake audiovisuele mediadiensten. De niet-naleving van deze wetgeving vormt een ernstig risico voor kinderen. Omdat kinderen zich minder bewust zijn van de risico's en gevolgen die verbonden zijn aan het gebruik van het internet, aan het verstrekken van hun persoonsgegevens en aan het registreren voor diensten zoals die van TikTok, lopen zij een groter risico de controle over hun persoonsgegevens te verliezen en om onderwerp van profilering te worden. TikTok verzuimt maatregelen te nemen tegen deze risico's en kinderen effectief te beschermen.

5.1 Strijd met de AVG

5.1.1 Toepasselijkheid van de AVG

¹⁰ Het rapport vermeldt 145.000 gebruikers tussen de 6-8 jaar, 265.000 gebruikers tussen 9-11 jaar en 300.000 gebruikers tussen 12-14 jaar. SOMI is in deze laatste groep gemakshalve uitgegaan van een gelijke verdeling over de drie verschillende leeftijden (12, 13 en 14): $145.000 + 265.000 + (300.000 * 1/3) = 510.000$.

¹¹ Het rapport vermeldt 300.000 gebruikers tussen de 12-14 jaar en 490.000 gebruikers tussen de 15-17 jaar. SOMI is gemakshalve uitgegaan van een gelijke verdeling over de verschillende leeftijden (12, 13 en 14 / 15, 16, 17, 18 en 19): $(300.000 * 2/3) + (490.000 * 1/5) = 510.000$.

¹² Het rapport vermeldt 490.000 gebruikers tussen de 15-17 jaar. SOMI is gemakshalve uitgegaan van een gelijke verdeling over de verschillende leeftijden (15, 16, 17, 18 en 19): $490.000 * 2/5 = 196.000$.

81. De AVG is van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens binnen de EER (artikel 2 en 3 AVG).

5.1.1.1 Persoonsgegevens

82. Het begrip “persoonsgegevens” is gedefinieerd in artikel 4, punt 1 AVG en omvat:

“alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon („de betrokkene”); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identificator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon.”

83. Gebruik van het begrip “indirect” betekent dat het voor de kwalificatie als persoonsgegeven niet nodig is dat het betreffende gegeven het op zichzelf mogelijk maakt de betrokken persoon te identificeren.¹³ Dat de informatie gekoppeld met andere informatie tot identificatie van een natuurlijke persoon kan leiden, is voldoende. Evenmin is vereist dat alle identificerende informatie bij één en dezelfde partij berust.¹⁴ De vraag is of de verwerkingsverantwoordelijke redelijkerwijs over de middelen beschikt voor toegang tot de extra informatie om zo de betrokken persoon te kunnen identificeren. Dat zal slechts niet het geval zijn indien de identificatie van de betrokkene – gelet op de vereiste tijd, kosten en mankracht – een excessieve inspanning vergt, zodat het gevaar voor identificatie in werkelijkheid onbeduidend lijkt.¹⁵
84. Dat TikTok persoonsgegevens verwerkt van haar gebruikers is evident en wordt door haar ook erkend in haar Privacybeleid. TikTok verwerkt onder meer de volgende categorieën persoonsgegevens (**productie 4a en productie 6** hoofdstuk 1):
- a) Accountgegevens: accountnaam, geboortedatum, telefoonnummer, e-mailadres, gebruikersprofiel en profielfoto;
 - b) Gebruikerscontent: content die de gebruiker genereert en bekijkt, met inbegrip van de voorkeuren die hij instelt (zoals taalkeuze), foto's en video's die hij uploadt, likes en reacties die hij geeft en krijgt, livestreams die hij maakt en informatie over volgers;
 - c) Gedragsinformatie en voorkeursgegevens: hoe gebruik wordt gemaakt van de dienst, waaronder frequentie en duur van het gebruik, hoe de gebruiker reageert op de content die TikTok laat zien, de advertenties die hij bekijkt, de video's die hij bekijkt en de problemen die hij tegenkomt, de content die de gebruiker leuk vindt en opslaat in

¹³ HvJEU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*), r.o. 41.

¹⁴ HvJEU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*), r.o. 43.

¹⁵ HvJEU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*), r.o. 45 en 46.

“Favorieten”, de woorden die hij zoekt en de gebruikers die hij volgt en interesses van de gebruiker;

- d) Informatie van derden: informatie ontvangen van adverteerders en andere partners, waaronder advertentie-ID en of de gebruiker een advertentie heeft bekeken dan wel het product heeft gekocht;
- e) Technische gegevens: IP-adres, instance-ID's, mobiele aanbieder, tijdzone-instellingen, identificatie voor advertentiedoeleinden, de versie van de app, locatiegegevens en apparaatgegevens, waaronder het model van het apparaat, het systeem van het apparaat, het netwerktype, apparaat-ID, schermresolutie en besturingssysteem, de geluidsinstellingen en de aangesloten audioapparaten. Als de gebruiker inlogt vanaf verschillende apparaten, gebruikt TikTok profielinformatie om activiteit op verschillende apparaten te identificeren;
- f) Locatiegegevens: met behulp van het IP-adres of GPS;
- g) Informatie over vrienden: contactinformatie in het telefoonboek of de Facebook vriendenlijst, openbare Facebookinformatie en de namen en profielen van Facebookcontacten;
- h) Overige informatie: aankopen in de app, informatie verkregen door middel van enquêtes, onderzoeken, challenges en correspondentie, bewijs van identiteit en leeftijd.

85. De minderjarigen waarvoor SOMI optreedt betreffen allen personen die de TikTok App hebben gebruikt en van wie dus persoonsgegevens door TikTok zijn verwerkt. Zij kwalificeren dan ook als “betrokkenen” onder de AVG.

5.1.1.2 Verwerking

86. Bovenstaande gegevens worden door TikTok onder andere verzameld, opgeslagen, geanalyseerd, bewaard, gedeeld met derde partijen en doorgegeven aan landen buiten de EER. Al deze handelingen vallen onder het begrip “verwerken” zoals omschreven in artikel 4, punt 2 AVG. TikTok registreert bovendien persoonlijke interesses, voorkeuren en gedrag van haar gebruikers om hen te kunnen voorzien van gepersonaliseerde advertenties, hetgeen kwalificeert als “profilering” onder artikel 4, punt 4 van de AVG.

5.1.1.3 Territoriaal toepassingsgebied

87. De AVG is ook territoriaal van toepassing. Artikel 3 lid 1 AVG bepaalt dat de AVG van toepassing is op verwerkingen in het kader van activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke in de Europese Unie. In overweging 22 AVG wordt geëxpliciteerd wat onder “vestiging” wordt verstaan:

“Een vestiging veronderstelt het effectief en daadwerkelijk uitoefenen van activiteiten via bestendige verhoudingen. De rechtsvorm van dergelijke verhoudingen, of het nu gaat om

een bijkantoor of om een dochteronderneming met rechtspersoonlijkheid, is daarbij niet doorslaggevend.”

88. TikTok Technology Limited is gevestigd in EU lidstaat Ierland. Deze vestiging oefent effectief en daadwerkelijke activiteiten uit binnen de EER. Uit de Gebruiksvoorwaarden blijkt dat zij de entiteit is die de TikTok App aanbiedt binnen de EER (**productie 3a**, Gebruiksvoorwaarden, Aanhef) en uit het Privacybeleid volgt dat zij (mede)verantwoordelijk is voor de verwerking van persoonsgegevens van betrokkenen binnen de EER (**productie 4a**, Privacybeleid, artikel x). Dit is door TikTok nog expliciet bevestigd in haar brieven aan SOMI (**productie 2b en Productie 2c**).

5.1.2 Grondrechtelijke context: de rechten van het kind en artikel 7 en 8 Handvest

89. Het belang van het kind is een bijzonder en zeer zwaarwegend belang, zoals bevestigd in het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind (artikel 3) en nadien bevestigd in Verdrag nr. 192 van de Raad van Europa (artikel 6). De grondgedachte is dat een persoon die fysiek en psychisch nog niet volwassen is meer bescherming behoeft dan anderen. De rechten van het kind hebben als doel de leefomstandigheden van het kind te verbeteren en de ontwikkelingsmogelijkheden van zijn persoonlijkheid te versterken.¹⁶ Het recht op bescherming van het kind is zo fundamenteel dat het is opgenomen in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (artikel 25) en in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (artikel 24), het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (artikel 10 lid 3) en het Handvest (artikel 24).
90. Het recht op bescherming van het privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens zijn neergelegd in artikel 7 respectievelijk 8 van het Handvest. De AVG vormt een uitwerking van de grondrechtelijke context, hetgeen wordt bevestigd door overweging 1 bij de AVG. Bij de interpretatie van de AVG en de nationale implementatiewetgeving dient deze grondrechtelijke context meegenomen te worden.¹⁷ In de onderhavige zaak verzoekt SOMI om zowel te toetsen aan het grondrechtelijke kader als aan de AVG. SOMI kan zich namens minderjarigen rechtstreeks beroepen op de grondrechten uit het Handvest, omdat deze horizontale werking hebben.¹⁸
91. Afhankelijk van de aard, ernst en duur van de inbreuk kan onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens zowel in strijd zijn met artikel 7 als artikel 8 van het Handvest. Een inbreuk op artikel 8 ziet doorgaans op de verwerking van “gewone persoonsgegevens”, terwijl de verwerking van gegevens die meer verband houden met de persoonlijke levenssfeer met name zal leiden tot een inbreuk op artikel 7.¹⁹ TikTok verwerkt op grote schaal account- en gebruikersgegevens, stelt

¹⁶ Artikel 29 Werkgroep, Opinion 2/2009 on the protection of children’s personal data (General Guidelines and the special case of schools), 398/09/EN, WP 160, p. 4.

¹⁷ HvJEU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain/Costeja*), r.o. 38.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld HvJEU 8 april 1976, zaak 43/75 (*Defrenne*), HvJEU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L’Oréal/eBay*) en HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/SABAM*).

¹⁹ Conclusie A-G Cruz Villalon van 12 december 2013, zaak C-293/12, (*Digital Rights Ireland*).

profielen op en deelt persoonsgegevens op grote schaal met derden, waaronder buiten de EER, één en ander in strijd met de fundamentele beginselen van de AVG en zonder minderjarigen daarover op begrijpelijke wijze te informeren. Deze handelswijze ten opzichte van minderjarigen is te kwalificeren als een ernstige inbreuk op het recht op bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 Handvest). De inmenging raakt echter ook het privéleven van de betrokken minderjarigen en daarmee artikel 7 van het Handvest.

5.1.3 TikTok is verwerkingsverantwoordelijke

92. Met betrekking tot de in deze dagvaarding omschreven verwerkingen van persoonsgegevens van de betrokken minderjarigen moet TikTok aangemerkt worden als verwerkingsverantwoordelijke onder de AVG. Artikel 4, punt 7 AVG definieert de verwerkingsverantwoordelijke als:

“de natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt”

93. Onder de AVG heeft de verwerkingsverantwoordelijke onder meer de verantwoordingsplicht om aan te tonen dat hij voldoet aan de beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens (artikel 5 lid 2 AVG). Uit overweging 74 AVG volgt dat de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de verwerkingsverantwoordelijke moeten worden vastgesteld voor elke verwerking van persoonsgegevens die door of namens hem wordt uitgevoerd. De verwerkingsverantwoordelijke is verplicht passende en effectieve maatregelen uit te voeren en dient te kunnen aantonen dat elke verwerkingsactiviteit overeenkomstig de AVG geschiedt, ook wat betreft de doeltreffendheid van de maatregelen.
94. Volgens TikTok zelf is zij, samen met TikTok Information Technologies UK Limited, gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijke (**productie 4a** p.1):

“Waar wij in dit privacybeleid verwijzen naar “TikTok”, “wij” of “ons”, bedoelen we TikTok Technology Limited, een Iers bedrijf (“TikTok Ierland”), en TikTok Information Technologies UK Limited (“TikTok VK”), een bedrijf in het Verenigd Koninkrijk. (...)

TikTok Ierland en TikTok VK leveren het Platform en de daaraan gerelateerde diensten en verwerken samen de persoonsgegevens op de manier die wordt beschreven in dit beleid en in onze Gebruiksvoorwaarden. Voor gebruikers van het Platform in de EER en Zwitserland is TikTok Ierland de dienstverlener in overeenstemming met onze Gebruiksvoorwaarden en als je in het Verenigd Koninkrijk woont, is TikTok VK de leverancier van het Platform. TikTok Ierland en TikTok VK delen informatie als gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken van jouw gegevens waar dat nodig is om het Platform efficiënt te laten werken en in overeenstemming met de toepasselijke wetgeving.

Als je vragen of klachten hebt met betrekking tot dit beleid of als je contact op wilt nemen met de functionaris gegevensbescherming (data protection officer) van TikTok, vul dan het formulier in op <https://www.tiktok.com/legal/report/privacy> of schrijf naar het volgende adres.

Voor gebruikers in de Europese Unie, Europese Economische Ruimte en Zwitserland: TikTok Technology Limited, 10 Earlsfort Terrace, Dublin, D02 T380, Ierland.

Voor gebruikers in het Verenigd Koninkrijk: TikTok Information Technologies UK Limited, WeWork, 125 Kingsway, Londen, WC2B 6NH, Verenigd Koninkrijk.”

95. Artikel 26 AVG bepaalt dat wanneer twee of meer verwerkingsverantwoordelijken gezamenlijk de doeleinden en middelen van de verwerking bepalen, zij gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken zijn en op transparante wijze hun onderlinge verhouding ten aanzien van AVG-compliance dienen vast te leggen. Zij dienen een regeling vast te stellen waaruit blijkt welke rol zij ieder vervullen, en wat hun verhouding met de betrokkenen is. De inhoud van de regeling moet aan betrokkenen beschikbaar worden gesteld.
96. Het Privacybeleid van TikTok vermeldt geen andere verwerkingsverantwoordelijken dan TikTok en TikTok Information Technologies UK Limited. Ook maakt het Privacybeleid geen melding van hoe de onderlinge verhouding tussen de twee entiteiten is ten aanzien van de gegevensverwerking. Niet uitgesloten is echter dat ook andere (Chinese of Amerikaanse) TikTok entiteiten aangemerkt zouden moeten worden aangemerkt als (mede of gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijken ten aanzien van bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens in bijvoorbeeld China of de VS. Ook is niet uitgesloten dat TikTok en TikTok Information Technologies UK Limited wellicht een specifieke eigen rol vervullen ten aanzien van de gegevensverwerking binnen de TikTok App.
97. Gelet op de hiervoor uiteengezette feiten en de regeling in de AVG, kan echter niet anders geconcludeerd worden dan dat TikTok gezamenlijk met TikTok Information Technologies UK Limited zelf volledig verantwoordelijk zijn voor de gehele verwerking van persoonsgegevens van alle EER ingezetenen die gebruik maken van de TikTok App.
98. Artikel 26 lid 3 AVG bepaalt dat de betrokkene zijn rechten uit hoofde van de AVG met betrekking tot en jegens iedere verwerkingsverantwoordelijke kan uitoefenen, ongeacht de verdeling van verantwoordelijkheden tussen gezamenlijke verantwoordelijken. Uit artikel 82 AVG volgt bovendien dat in het geval er meerdere verwerkingsverantwoordelijken zijn betrokken bij een overtreding, zij ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor veroorzaakte schade (zie ook randnummers 336 en 337).
99. SOMI heeft er daarom voor gekozen om uitsluitend TikTok in deze procedure te betrekken. Hoe TikTok ervoor gaat zorgen dat de TikTok App zo wordt ingericht dat deze voldoet aan de AVG en

hoe de verschillende TikTok entiteiten hun onderlinge aansprakelijkheid en regres regelen, is aan de TikTok-groep om te bepalen.

5.1.4 **Geen specifieke bescherming van kinderen**

100. Eenieder die jonger is dan 18 jaar moet worden aangemerkt als “kind” in de zin van de AVG.²⁰ Kinderen hebben met betrekking tot hun persoonsgegevens recht op specifieke bescherming, aangezien zij zich minder bewust zijn van de betrokken risico's, gevolgen en waarborgen en van hun rechten in verband met de verwerking van persoonsgegevens. Dit geldt met name wanneer persoonsgegevens van kinderen worden gebruikt voor marketingdoeleinden of voor het opstellen van persoonlijkheids- of gebruikersprofielen en het verzamelen van persoonsgegevens over kinderen bij het gebruik van rechtstreeks aan kinderen verstrekte diensten:

“Kinderen hebben met betrekking tot hun persoonsgegevens recht op specifieke bescherming, aangezien zij zich allicht minder bewust zijn van de betrokken risico's, gevolgen en waarborgen en van hun rechten in verband met de verwerking van persoonsgegevens.”²¹

101. Bij het bepalen van het exacte niveau van de specifieke bescherming voor een kind, dient rekening te worden gehouden met de leeftijd van het kind.²² Jongere kinderen hebben hogere en andersoortige bescherming nodig dan oudere kinderen.
102. Meer concreet betekent het voorgaande onder andere het volgende in het kader van de beginselen neergelegd in artikel 5 AVG:²³
- a) Het beginsel van behoorlijke gegevensverwerking dient zeer strikt te worden geïnterpreteerd wanneer kinderen zijn betrokken. Verwerkingsverantwoordelijken zouden moeten handelen met het hoogste niveau van goede trouw;
 - b) Verwerkingsverantwoordelijken dienen continu en zorgvuldig aandacht te hebben voor het beginsel van dataminimalisatie in het geval kinderen zijn betrokken, nu zij verplicht zijn om steeds in het beste belang van het kind te handelen;
 - c) Wanneer verwerkingen specifiek tot kinderen gericht zijn, dient informatie en communicatie over de gegevensverwerkingen in een zodanig duidelijke en eenvoudige

²⁰ “According to the criteria in most relevant international instruments, a child is someone under the age of 18, unless he or she has acquired legal adulthood before that age.” Artikel 29 Werkgroep, *Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools)*, 398/09/EN, WP 160, p. 3.

²¹ Overweging 38 AVG.

²² Artikel 29 Werkgroep, *Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools)*, 398/09/EN, WP 160, p. 6.

²³ Artikel 29 Werkgroep, *Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools)*, 398/09/EN, WP 160, p. 7 e.v.

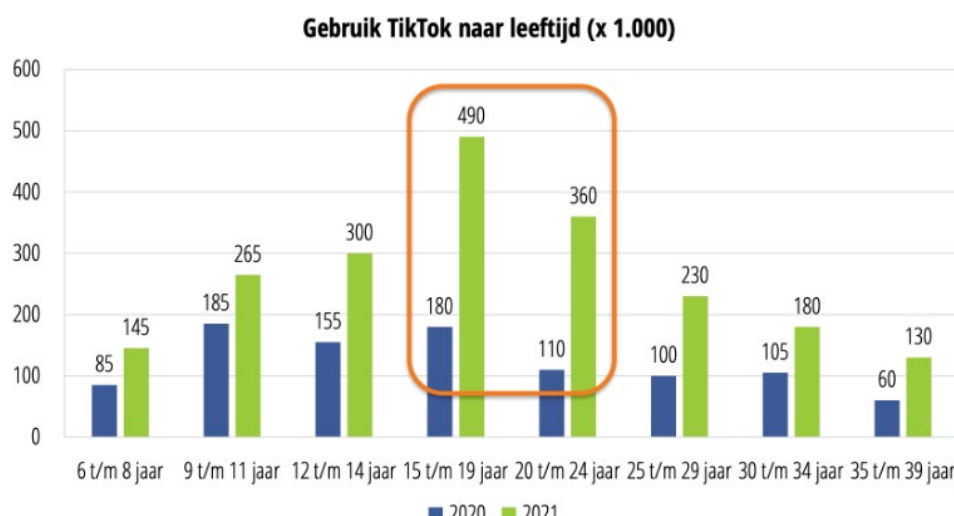
taal te zijn geteld dat deze voor een kind gemakkelijk te begrijpen is (het transparantiebeginsel);²⁴

- d) Omdat kinderen zich nog ontwikkelen, raken persoonsgegevens sneller achterhaald en irrelevant dan bij volwassenen. Verwerkingsverantwoordelijken dienen dan ook veel kortere bewaartermijnen te hanteren en continue na te gaan of persoonsgegevens aangepast of gewist moeten worden.
103. TikTok maakt met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens geen enkel onderscheid tussen kinderen en volwassenen en verzuimt specifieke bescherming te bieden aan kinderen. Het feit dat de officiële leeftijdsgrens voor het gebruik van de TikTok App 13 jaar is, terwijl TikTok ondertussen geen doeltreffend instrument heeft geïmplementeerd om de leeftijd van haar gebruikers te controleren (randnummer 40 e.v.), is in dit verband veelzeggend. De leeftijdsgrens kan in het registratieproces eenvoudig worden omzeild door simpelweg een andere geboortedatum in te vullen. TikTok neemt ook geen andere maatregelen om de dienst voor kinderen jonger dan 13 jaar ontoegankelijk te maken. In vergelijking met de functionaliteiten en advertentiediensten die TikTok heeft geïmplementeerd om geld te verdienen, kan het gebrek aan aandacht, tijd en intentie die TikTok heeft besteed aan het beschermen van minderjarigen als bijzonder nalatig worden gekwalificeerd.
104. TikTok richt zich ondertussen wel actief en opzettelijk op jonge kinderen, mede met behulp van de door haar ontworpen algoritmes. Dit blijkt onder andere uit het feit dat de muziekbibliotheek in de app een grote hoeveelheid liedjes bevat uit populaire kinderfilms en liedjes die in het bijzonder populair zijn bij jonge kinderen (**productie 45**). In de app kunnen daarnaast filters worden gebruikt van personages uit kinderanimatiefilms, zoals de bekende Disneyfilm “Frozen” (randnummer 23). Dat de TikTok App zich richt op jonge kinderen draagt TikTok bovendien actief bewust uit naar haar zakelijke relaties. De Doritos-campagne, die gericht was op “a young Dutch audience” wordt op de businesspagina van TikTok als succesverhaal genoemd en dient ter inspiratie voor andere bedrijven (randnummer 37 en **productie 13**). Daarnaast hebben adverteerders daadwerkelijk de mogelijkheid om hun advertenties te richten op minderjarigen in de leeftijdsgroep 13-17 jaar (randnummer 34 en **productie 10**). Verder zijn er meerdere onderzoeken en rechtszaken geweest naar de TikTok App en de wijze waarop de applicatie is gericht op jonge gebruikers (paragraaf 3.6).
105. Zelfs indien niet vast zou staan dat TikTok zich actief en opzettelijk richt op kinderen, is zij zich er in ieder geval terdege van bewust dat haar dienst in groten getale door jonge kinderen wordt gebruikt. Het gebruik onder die jonge groep neemt ook alleen maar toe. Dit blijkt onder andere uit de verschillende rechtszaken en handhavingstrajecten waar TikTok zelf bij betrokken is geweest. Ook is er veel berichtgeving in de media verschenen over de leeftijd van gebruikers op TikTok. Zo meldde de New York Times dat TikTok zelf een derde van haar 49 miljoen Amerikaanse

²⁴ Overweging 58 AVG.

gebruikers in juli 2020 classificeerde als jonger dan 14 jaar. De New York Times meldde dit nadat zij inzage had gekregen in interne documenten van TikTok (**productie 23**).

106. Verder blijkt uit jaarlijks onderzoek door Newcom naar het gebruik van sociale media in Nederland dat TikTok in de leeftijdscategorieën 6 t/m 8 jaar, 9 t/m 11 jaar en 12/14 jaar opgeteld 710.000 gebruikers kent in Nederland (**productie 22**)



107. Omdat TikTok's officiële standpunt echter blijft dat kinderen jonger dan 13 jaar geen gebruik maken van de TikTok App, neemt zij dus geen specifieke maatregelen om hen te beschermen. TikTok handelt daarmee evident niet in het beste belang van het kind en niet conform het hoogste niveau van goede trouw.
108. Dat TikTok verzuimt om kinderen speciale bescherming te bieden blijkt ook uit het volgende:
- a) TikTok gaat voorbij aan het feit dat ouderlijke toestemming vereist is voor verwerkingsactiviteiten op basis van artikel 6 lid 1 onder a AVG en artikel 8 AVG, zoals voor profilering. TikTok vraagt op geen enkel moment om ouderlijke toestemming en dit komt ook in het Privacybeleid niet terug (zie ook paragraaf 5.1.6.1);
 - b) Waar verwerkingsactiviteiten zijn gebaseerd op artikel 6 lid 1 onder f AVG, verzuimt TikTok om kenbaar te maken op welke wijze zij in de belangenafweging rekening houdt met de zwaarwegende belangen van kinderen. Het enige dat zij in haar Privacybeleid stelt is: *"als wij jouw gegevens verwerken voor onze gerechtvaardigde belangen, dan maken we een belangenafweging om te controleren dat het gebruik van persoonsgegevens voor ons echt nodig is om onze bedrijfsdoelstelling te behalen. Wanneer wij belangenafwegingen maken, houden we ook rekening met de privacyrechten van onze gebruikers en nemen we passende maatregelen om hun persoonsgegevens te beschermen."* (**productie 4a** p. 8). Deze algemene opmerking is ontoereikend om te kunnen voldoen aan de eis van specifieke bescherming voor kinderen;

- c) TikTok verwerkt van kinderen evenveel gegevens als van volwassenen en hanteert dezelfde algemene bewaartermijnen;
- d) De speciale samenvatting van het Privacybeleid voor kinderen is niet gemakkelijk raadpleegbaar en alleen te vinden wanneer de gebruiker daar actief naar op zoek gaat (paragraaf 3.8.3). Bovendien is deze uitsluitend in het Engels opgesteld, terwijl de TikTok App wereldwijd door honderden miljoenen kinderen wordt gebruikt die de Engelse taal niet machtig zijn;
- e) De Family Pairing-instellingen zijn niet effectief, want deze werken alleen als ouders ook een TikTok account hebben (randnummer 53). Veel kinderen, ook onder de 13 jaar, maken echter gebruik van TikTok zonder dat hun ouders een account hebben. In die zin is de “digital well-being” van kinderen illusoir. Bovendien is de eis dat ouders een account dienen aan te maken en daarmee dus ook hun persoonsgegevens aan TikTok moeten verstrekken, met het uitsluitende doel dat zij de instellingen van hun kinderen kunnen beheren, in strijd met de AVG-rechten van de ouders. TikTok verwerkt dan immers meer gegevens van de ouders dan noodzakelijk;
- f) De standaardinstellingen die TikTok heeft aangepast zijn niet afdoende (randnummers 54 en 55). Kinderen kunnen deze instellingen gemakkelijk zelf aanpassen. Zo kunnen kinderen tussen de 13 en 15 jaar het account zelf weer op openbaar zetten en kunnen kinderen tussen de 16 en 17 jaar zelf de Duet- en Stitch-functie van “Vrienden” openzetten voor “Iedereen”. Bovendien hebben deze standaardinstellingen geen enkele invloed op de grootschalige en onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens van kinderen door TikTok.

5.1.5 Ongeoorloofde profilering en geautomatiseerde besluitvorming

109. In artikel 4, punt 4 AVG wordt profilering als volgt gedefinieerd:

“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”

110. Profilering bestaat uit drie elementen: (i) een geautomatiseerde vorm van verwerking, (ii) die betrekking heeft op persoonsgegevens, (iii) met als doel het evalueren van persoonlijke aspecten van een natuurlijk persoon. De Artikel 29 Werkgroep omschrijft profilering als volgt:

“In algemene bewoordingen betekent profilering het verzamelen van informatie over een persoon (of een groep personen) en het evalueren van hun kenmerken of gedragspatronen om deze persoon of personen in een bepaalde categorie of groep te plaatsen, met name

om zijn of hun vermogen om een taak uit te voeren interesses of waarschijnlijk gedrag te analyseren of hierover voorspellingen te doen.”²⁵

111. Het HvJEU past de relevante grondrechten en de AVG strikt toe in het geval van profilering. De enkele mogelijkheid daarvan leidt al tot de conclusie dat het gaat om gevoelige informatie, waarvan de verwerking de kern raakt van de bescherming van de fundamentele rechten die artikel 7 en 8 Handvest beschermen.²⁶
112. De eigenschappen die door profilering in kaart kunnen worden gebracht, vormen gevoelige of bijzondere persoonsgegevens, bijvoorbeeld ten aanzien van etniciteit, gezondheid, politieke overtuiging of religie. De Artikel 29 Werkgroep verwijst in haar “Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering” naar een onderzoek waarin Facebook-“likes” werden gecombineerd met gegevens uit andere bronnen. De onderzoekers hadden in 88 % van de gevallen de seksuele geaardheid van mannelijke gebruikers en in 95 % van de gevallen hun etnische afkomst goed ingeschat. In 82 % van de gevallen hadden ze goed ingeschat of een gebruiker christen of moslim was.²⁷ Daarbij kan worden opgemerkt dat de technologie van destijds – vijf jaar geleden – nog in de kinderschoenen stond en inmiddels – mede door TikTok – veel verder ontwikkeld is.
113. De Artikel 29 Werkgroep bespreekt in haar richtsnoeren ook een aantal risico’s van profilering, waaronder het ondermijnen van de keuzevrijheid van de betrokkene en discriminatie:

“Het kan er ook voor zorgen dat personen in 'hokjes' worden geplaatst en zo worden vastgepind op hun veronderstelde voorkeuren. Hierdoor kan hun vrijheid om te kiezen, bijvoorbeeld bepaalde producten of diensten zoals boeken, muziek of nieuwsberichten, worden ondermijnd. In sommige gevallen kan profilering tot onjuiste voorspellingen leiden. In andere gevallen kan profilering tot weigering van dienstverlening en goederen en tot ongerechtvaardigde discriminatie leiden.”²⁸

114. Kinderen verdienen bovendien met name additionele en specifiek bescherming wanneer sprake is van gegevensverwerkingen voor marketingdoeleinden en voor profilering:

“Die specifieke bescherming moet met name gelden voor het gebruik van persoonsgegevens van kinderen voor marketingdoeleinden of voor het opstellen van

²⁵ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 8.

²⁶ HvJEU 21 december 2016, gevoegde zaken C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2*).

²⁷ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 18.

²⁸ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 6.

persoonlijheids- of gebruikersprofielen en het verzamelen van persoonsgegevens over kinderen bij het gebruik van rechtstreeks aan kinderen verstrekte diensten.”²⁹

115. Kinderen zijn in het bijzonder kwetsbaar in de onlineomgeving en eenvoudiger te beïnvloeden met op surfgedrag afgestemde reclame. Bijvoorbeeld bij online spellen kan profilering worden gebruikt om reclame te richten aan spelers die volgens het algoritme eerder geneigd zijn geld aan het spel uit te geven en om dus meer gepersonaliseerde reclame te tonen. Vanwege hun leeftijd en onvolwassenheid begrijpen kinderen mogelijk niet goed wat de redenen voor dit soort marketing zijn en welke gevolgen dit voor hen kan hebben. Een EU-onderzoek naar het effect van marketing via sociale media, onlinespellen en mobiele apps op het gedrag van kinderen heeft aangetoond dat marketingpraktijken duidelijke effecten hebben op het gedrag van kinderen.³⁰ Aangezien kinderen een kwetsbare groep vormen, moeten organisaties in het algemeen zelfs geheel afzien van profilering van kinderen voor marketingdoeleinden.³¹ De Artikel 29 Werkgroep benadrukte dit reeds in een advies over apps op slimme apparaten.³²
116. TikTok gebruikt gegevens van gebruikers om interesses af te leiden voor het optimaliseren en personaliseren van content en advertentieaanbod (**productie 4a** p. 6 en 7).

“Wij leiden jouw interesses, geslacht en leeftijd af om content te kunnen personaliseren. Wij leiden de interesses van onze gebruikers ook af om advertenties beter te kunnen [33] op ons Platform. Als je hiervoor toestemming hebt gegeven, zullen wij deze informatie gebruiken om jou gepersonaliseerde advertenties te sturen. (...)

In overeenstemming met ons contract met jou en om dat contract uit te kunnen voeren, zullen we jouw informatie gebruiken om: (...)

- *de content die je ontvangt te personaliseren en je content op maat te leveren die voor jou interessant kan zijn; (...)*

²⁹ Overweging 38 AVG.

³⁰ *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behavior*, Europese Commissie: maart 2016, te raadplegen via https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/online_marketing_children_final_report_en.pdf.

³¹ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL, WP251rev.01, p. 35.

³² Artikel 29 Werkgroep, *Advies 02/2013 over apps op intelligente apparaten*, 00461/13/NL, WP 202, p. 25.

³³ In het Nederlandse privacybeleid van TikTok lijkt hier een woord te ontbreken. Aannemelijk is dat na het woord “kunnen” het woord “optimaliseren” had moeten staan. In de Engelse versie is dit deel als volgt geformuleerd: “We infer your interests, gender and age for the purpose of personalising content. We also infer the interests of our users to better optimise advertising across our Platform. If you have consented, we will use this information for the purpose of serving personalised advertising.”

In overeenstemming met onze gerechtvaardigde belangen om een goed werkend en dynamisch Platform te bieden, kunnen wij jouw informatie gebruiken om: (...)

- *ervoor te zorgen dat de content op de voor jou en je apparaat meest effectieve manier gepresenteerd wordt; (...)*
- *populaire onderwerpen, hashtags en campagnes op het Platform te promoten; (...)*
- *jouw interesses af te leiden voor het optimaliseren van ons advertentieaanbod, dat, als je toestemming hebt gegeven voor gepersonaliseerde advertenties, gebaseerd kan zijn op de informatie die onze advertentiepartners aan ons geven; [...]*
- *onze algoritmen te informeren zodat we jou de meest relevante content kunnen leveren en om misdaad en misbruik van het Platform te voorkomen (...)*
- *Als je toestemming hebt gegeven voor gepersonaliseerde advertenties, zullen wij jouw informatie, bijvoorbeeld jouw mobiele advertentie-ID, voor zover deze door adverteerders en andere partners aan ons geleverd is, koppelen aan jouw TikTok-profiel om jou advertenties te sturen. Wij kunnen je ook advertenties sturen op basis van de informatie die we hebben afgeleid uit de gegevens die deze partners ons leveren. (...)"*

117. TikTok maakt gebruik van persoonsgegevens om de gebruiker met behulp van algoritmen in een bepaalde categorie te plaatsen, dit om onder andere de persoonlijke voorkeuren en het gedrag en de interesses van deze gebruiker te analyseren en te voorspellen. Bovendien worden door TikTok blijkens de bewoordingen achter het vijfde gedachtestreepje hierboven zelflerende algoritmes gebruikt en worden persoonsgegevens van de gebruikers van TikTok gebruikt om de algoritmes van TikTok verder te trainen.
118. Op welke wijze interesses worden afgeleid is niet expliciet beschreven in het Privacybeleid, maar het ligt voor de hand dat TikTok deze interesses baseert op 'Gebruikerscontent en gedragsinformatie', hetgeen volgens het Privacybeleid een breed scala van informatie omvat (**productie 4a** hoofdstuk 1):

"Wij verwerken de content die je genereert en bekijkt op het Platform, met inbegrip van de voorkeuren die je instelt (zoals jouw taalkeuze), foto's en video's die je uploadt, reacties die je geeft en livestreams die je maakt ("Gebruikerscontent"). Wij verzamelen informatie door middel van onderzoeken, challenges en competities waaraan je meedoet. Wij verzamelen ook informatie over hoe je het Platform gebruikt, bijvoorbeeld hoe je gebruik maakt van het Platform, met inbegrip van hoe vaak je het Platform gebruikt en hoe je reageert op de content die we jou laten zien, de advertenties die je bekijkt, de video's die

je bekijkt en de problemen die je tegenkomt, de content die je leuk vindt, de content die je opslaat in “Favorieten”, de woorden die je zoekt en de gebruikers die je volgt. (...)

Wij verwerken ook informatie over jouw volgers, de likes die je krijgt en reacties op de content die je uploadt om jouw “Voor jou”-feed te kunnen personaliseren, jouw content bij andere gebruikers te promoten en om te ontdekken of jouw profiel mogelijkheden biedt voor samenwerking.”

119. Daarnaast gebruikt TikTok persoonsgegevens die zij ontvangt van adverteerders en andere partners, waarvan onduidelijk is om wat voor gegevens het gaat, om deze aan het TikTok-profiel te koppelen en op basis daarvan gepersonaliseerde advertenties te sturen.
120. Door middel van de structurele en geautomatiseerde registratie en analyse van zowel de gegevens die TikTok verzamelt, al dan niet in combinatie met gegevens, welke dat ook moge zijn, die zij van derden verkrijgt, kan relatief eenvoudig een nauwkeurig beeld van de interesses en voorkeuren van de betreffende persoon worden gevormd. Dergelijke gegevensverwerkingen zijn aan te merken als profilering in de zin van artikel 4, punt 4 AVG. TikTok maakt in dat kader, blijkens haar Privacybeleid, geen onderscheid tussen profielen van kinderen en volwassenen wat betreft de indringendheid en omvang van het profiel. Bovendien is het zelfs mogelijk gevoelige voorkeuren en eigenschappen van kinderen af te leiden uit de profilering. Zo kunnen verbanden worden ontdekt die een aanwijzing geven over iemands gezondheid, politieke overtuigingen, geloofsovertuigingen of seksuele geaardheid (randnummer 112).
121. Wanneer TikTok ervoor kiest om kinderen onderwerp te maken van profilering voor marketingdoeleinden, moet TikTok – vooraf – aanvullende maatregelen nemen om hen te beschermen. Zo zou TikTok een gedragscode kunnen opstellen of zich daarbij kunnen aansluiten. TikTok maakt echter in het geheel geen onderscheid tussen profilering bij volwassenen en bij kinderen, laat staan dat TikTok adequate aanvullende maatregelen heeft genomen om kinderen te beschermen.

5.1.5.1 *Strijd met artikel 22 AVG*

122. “Uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming” is het nemen van besluiten met technologische middelen en zonder menselijke tussenkomst. Geautomatiseerde besluiten kunnen met of zonder profilering worden genomen en profilering kan plaatsvinden zonder dat geautomatiseerde besluiten worden genomen. Profilering en geautomatiseerde besluitvorming zijn echter niet noodzakelijkerwijs gescheiden activiteiten. Iets wat begint als een eenvoudig geautomatiseerd

besluitvormingsproces, kan zich ontwikkelen tot automatische besluitvorming op basis van profilering, afhankelijk van hoe de gegevens worden gebruikt.³⁴

123. Artikel 22 AVG bevat een verbod om besluiten te nemen die uitsluitend zijn gebaseerd op een geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, waaronder profilering, als die besluiten rechtsgevolgen hebben of de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treffen.³⁵ Een rechtsgevolg houdt in dat het besluit, dat uitsluitend op automatische verwerking is gebaseerd, van invloed is op iemands wettelijke rechten. Gegevensverwerking treft iemand volgens de Richtsnoeren “in aanmerkelijke mate” wanneer de effecten van de verwerking groot of belangrijk genoeg zijn om aandacht te verdienen. Het besluit moet het potentieel hebben om de omstandigheden, het gedrag of de keuzen van de betrokken personen in aanmerkelijke mate te treffen; een langdurig of blijvend effect op de betrokkene te hebben; of in het uiterste geval, tot uitsluiting of discriminatie van personen te leiden.
124. In haar Richtsnoeren merkt de Artikel 29 Werkgroep expliciet op dat online reclame, wanneer gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde instrumenten, de betrokkene in aanmerkelijke mate kan treffen en daarmee onder het verbod kan vallen. Daarbij worden enkele factoren benoemd die relevant kunnen zijn:
 - a) Het indringende karakter van het profileringsproces, zoals opsporing via verschillende websites, apparaten en diensten;
 - b) De verwachtingen en wensen van de betrokken personen;
 - c) De manier waarop de advertentie wordt gepresenteerd; en
 - d) Het gebruik van kennis over de kwetsbaarheden van de benaderde betrokkenen.³⁶
125. Zoals hierboven uiteengezet (randnummer 120), bouwt TikTok door middel van structurele en geautomatiseerde registratie en analyse van de gegevens die TikTok verzamelt, al dan niet in combinatie met gegevens, welke dat ook moge zijn, die zij van derden verkrijgt, nauwkeurige profielen op van haar gebruikers, waaronder van kinderen.
126. Kinderen hebben vaak geen of weinig besef van de hoeveelheid gegevens en de gevoeligheid daarvan waartoe TikTok toegang heeft, of van de mate waarin TikTok kinderen profileert voor

³⁴ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL, WP251rev.01, p. 9.

³⁵ Hoewel de tekst van artikel 22 lid 1 is geformuleerd als recht is het in wezen een verbod: “Het woord “recht” in deze bepaling betekent niet dat artikel 22, lid 1, alleen van toepassing is wanneer de betrokkene er specifiek een beroep op doet. Artikel 22, lid 1, voorziet in een algemeen verbod op uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde besluitvorming. Dit verbod is van toepassing, ongeacht of de betrokkene wel of niet actie onderneemt met betrekking tot de verwerking van zijn persoonsgegevens.”, zie Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 23.

³⁶ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 26.

reclamedoeleinden. TikTok lijkt zich ook niks aan te trekken van het mogelijk beperkte begripsvermogen en de beperkte aandacht die een kind zal besteden aan informatie over gegevensverwerking, temeer wanneer deze informatie bestaat uit lange, onbegrijpelijke teksten (randnummer 269). Met name kinderen zijn zich niet bewust van de grootschaligheid en mate van detail van profilering. Door het gedetailleerde en omvangrijke profiel kan een kind juist heel gericht worden getarget. Daarmee kunnen de meest relevante advertenties worden getoond, waarbij dus direct wordt ingespeeld op de kwetsbare en beïnvloedbare positie van kinderen. Vanwege hun algemene kwetsbaarheid, en gelet op het feit dat persoonsgegevens op eerlijke en rechtmatige wijze moeten worden verwerkt, moet TikTok al in de ontwerpfase van het proces van de verwerking van de gegevens van kinderen de beginselen van minimale gegevensinzameling en beperking van verwerkingsdoeleinden nog strikter toepassen.³⁷

127. Daar komt bij dat kinderen zich tijdens het gebruik van de TikTok App niet altijd zullen realiseren dat ze naar een advertentie kijken. Met name niet bij de hierboven besproken In-Feed ads, waarbij de advertentie wordt getoond op de gepersonaliseerde “For You” pagina van de gebruiker (randnummer 36), waar deze volgens TikTok “naadloos” tussen de gecreëerde content van andere gebruikers verschijnt. Hetzelfde is het geval bij TopView, waarbij de advertentie voor drie tot zestig seconden op het gehele beginscherm van iedere gebruiker verschijnt zodra deze de app opent. Nog sterker geldt het voor de Branded Effects, waarbij reclame wordt gemaakt door andere TikTok gebruikers, wellicht zelfs door idolen of vrienden van de betrokkene. Gebruikers die zich daar minder van bewust zijn, met name onoplettende, beïnvloedbare kinderen, zullen dan, door de wijze waarop de advertentie gepresenteerd wordt, in de veronderstelling zijn dat ze te maken hebben met een “gewone” TikTok video, terwijl het in feite om een advertentie gaat.
128. Al met al vormt deze profileringsactiviteit, die ten grondslag ligt aan een geautomatiseerd besluit, een aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van met name kinderen die gebruik maken van de TikTok App en een schending van artikel 22 AVG.

5.1.5.2 Uitzonderingen niet van toepassing

129. Hoewel op het verbod op geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, drie uitzonderingen worden gemaakt in artikel 22 lid 2 AVG, is geen van deze uitzonderingen van toepassing in deze zaak. Daarbij wordt opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak van het HvJEU uitzonderingen op de AVG strikt moeten worden uitgelegd.³⁸

³⁷ Vgl. Artikel 29 Werkgroep, *Advies 02/2013 over apps op intelligente apparaten*, WP202, p. 25.

³⁸ HvJEU 14 februari 2019, C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122, (*Buivids*), r.o. 41 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

130. Ten eerste neemt de AVG als uitgangspunt dat geautomatiseerde besluitvorming in het geheel niet mag worden toegepast op kinderen, ongeacht toepasselijkheid van de uitzonderingen op het verbod, zo bevestigt overweging 71 AVG:

“Besluitvorming op basis van een dergelijke verwerking, met inbegrip van profilering, dient echter wel mogelijk te zijn wanneer deze uitdrukkelijk is toegestaan bij Unierecht of Lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is, 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, of noodzakelijk voor de sluiting of uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke, of wanneer de betrokkene zijn uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven. In ieder geval moeten voor dergelijke verwerking passende waarborgen worden geboden, waaronder specifieke informatie aan de betrokkene en het recht op menselijke tussenkomst, om zijn standpunt kenbaar te maken, om uitleg over de na een dergelijke beoordeling genomen besluit te krijgen en om het besluit aan te vechten. Een dergelijke maatregel mag geen betrekking hebben op een kind.”³⁹ (onderstreping advocaat)

131. Ten tweede zijn de uitzonderingen niet van toepassing:
- a) De eerste uitzondering geldt wanneer profilering noodzakelijk is om een overeenkomst aan te gaan of uit te voeren. TikTok kan hier slechts een beroep op doen voor zover geoordeeld zou worden dat personaliseren van advertenties onderdeel is van de dienstverlening die door minderjarigen wordt afgenomen. SOMI bestrijdt dat dit het geval is;
 - b) De tweede uitzondering geldt wanneer geautomatiseerde besluitvorming en profilering uitdrukkelijk is toegestaan bij Unierecht of lidstatelijk recht. Daarvan is geen sprake;
 - c) De derde uitzondering betreft de situatie waarin de betrokkene uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven voor geautomatiseerde besluitvorming en profilering. Zoals hierna toegelicht zal worden, is geen sprake van geldige toestemming, laat staan van uitdrukkelijke en specifieke toestemming voor geautomatiseerde besluitvorming en profilering (paragraaf 5.1.6).
132. Voor zover de uitzonderingen al van toepassing zouden kunnen zijn, kan daarvan slechts gebruik worden gemaakt indien de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen heeft genomen ter bescherming van de betrokkene. In elk geval moet specifieke informatie over de verwerking

³⁹ Overweging 71 AVG.

worden verstrekt en moet de mogelijkheid worden geboden van menselijke tussenkomst. Aan geen van deze beide vereisten voldoet TikTok.

133. Vanwege de indringende mate van profilering die TikTok toepast, worden daarbij bovendien inherent bijzondere persoonsgegevens verwerkt (zie randnummer 112). Ook indien een beroep op één van de uitzonderingen zou slagen, geldt daarom dat geautomatiseerde besluitvorming niet is toegestaan tenzij sprake is van uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene (artikel 9 lid 2 sub a AVG) of van een zwaarwegend algemeen belang (artikel 9 lid 2 sub g AVG). Ook aan deze voorwaarden wordt in deze zaak niet voldaan.

5.1.6 *Strijd met artikel 6 AVG: geen geldige toestemming*

134. Om persoonsgegevens te mogen verwerken, is één van de wettelijke gronden vereist die in artikel 6 AVG worden genoemd: ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene; noodzaak van de verwerking voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is; bescherming van vitale belangen van de betrokkene; naleving van een wettelijke verplichting; uitvoering van een taak van algemeen belang of in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag of de behartiging van een gerechtvaardigd (bedrijfs)belang.
135. TikTok doet in haar Privacybeleid een beroep op alle zes genoemde gronden (zie ook randnummer 204). Voor zover zij een beroep doet op de grondslag toestemming van artikel 6 lid 1 sub a AVG en voor zover haar voor de betreffende verwerkingen geen beroep toekomt op andere grondslagen, geldt dat zij geen geldige toestemming verkrijgt.
136. Toestemming van de betrokkene is altijd een kernelement geweest in het gegevensbeschermingsrecht. Het begrip “toestemming” wordt van oudsher gekoppeld aan de idee dat de betrokkene controle moet kunnen uitoefenen op de wijze waarop zijn persoonsgegevens worden gebruikt. Het uitoefenen van controle door het al dan niet verlenen van toestemming, is uit het oogpunt van fundamentele rechten een belangrijk uitgangspunt. Daarom wordt de beslissing om in te stemmen met een gegevensverwerking aan strenge eisen onderworpen, vooral omdat door instemming te verlenen wellicht afstand wordt gedaan van een fundamenteel recht.⁴⁰

5.1.6.1 *Geen ouderlijke toestemming*

137. Op basis van artikel 8 AVG geldt dat kinderen jonger dan 16 jaar toestemming van hun ouders moeten hebben om op het aanbod van diensten van de informatiemaatschappij in te gaan. De UAVG volgt deze leeftijdsgrens van 16 jaar. De redenen voor deze specifieke bescherming zijn gerelateerd aan de kwetsbare positie van kinderen (paragraaf 5.1.4 en overweging 38 AVG).

⁴⁰ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 10.

138. Artikel 8 AVG is slechts van toepassing als sprake is van “een rechtstreeks aanbod van diensten van de informatiemaatschappij aan een kind”. Op grond van artikel 5 lid 1 UAVG geldt deze leeftijdsgrens in Nederland echter ook als artikel 8 AVG niet van toepassing is. Verwerkingsverantwoordelijken die hun gegevensverwerking op toestemming baseren hebben dus, ongeacht de aard de dienst, toestemming van de ouders nodig indien de betrokkene jonger is dan 16 jaar.

139. Verwerkingsverantwoordelijken moeten zich ervoor inspannen om zich ervan te vergewissen dat de gebruiker de leeftijd voor toestemming heeft bereikt dan wel, indien dat niet zo is, of de persoon die namens het kind toestemming verleent, daadwerkelijk de ouderlijke verantwoordelijkheid heeft:

“Als de gebruikers verklaren dat zij de leeftijd voor digitale toestemming hebben bereikt, kan de verwerkingsverantwoordelijke passende controles uitvoeren om na te gaan of dat waar is. Hoewel niet expliciet in de AVG staat dat redelijke inspanningen moet worden geleverd om de leeftijd te verifiëren, is dat wel impliciet vereist, omdat de verwerking van gegevens onrechtmatig is als deze berust op toestemming die is verleend door een kind dat niet oud genoeg is om zelfstandig geldige toestemming te geven.

Als de gebruiker verklaart dat hij de leeftijd voor digitale toestemming nog niet heeft bereikt, kan de verwerkingsverantwoordelijke deze verklaring zonder verdere controles accepteren, maar moet hij vervolgens ouderlijke toestemming verkrijgen en controleren of de persoon die deze toestemming verleent de ouderlijke verantwoordelijkheid heeft.”⁴¹

140. Wanneer een verwerking berust op toestemming, moet de verwerkingsverantwoordelijke bovendien kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven (artikel 7 lid 1 AVG en overweging 42 AVG). Zij moet er met andere woorden voor zorgen dat de toestemming verifieerbaar is.⁴²

141. TikTok vraagt op geen enkel moment om ouderlijke toestemming terwijl dit voor gebruikers onder de 16 jaar wel verplicht is. Dit punt komt ook niet terug in het Privacybeleid van TikTok. Omdat TikTok de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van gepersonaliseerde advertenties (profilering en geautomatiseerde besluitvorming) baseert op toestemming (randnummer 135 en **productie 4a**), maar ten aanzien van kinderen onder de 16 jaar nalaat ouderlijke toestemming te verkrijgen en te controleren, is deze verwerking van persoonsgegevens door TikTok onrechtmatig.

5.1.6.2 Geen geldige toestemming

⁴¹ EDPB, *Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 31.

⁴² Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 25.

142. Voor zover ouderlijke toestemming niet zou zijn vereist, of TikTok ouderlijke toestemming zou hebben verkregen, geldt dat geen sprake is van geldige toestemming als bedoeld in artikel 4, punt 4 AVG. Dit geldt ook ten aanzien van kinderen van zestien en zeventien jaar. Artikel 4, punt 11 AVG definieert toestemming als:

“elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem of haar betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt.”⁴³

143. Van rechtsgeldige toestemming is daarom pas sprake wanneer deze (i) vrijelijk gegeven, (ii) specifiek, (iii) geïnformeerd en (iv) ondubbelzinnig is. Waar TikTok zich beroept op toestemming als grond voor het aanbieden van gepersonaliseerde advertenties, voldoet TikTok niet aan deze vereisten.

Sub (i) Geen vrije toestemming

144. Het element “vrij” impliceert werkelijke keuze en controle voor de betrokkenen. Er mag geen sprake zijn van bedrog, intimidatie of dwang, zoals zogenaamde *nudging* of andere vormen van manipulatie. Indien toestemming is opgenomen als een niet-onderhandelbaar onderdeel van de voorwaarden, wordt deze verondersteld niet vrijelijk te zijn verleend. Ook wordt toestemming niet geacht vrijelijk te zijn verleend, indien de betrokkene zijn toestemming niet zonder nadelige gevolgen (zoals extra kosten) kan weigeren of intrekken.⁴⁴ De verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen aantonen dat de betrokkene een vrije of echte keuze had om al dan niet toestemming te verlenen.⁴⁵
145. Om ervoor te zorgen dat toestemming vrijelijk wordt verleend, mag toestemming ook geen rechtsgrond zijn voor de verwerking van persoonsgegevens wanneer sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke en dit het onwaarschijnlijk maakt dat de toestemming in alle omstandigheden van die specifieke situatie vrijelijk is verleend.⁴⁶
146. TikTok begint de toestemmingsvraag voor gepersonaliseerde advertenties met de volgende zin (**productie 15**):

⁴³ Het basisconcept van toestemming is vergelijkbaar met dat van Richtlijn 95/46/EU.

⁴⁴ Overwegingen 42 en 43 AVG en Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 12 en EDPB, *Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 10.

⁴⁵ EDPB, *Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 14.

⁴⁶ Overweging 43 AVG.

“TikTok rekent de gebruikers geen kosten aan en vertrouwt op advertenties als bron van inkomsten”

“Door op ‘Accepteren’ te klikken, geef je TikTok toestemming om de advertenties die je ziet te personaliseren op basis van je activiteit in de app en gegevens ontvangen van derden (...).”

147. Met name kinderen, van welke leeftijd dan ook, zullen deze formulering zo opvatten dat de TikTok App alleen gratis is als zij toestemming geven voor gepersonaliseerde advertenties op basis van profilering. Daarbij speelt een rol dat TikTok verzwijgt dat haar bedrijfsmodel volledig gebaseerd is op het exploiteren van persoonsgegevens als basis van gepersonaliseerde advertenties. In dat kader speelt ook de wanverhouding tussen TikTok als techgigant enerzijds en kinderen anderzijds tevens een rol. Gezien het belang en de sociale druk die kinderen ervaren voor deelname aan sociale netwerken als TikTok, zullen zij eerder met de ontvangst van advertenties instemmen om niet van sociale interacties te worden uitgesloten. TikTok speelt daar overduidelijk op in.

148. Een dienst kan meerdere verwerkingsactiviteiten voor meerdere doeleinden omvatten. In dergelijke gevallen moeten de betrokkenen vrij kunnen kiezen welk doeleinde zij accepteren, in plaats van toestemming te moeten verlenen voor een pakket verwerkingsdoeleinden (“granulariteit”). Overweging 43 AVG verduidelijkt dat de toestemming vermoedelijk niet vrijelijk is verleend als betrokkenen bij het proces voor het verkrijgen van toestemming geen afzonderlijke toestemming kunnen verlenen voor verschillende verwerkingen (bv. voor bepaalde verwerkingen wel en voor andere niet). In overweging 32 AVG staat:

“De toestemming moet gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend”

149. TikTok vraagt echter alleen toestemming voor profilering in combinatie met gepersonaliseerde advertenties. Als gebruikers geen toestemming geven, krijgen ze alleen niet-gepersonaliseerde advertenties te zien maar vindt, blijkens het Privacybeleid, nog steeds profilering plaats. TikTok baseert deze verwerking namelijk ook op de grondslag gerechtvaardigd belang (randnummer 174 en **productie 4a**). Dit doet TikTok voor een ander doel dan het tonen van gepersonaliseerde advertenties, namelijk voor het optimaliseren van advertenties, wat dat ook moge betekenen (randnummer 177), en voor het tonen van relevante videocontent. TikTok is dus kennelijk van mening dat sprake is van twee separate gegevensverwerkingen voor twee verschillende doeleinden: (i) profilering zonder gepersonaliseerde advertenties voor advertentieoptimalisatie en personalisering van videocontent en (ii) profilering voor gepersonaliseerde advertenties. Dat is niet toegestaan, zeker niet in het geval van kinderen. Zoals hieronder uiteengezet, kan de wijze waarop TikTok kinderen profileert bovendien niet worden gebaseerd op artikel 6 lid 1 sub f AVG (paragraaf 5.1.7).

Sub (ii) Geen specifieke toestemming

150. Toestemming dient te worden verleend met betrekking tot “een of meer specifieke” doeleinden, en de betrokkene dient een keuze te hebben ten aanzien van elk van deze doeleinden. De eis dat toestemming “specifiek” moet zijn, beoogt te zorgen voor een zekere mate van controle door en transparantie voor de betrokkene.
151. Overeenkomstig artikel 5 lid 1 sub b AVG wordt het verkrijgen van geldige toestemming altijd voorafgegaan door de vaststelling van een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel voor de beoogde verwerkingsactiviteit. Dit vereiste van doelbinding in combinatie met specifieke toestemming functioneert als bescherming tegen de geleidelijke verbreding of vervaging van doeleinden waarvoor gegevens worden verwerkt (*function creep*).
152. Wil een toestemming specifiek zijn, dan moet zij om te beginnen begrijpelijk zijn: uit de formulering van de toestemming moet duidelijk zijn dat de betrokkene precies op de hoogte is van de reikwijdte en de gevolgen van de gegevensverwerking waarvoor hij zijn toestemming geeft. De toestemming kan geen betrekking hebben op een open reeks van verwerkingsactiviteiten.⁴⁷ Toestemming moet dusdanig specifiek zijn dat de betrokkene precies weet waarvoor hij toestemming geeft:

"Toegevoegd moet worden dat de wilsuiking van artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46 met name in die zin „specifiek” moet zijn dat deze precies op de verwerking van de betrokken gegevens gericht moet zijn en niet kan worden afgeleid uit een algemene wilsuiking die op iets anders betrekking heeft.”⁴⁸

153. TikTok vraagt toestemming voor gepersonaliseerde advertenties “op basis van je activiteit in de app en gegevens ontvangen van derden”. De toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens van kinderen door TikTok is daarmee niet specifiek. Het is met name voor (jonge) kinderen volstrekt onduidelijk wat “personalisering” inhoudt, om wat voor gedragsgegevens het gaat, hoe indringend en omvangrijk het profiel is, van welke “derden” TikTok persoonsgegevens ontvangt, welke gegevens TikTok van deze derden ontvangt en op welke wijze, en wat voor advertenties de gebruiker te zien kan krijgen. Zelfs na het zorgvuldig lezen van het Privacybeleid blijft de betrokkene slechts met vraagtekens achter.

Sub (iii) Geen geïnformeerde toestemming

154. In overweging 60 AVG wordt gemeld dat de verstrekking van informatie over profilering tot de transparantieverplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 5 lid 1 sub a AVG behoort. Op basis van artikel 5 AVG is de eis van transparantie één van de fundamentele beginselen en nauw verwant aan de beginselen van behoorlijkheid en

⁴⁷ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 20.

⁴⁸ HvJEU 1 oktober 2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 (*Planet49*).

rechtmatigheid. Informatie over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, zoals bedoeld in artikel 22 leden 1 en 4 AVG, maakt, samen met nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene, deel uit van de informatie die overeenkomstig artikel 13 lid 2 sub f AVG, en artikel 14 lid 2 sub g AVG, aan een betrokkene moet worden verstrekt.

155. Het verstrekken van informatie aan de betrokkenen voorafgaand aan het verkrijgen van toestemming is noodzakelijk om hen in staat te stellen geïnformeerde beslissingen te nemen, te begrijpen waarmee ze instemmen en bijvoorbeeld hun recht tot intrekking van hun toestemming uit te oefenen. Indien de verwerkingsverantwoordelijke geen toegankelijke informatie verstrekt, wordt de controle van de betrokkene slechts schijn en is toestemming een ongeldige grond voor verwerking.⁴⁹
156. Volgens de Artikel 29 Werkgroep kunnen twee soorten vereisten worden onderscheiden die moeten garanderen dat de betrokkene naar behoren wordt geïnformeerd:

“Kwaliteit van de informatie – De wijze waarop de informatie is verstrekt (in heldere en begrijpelijke taal, zonder jargon, opvallend) is cruciaal bij het beoordelen van de vraag of de toestemming met kennis van zaken (informed) is gegeven. De wijze waarop de betrokkene moet worden geïnformeerd, hangt af van de context: een doorsneegebruiker [in casu een kind tussen de 8 en 17 jaar, advocaat] moet het kunnen begrijpen.

Toegankelijkheid en zichtbaarheid van de informatie – De informatie moet rechtstreeks aan de betrokkene worden verstrekt. Het volstaat niet om de informatie ergens “beschikbaar” te maken. [...] De informatie moet duidelijk zichtbaar (type en grootte van de letters), opvallend en volledig zijn. Dialoogframes kunnen worden gebruikt om op het moment dat de toestemming wordt gevraagd, specifieke informatie te geven. Zoals hierboven al is opgemerkt in verband met “specifieke toestemming”, zijn online-informatieinstrumenten vooral nuttig in verband met sociale-netwerkdiensten, om te zorgen voor voldoende gedifferentieerdheid en duidelijkheid met betrekking tot privacy-instellingen. Ook het gebruik van gelaagde berichten kan zinvol zijn, omdat de noodzakelijke informatie zo op een gemakkelijk toegankelijke manier kan worden verstrekt.”⁵⁰(onderstreeping advocaat)

157. Volgens de EDPB is bovendien ten minste de volgende informatie nodig voor het verkrijgen van rechtmatige toestemming:⁵¹

⁴⁹ EDPB, *Richt snoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 16.

⁵⁰ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 23.

⁵¹ EDPB, *Richt snoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 17.

- a) De identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke;⁵²
- b) Het doel van elk van de verwerkingen waarvoor toestemming wordt gevraagd;⁵³
- c) Welke (soort) gegevens worden verzameld en gebruikt;
- d) Het bestaan van het recht om toestemming in te trekken;
- e) Informatie over het gebruik van de gegevens voor geautomatiseerde besluitvorming overeenkomstig artikel 22 lid 2 sub c AVG; en
- f) Informatie over (de risico's van) doorgiften buiten de EER.

158. De AVG bevat bovendien stringenter voorwaarden voor gegevensverwerkingen waarbij gebruikt wordt gemaakt van geautomatiseerde besluitvorming en/of profilering. Zo gelden specifieke vereisten in verband met transparantie:

“Voorts moet de betrokkene worden geïnformeerd over het bestaan van profilering en de gevolgen daarvan.”⁵⁴

“Elke betrokkene dient dan ook het recht te hebben te weten en te worden meegedeeld (...) welke logica er ten grondslag ligt aan een eventuele automatische verwerking van de persoonsgegevens en, ten minste wanneer de verwerking op profilering is gebaseerd, wat de gevolgen van een dergelijke verwerking zijn.”⁵⁵

159. Ook hebben betrokkenen het recht bezwaar te maken tegen profilering en specifiek tegen profilering voor marketingdoeleinden, welk recht uitdrukkelijk kenbaar dient te worden gemaakt:

“Wanneer persoonsgegevens worden verwerkt ten behoeve van direct marketing dient de betrokkene, ongeacht of het een aanvankelijke dan wel een verdere verwerking betreft, het recht te hebben te allen tijde en kosteloos bezwaar te maken tegen deze verwerking, ook in het geval van profilering voor zover deze betrekking heeft op de direct marketing. Dat recht moet uitdrukkelijk, op duidelijke wijze en gescheiden van overige informatie, onder de aandacht van de betrokkene worden gebracht.”⁵⁶

160. Ten aanzien van profilering heeft de EDPB daarboven nogmaals het belang van duidelijke en begrijpelijke informatie benadrukt:

⁵² Zie ook overweging 42 AVG: *“Van geïnformeerde toestemming van de betrokkene kan slechts sprake zijn indien deze ten minste bekend is met de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking van de persoonsgegevens”*.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Overweging 60 AVG.

⁵⁵ Overweging 63 AVG.

⁵⁶ Overweging 70 AVG.

“Profilering kan een ondoorzichtig proces zijn, dat vaak berust op gegevens die van andere gegevens zijn afgeleid en niet op gegevens die rechtstreeks door de betrokkene zijn verstrekt. Verwerkingsverantwoordelijken die toestemming als rechtsgrond voor profilering willen hanteren, moeten aantonen dat de betrokkenen precies begrijpen waarvoor zij toestemming verlenen en moeten zich ervan bewust zijn dat toestemming niet altijd een passende rechtsgrond is voor de verwerking. In alle gevallen moeten betrokkenen over voldoende relevante informatie beschikken over het voorgenomen gebruik en de gevolgen van de verwerking, om zeker te stellen dat de toestemming die zij verlenen een geïnformeerde keuze vormt.”⁵⁷

161. De EDPB adviseert verder als een beste praktijk om met passende tussenpozen opnieuw om toestemming te vragen.⁵⁸ In dat kader dient een verwerkingsverantwoordelijke erop bedacht te zijn dat na verloop van tijd twijfels kunnen ontstaan over de vraag of een eenmaal gegeven toestemming nog steeds geldig is. De Artikel 29 Werkgroep wijst er in dat verband op dat mensen van mening kunnen veranderen over een eerder gegeven toestemming:

“Daar kunnen tal van redenen voor zijn: een eerder gemaakte keuze was gewoon niet goed of de omstandigheden zijn veranderd, zoals een kind dat inmiddels een hogere leeftijd heeft bereikt.”⁵⁹

162. Vandaar dat het “good practice” is dat de verwerkingsverantwoordelijke na een bepaalde tijd nagaat of mensen nog steeds achter hun keuze staan door hen te informeren over hun huidige keuzes en de mogelijkheid te bieden die keuzes te bevestigen dan wel ongedaan te maken.⁶⁰
163. In dat kader geldt dat hoe complexer een gegevensverwerking is, hoe meer mag worden geëist van de verwerkingsverantwoordelijke. Hoe moeilijker het voor de gemiddelde persoon wordt om alle elementen van een gegevensverwerking te overzien en te begrijpen, hoe groter de inspanningsverplichting voor de verwerkingsverantwoordelijke om aan te tonen dat toestemming is verkregen op basis van specifieke en begrijpelijke informatie.⁶¹
164. TikTok voldoet niet aan de specifieke informatieplicht ten aanzien van toestemming voor profilering en geautomatiseerde besluitvorming. De pop-up bevat zeer beperkte informatie (randnummer 52) en verwijst naar het moeilijk te begrijpen Privacybeleid van TikTok, dat ook niet alle vereiste elementen bevat (zie ook paragraaf 5.1.10). Gezien het kernbeginsel van transparantie dat aan de AVG ten grondslag ligt, moet TikTok ervoor zorgen dat zij betrokkenen

⁵⁷ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 14.

⁵⁸ EDPB, *Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 26.

⁵⁹ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 14-15.

⁶⁰ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 14-15.

⁶¹ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 24.

op duidelijke en eenvoudige wijze uitlegt hoe het proces van profilering of geautomatiseerde besluitvorming werkt.⁶² Daar voldoet zij niet aan.

165. Verder is het voor betrokkenen niet duidelijk welke informatie TikTok van “derden” ontvangt en combineert met gedragsinformatie ten behoeve van gepersonaliseerde informatie (artikel 14 lid 1 sub d AVG). Het Privacybeleid van TikTok spreekt slechts van “bijvoorbeeld jouw mobiele advertentie-ID” en “Wij kunnen je ook advertenties sturen op basis van de informatie die we hebben afgeleid uit de gegevens die deze partners ons leveren.” Dit is veel te vaag. Het is voor betrokkenen bovendien niet duidelijk wie deze “derden” zijn (artikel 14 lid 2 sub f AVG).
166. Ook schrijft artikel 13 lid 2 sub f AVG voor dat TikTok moet informeren over de geautomatiseerde besluitvorming en profilering en ten minste “nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene” moet verstrekken. Al deze informatie ontbreekt. Het is daardoor voor betrokkenen niet duidelijk wat de gevolgen van de gegevensverwerking, waaronder profilering, kunnen zijn.
167. Voor zover toestemming als geldige grondslag kan gelden voor de verwerking van gegevens van kinderen die mede profilering omvat, moet TikTok periodiek⁶³ nagaan of de betrokkenen, zeker nu het om kinderen gaat, nog steeds achter de gegeven toestemming staan door hen te informeren over hun huidige keuzes ten aanzien van gepersonaliseerde advertenties, bijvoorbeeld middels een pop-up bij het openen van de app en/of een pushbericht. Daarbij moet TikTok de betrokkenen de mogelijkheid bieden die keuzes simpel te bevestigen dan wel ongedaan te maken. Ook dit heeft TikTok nagelaten.

Sub (iv) Geen ondubbelzinnige wilsuiting

168. De AVG bepaalt dat voor toestemming een verklaring van de betrokkene of een ondubbelzinnige actieve handeling van de betrokkene is vereist. Dit betekent dat toestemming dient te worden gegeven door middel van een duidelijke actieve handeling, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. De betrokkene moet een opzettelijke handeling hebben verricht om toestemming te verlenen voor de specifieke verwerking.
169. Verwerkingsverantwoordelijken moeten mechanismen voor toestemming op een dusdanige manier ontwerpen dat ze voor de betrokkenen duidelijk zijn en ervoor zorgen dat de handeling waarmee toestemming wordt verleend, kan worden onderscheiden van andere handelingen. Daarbij is het risico van een dubbelzinnige toestemming groter in een onlineomgeving dan in een

⁶² Artikel 29 Werkgroep, *Richt snoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL, WP251rev.01, p. 19.

⁶³ Vgl. ook Artikel 29 Werkgroep, *Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising')*, 00909/10/NL WP 171, p. 21.

offlineomgeving.⁶⁴ Relevant in dat kader is dat verwerkingsverantwoordelijken verplicht zijn om manieren te ontwikkelen om “klikmoeheid” te voorkomen:

“In de digitale context hebben veel diensten persoonsgegevens nodig om te werken, en daarom ontvangen de betrokkenen dagelijks meerdere verzoeken om toestemming waarop ze door middel van klikken en vegen moeten antwoorden. Dit kan leiden tot een zekere mate van “klikmoeheid”: het daadwerkelijke waarschuwingseffect van mechanismen voor toestemming wordt minder wanneer men deze waarschuwingen te vaak tegenkomt.

Dit resulteert in een situatie waarin verzoeken om toestemming niet meer worden gelezen. Dit vormt een bijzonder risico voor de betrokkenen, omdat toestemming meestal wordt gevraagd voor handelingen die zonder toestemming van een betrokkene in beginsel onrechtmatig zijn. De AVG legt verwerkingsverantwoordelijken de verplichting op manieren te ontwikkelen om dit probleem aan te pakken.”⁶⁵

170. De pop-up waarmee TikTok toestemming vraagt voor gepersonaliseerde advertenties toont in zwarte, vetgedrukte letters het woord **“Accepteren”**. Daaronder, in grijze letters, biedt TikTok de mogelijkheid “Beheren in instellingen” (randnummer 52 en **productie 15**). Gebruikers kunnen dus met één klik toestemming geven, maar moeten doorklikken om te weigeren. Vooral bij kinderen die zich minder bewust zijn van de risico's, gevolgen en waarborgen en van hun rechten en weinig aandacht besteden aan “de kleine lettertjes”, bestaat het aanzienlijke risico dat zij wegens klikmoeheid automatisch op “Accepteren” klikken. TikTok presenteert het weggeven van persoonsgegevens op dezelfde wijze waarop kinderen positieve keuzes in bijvoorbeeld games gepresenteerd krijgen, met als gevolg dat ze het geven van toestemming associëren met “het vervolg” of een “next level” in het gebruik van een game. Het had op de weg van TikTok gelegen om, rekening houdend met deze categorie betrokkenen, de pop-up zo in te richten dat gebruikers net zo gemakkelijk kunnen weigeren als toestemmen. TikTok heeft dit nagelaten.
171. Overigens bepaalt de AVG dat het intrekken van de toestemming even eenvoudig moet zijn als het geven ervan (artikel 7 lid 3 AVG). Wanneer toestemming wordt verkregen via elektronische middelen, door middel van slechts één muisklik of toetsaanslag, moet de betrokkene deze toestemming in de praktijk ook even eenvoudig kunnen intrekken.⁶⁶ Niet valt in te zien waarom dit uitgangspunt niet al een stap eerder zou moeten gelden, bij het al dan niet geven van toestemming.

5.1.6.3 Niet noodzakelijk

⁶⁴ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 27.

⁶⁵ EDPB, *Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 22.

⁶⁶ EDPB, *Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67*, p. 27.

172. Voor zover de gegevensverwerking zou zijn toegestaan op grond van toestemming, blijft de eis gelden dat de verwerking in het concrete geval noodzakelijk moet zijn met het oog op het omschreven doel van de verwerking.⁶⁷ TikTok moet derhalve rekening houden met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. De aanwezigheid van een wettelijke rechtvaardigingsgrond, zoals toestemming, maakt derhalve een belangenafweging aan de hand van deze beginselen niet overbodig. Bij deze afweging moeten de omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. In het onderhavige geval geldt dat TikTok gepersonaliseerde advertenties (geautomatiseerde besluitvorming) baseert op profilering. Daartoe verzamelt TikTok gedetailleerde gedragsinformatie over kinderen en combineert TikTok deze met gegevens die zij van derden ontvangt. Mede gelet op de status en diens specifieke belangen⁶⁸, is de inbreuk op de privacy van kinderen onevenredig in verhouding tot het te dienen doel van TikTok. TikTok kan personalisatie van advertenties bovendien ook op minder vergaande wijze realiseren, zonder kinderen uitvoerig te profileren. TikTok kan het advertentieaanbod bijvoorbeeld ook afstemmen op haar doelgroep, dat grotendeels bestaat uit kinderen, in plaats van op een specifiek kind op basis van uitvoerige en gedetailleerde profielen, of op de content waarbij of waarnaast de advertenties wordt geplaatst (*contextual advertising*).
173. TikTok heeft persoonsgegevens van kinderen verwerkt ten behoeve van gepersonaliseerde advertenties, dit zonder de vereiste rechtsgeldige (al dan niet ouderlijke) toestemming. TikTok heeft daardoor in strijd gehandeld met artikel 6 AVG in verbinding met artikel 5 lid 1 sub a AVG.

5.1.7 Strijd met artikel 6 AVG: geen gerechtvaardigd belang

174. Volgens haar Privacybeleid baseert TikTok verschillende verwerkingen op haar gerechtvaardigde belangen (artikel 6 lid 1 sub f AVG), namelijk om:

“(i) ervoor te zorgen dat de content op de voor jou en je apparaat meest effectieve manier gepresenteerd wordt;

(ii) populaire onderwerpen, hashtags en campagnes op het Platform te promoten;

(iii) onze algoritmen te informeren zodat we jou de meest relevante content kunnen leveren en om misdaad en misbruik van het Platform te voorkomen;

⁶⁷ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 15/2011 over de definitie van “toestemming”*, 01197/11/NL, WP 187, p. 8. HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097 (*Santander*), r.o. 3.3.

⁶⁸ Zie Artikel 29 Werkgroep, *Advies 02/2009 van WP29 over de bescherming van persoonsgegevens van kinderen (Algemene richtlijnen en het bijzondere geval van scholen)*, 17/NL, WP259, versie 01. In dit advies wordt gewezen op de specifieke kwetsbaarheid van het kind en de noodzaak om rekening te houden met het belang van het kind.

(vi) jouw interesses af te leiden voor het optimaliseren van ons advertentieaanbod, dat, als je toestemming hebt gegeven voor gepersonaliseerde advertenties, gebaseerd kan zijn op de informatie die onze advertentiepartners aan ons geven;

(v) de effectiviteit te meten van de advertenties die je ziet op het Platform;”
(nummering toegevoegd)

175. Artikel 6 lid 1 sub f AVG staat verwerking toe wanneer deze:

“noodzakelijk is voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is.”(onderstreping advocaat)

176. Er worden drie cumulatieve voorwaarden gesteld waaraan moet zijn voldaan opdat een verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is op grond van artikel 6 lid 1 sub f AVG: de behartiging van (i) een gerechtvaardigd belang, de (ii) noodzaak van de verwerking van de persoonsgegevens voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang, en de voorwaarde dat de (iii) fundamentele rechten en vrijheden van de bij de gegevensbescherming betrokken persoon niet prevaleren.⁶⁹

- a) Om als gerechtvaardigd te worden beschouwd, moet een belang rechtmatig zijn (d.w.z. in overeenstemming met toepasselijk EU- en nationaal recht), voldoende duidelijk zijn verwoord om de afweging uit te kunnen voeren met de belangen en fundamentele rechten van de betrokkene (d.w.z. voldoende specifiek) en een werkelijk en aanwezig belang vertegenwoordigen (d.w.z. niet speculatief zijn), iets dat overeenkomt met de huidige activiteiten of voordelen die worden verwacht in de zeer nabije toekomst. Belangen die te vaag of speculatief zijn, zijn onvoldoende;⁷⁰
- b) Om aan het noodzakelijkheidsvereiste te voldoen, moet worden gekeken of er andere minder inbreukmakende middelen zijn om het geïdentificeerde doeleinde van de verwerking te bereiken en om het gerechtvaardigde belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke te dienen (proportionaliteit en subsidiariteit);
- c) Bij de uiteindelijke belangenafweging dient rekening te worden gehouden met verschillende factoren zoals: betreft het een fundamenteel recht, een ander soort belang, of een algemeen belang, wat is het mogelijke nadeel voor de verwerkingsverantwoordelijke, voor derden of voor de samenleving indien de gegevensverwerking niet plaatsvindt, wat is de aard van de gegevens, wat is de status van

⁶⁹ HvJEU 4 mei 2017, C/13-16, ECLI:EU:C:2017:336 (*Rigas*), r.o. 28.

⁷⁰ Artikel 29 Werkgroep, Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, 844/14/NL, WP 217, p. 29/30/31 en 66 e.v.

de betrokkene (minderjarige, werknemer, enz.) en van de verwerkingsverantwoordelijke (bv. of een bedrijf een dominante marktpositie heeft), op wat voor wijze worden de gegevens verwerkt (op grote schaal, "datamining", profilering), welke fundamentele rechten en/of belangen van de betrokkene zijn in het spel waarvoor gevolgen kunnen ontstaan, wat is de redelijke verwachting van betrokkenen en wat zijn de gevolgen voor de betrokkene in vergelijking met het voordeel dat wordt verwacht voor de verwerkingsverantwoordelijke.⁷¹

177. De informatie die TikTok over de hierboven in randnummer 174 genoemde doeleinden verstrekt in het Privacybeleid is zeer beperkt (zie ook randnummer 154 e.v.). Zo is onduidelijk op welke wijze TikTok persoonsgegevens verwerkt om ervoor te zorgen dat content op de "voor jou en je apparaat" meest effectieve manier gepresenteerd wordt (ad (i)). Het is überhaupt niet duidelijk hoe de verwerking van persoonsgegevens kan bijdragen aan het effectief presenteren van content en welke persoonsgegevens TikTok voor dat doel verwerkt. Hetzelfde geldt voor het promoten van populaire onderwerpen, hashtags en campagnes (ad (ii)). Welke persoonsgegevens TikTok voor dat doel verwerkt en op welke wijze gepromoot wordt met persoonsgegevens van betrokkenen blijkt niet uit het Privacybeleid. TikTok roept haar gerechtvaardigde belangen ook in voor gegevensverwerkingen om algoritmen te informeren teneinde de gebruiker de "meest relevante content kunnen leveren" (ad (iii)). Duidelijk is dat TikTok voor dit doel gebruikers profileert om de gebruiker content te tonen die past bij zijn voorkeuren en interesses. Profilering vindt ook plaats om interesses af te leiden voor het optimaliseren van het advertentieaanbod (ad (iv)), ook als de betrokkene geen toestemming heeft gegeven voor gepersonaliseerde advertenties. Ook hier geldt dat TikTok nalaat te specificeren op welke wijze profilering kan bijdragen aan het "optimaliseren van het advertentieaanbod". Het is bovendien niet duidelijk wat TikTok bedoelt met "optimaliseren" en om wat voor advertentieaanbod het gaat. Dat kan immers met hetzelfde recht van spreken doelen op het zo veel mogelijk filmpjes kijken door de gebruiker, als het optimaal leveren van persoonsgegevens aan TikTok en haar partners en samenwerkingsverbanden waarbinnen ze informatie deelt of uitwisselt. Ditzelfde geldt voor het meten van de effectiviteit van advertenties (ad v).
178. TikTok beschrijft slechts zeer summier de doeleinden van de verwerking, maar laat na haar belangen te benoemen en te concretiseren, terwijl dit op grond van artikel 13 lid 1 sub d AVG wel verplicht is. TikTok volstaat met vaag beschreven doeleinden. Het is duidelijk dat het TikTok gaat om het creëren van complexe profielen van de persoonlijkheden en voorkeuren van gebruikers, terwijl TikTok daar geen belang bij heeft, althans dat belang is zo vaag dat het niet als belang onder artikel 6 lid 1 sub f AVG kan dienen. Als er al een belang zou zijn, dan is dit niet gerechtvaardigd omdat het onvoldoende specifiek en speculatief is. TikTok heeft dus geen belang, laat staan dat een gerechtvaardigd belang. De AP bevestigt in dat kader dat het enkele

⁷¹ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, 844/14/NL, WP 217*, p. 36 e.v.

belang persoonsgegevens te gelde te kunnen maken c.q. daar winst mee te maken op zichzelf niet kwalificeert als gerechtvaardigd belang.⁷²

179. De verwerking is bovendien niet noodzakelijk omdat de wijze waarop TikTok de persoonsgegevens verzamelt, combineert en profileert niet proportioneel is. Daarnaast zou TikTok bovengenoemde doeleinden ook kunnen bereiken door minder, of zelfs geen, persoonsgegevens te verwerken (subsidiariteit). Ter illustratie: als een gebruiker geen toestemming geeft voor de verwerking van zijn persoonsgegevens voor gepersonaliseerde doeleinden, dan krijgt de gebruiker niet-gepersonaliseerde content te zien, maar vindt nog wel profilering plaats om het advertentieaanbod te optimaliseren en om algoritmen te informeren zodat gebruikers voor hen relevante content wordt geleverd.
180. Voor zover TikTok wel een gerechtvaardigd belang zou hebben bij de gegevensverwerkingen zoals hierboven genoemd, is dit slechts een beginpunt. Of artikel 6 lid 1 sub f AVG kan worden gebruikt, hangt af van de uitkomst van de belangenafweging die daarop volgt.
181. Mede omdat TikTok kinderen, zoals hierboven in randnummer 177 en 178, onvoldoende informeert over de verwerking van hun persoonsgegevens en de gevolgen ervan voor de persoonlijke levenssfeer van de kinderen, weegt het belang van TikTok in casu zeker niet op tegen het recht van de kinderen op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer.⁷³ In dat kader speelt ook nog mee dat:
 - a) TikTok veel gegevens niet op rechtstreekse wijze verzamelt van de kinderen, maar op indirecte wijze, door automatische en voortdurende observatie van hun gedrag en door dat gedrag vervolgens te vergelijken en te rangschikken met dat van een groot aantal andere gebruikers, op en gebruik van de TikTok App (aard van de gegevens);
 - b) TikTok een louter commercieel belang heeft;
 - c) TikTok complexe profielen van de persoonlijkheden en voorkeuren van gebruikers creëert, aan de hand van in ieder geval gedetailleerd gebruikerscontact en gedragsinformatie (randnummer 118) (manier waarop gegevens worden verwerkt);
 - d) Betrokkenen zich niet bewust zijn van profilering als ze geen toestemming hebben gegeven voor gepersonaliseerde advertenties (redelijke verwachtingen van de betrokkene); en
 - e) De betrokkenen kinderen zijn terwijl TikTok een techgigant is met een zeer sterke marktpositie, waardoor een ongelijkheid bestaat in de relatie tussen de betrokkene en de

⁷² Autoriteit Persoonsgegevens, *Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan de KNLTB*, 20 december 2019, p. 44.

⁷³ Vgl. *Onderzoek CBP naar de verwerking van persoonsgegevens door Snappet. Rapport definitieve bevindingen van 14 juli 2014*, z2013-00795, p. 50 e.v.

verwerkingsverantwoordelijke (status van de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene).⁷⁴

182. Het voorgaande brengt mee dat TikTok geen beroep kan doen op artikel 6 lid 1 sub f AVG ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens voor de hiervoor genoemde doeleinden. TikTok handelt daardoor in strijd met artikel 6 AVG in verbinding met artikel 5 lid 1 sub a AVG.

5.1.8 Strijd met artikel 6 AVG: overige rechtsgronden

183. Waar TikTok zich beroept op de grondslag uitvoering van een overeenkomst (artikel 6 lid 1 sub b AVG), een wettelijke verplichting (artikel 6 lid 1 sub c AVG), bescherming van vitale belangen van de betrokkene (artikel 6 lid 1 sub d AVG) of een taak van algemeen belang (artikel 6 lid 1 sub e AVG), ontbreekt de noodzakelijkheid van de verwerking van de gegevens. Omdat TikTok niet specificeert welke gegevens voor die grondslagen worden verwerkt en de onderbouwing van de noodzakelijkheid ontbreekt, kunnen betrokkenen naleving van het noodzakelijkheidsvereiste niet controleren. TikTok komt dus hoe dan ook geen beroep toe op deze grondslagen.

5.1.9 Ugly Content Policy: onbehoorlijke gegevensverwerking en discriminatie

184. Persoonsgegevens moeten worden verwerkt op een wijze die ten aanzien van de betrokkene rechtmatig, behoorlijk en transparant is (artikel 5 lid 1 sub a AVG). Het beginsel van behoorlijkheid betekent in ieder geval dat verwerkingen niet in strijd mogen zijn met fundamentele rechtsbeginselen, zoals het discriminatieverbod.⁷⁵ Het discriminatieverbod is onder meer neergelegd in artikel 21 Handvest.

5.1.9.1 Onbehoorlijke gegevensverwerking

185. Het is duidelijk dat een verwerking niet behoorlijk is wanneer gebruikers worden geselecteerd op bepaalde uiterlijke kenmerken zoals te dik, te dun of te arm en de video's van die gebruikers vervolgens vanwege die kenmerken worden geblokkeerd of beperkt – nota bene zonder dat zij dat weten. De Ugly Content Policy zorgt ervoor dat gebruikers worden gediscrimineerd doordat hun video's worden geblokkeerd op publieke pagina's (paragraaf 3.7). Omdat deze gebruikers daardoor niet, minder snel of in mindere mate in aanmerking komen voor de status van influencer, of daardoor minder ontvangen voor (het omwisselen of verwerven van) Gifts of Diamonds, is daar voor hen ook een direct financieel belang mee gemoeid. Hetzelfde geldt voor

⁷⁴ Op basis van de sleutfactoren uit Artikel 29 Werkgroep, *Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG*, 844/14/NL, WP 217, p. 41 e.v.

⁷⁵ Autoriteit Persoonsgegevens, *Onderzoeksrapport Belastingdienst/Toeslagen - De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, p. 47.

het blokkeren van LGBT-vriendelijke video's (LGBT staat voor Lesbian, Gay, Bisexual en Transgender, paragraaf 3.7).

5.1.9.2 Geautomatiseerde besluitvorming

186. TikTok maakt gebruik van technologie om beslissingen te nemen. Volgens TikTok zijn de beslissingen op basis van de Ugly Content Policy echter genomen door menselijke moderatoren. Desalniettemin is sprake van uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, in de zin van artikel 22 AVG.⁷⁶ TikTok maakt gebruik van geautomatiseerde procedures om een voorselectie te maken van gebruikers in categorieën voor de Ugly Content Policy of LGBT-categorie, bijvoorbeeld aan de hand van hashtags als #gay, #fatwoman en #disabled. In november en december 2019 publiceerde Netzs politik al over onderzoeken waaruit zou blijken dat TikTok bepaalde gebruikers automatisch bepaalde tags toekent op basis van persoonlijke kenmerken (**productie 41 en Productie 42**):

“For users that were considered particularly vulnerable, TikTok had even further-reaching regulations. When their videos popped up on the screens of the TikTok moderation teams in Berlin, Beijing or Barcelona – after 6,000 to 10,000 views – they were automatically tagged as „Auto R“.

As a result, if these videos exceeded a certain number of views, they automatically ended up in the „not recommend“ category. Such a categorization means that a video no longer appears in the algorithmically compiled For-You-Feed, which the user sees when opening the app. Strictly speaking, such videos are not deleted – but in fact they hardly have an audience.(...)

During the moderation, the moderators not only mark content for deletion or throttling, they also classify what they see. „This is done to help build an automated moderation,“ tells us the source, who has insight into the moderation. To netzs politik.org, Tiktok denied tagging to teach artificial intelligence, but that algorithmic systems are used „to check when posting content.““

187. Om daadwerkelijke menselijke tussenkomst te realiseren moet de verwerkingsverantwoordelijke ervoor zorgen dat al het toezicht op de besluitvorming zinvol is, en niet slechts een symbolische handeling vormt. Deze tussenkomst moet worden uitgevoerd door iemand die bevoegd en bekwaam is om het besluit te veranderen. Hij moet alle relevante gegevens in zijn analyse betrekken.⁷⁷ Het beleid van TikTok is echter zo gedetailleerd dat niet valt te zeggen dat de

⁷⁶ Geautomatiseerde besluitvorming heeft een ander toepassingsgebied en kan profilering gedeeltelijk overlappen of het resultaat zijn van profilering. De EDPB kwalificeert uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming als het nemen van besluiten met technologische middelen en zonder menselijke tussenkomst.

⁷⁷ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 24/25.

moderatoren daadwerkelijk enige beoordelingsruimte hebben. TikTok telt wereldwijd meer dan een honderden miljoenen gebruikers. Het zou een zinloze exercitie zijn om moderators handmatig video's te laten beoordelen aan de hand van de Ugly Content Policy of de LGBT-richtlijnen, zonder enige vorm van geautomatiseerde besluitvorming toe te passen.

188. Het behoeft in dat geval nauwelijks uitleg dat deze, overigens heimelijke, verwerking van persoonsgegevens en persoonlijke kenmerken gebruikers in aanmerkelijke mate treffen, nu hun gebruiksmogelijkheden van de TikTok App aanzienlijk worden beperkt op basis van zeer gevoelige informatie. Deze geautomatiseerde besluitvorming is daarmee tevens in strijd met artikel 22 AVG.

5.1.9.3 Profileren

189. De AVG omvat maatregelen die ervoor moeten zorgen dat profilering en geautomatiseerde individuele besluitvorming (met of zonder profilering) niet zodanig worden gebruikt dat ze ongerechtvaardigde gevolgen hebben voor de rechten van personen, waaronder specifieke vereisten in verband met transparantie en behoorlijkheid. TikTok voldoet niet aan die maatregelen; de verwerking is niet eerlijk en niet transparant,⁷⁸ TikTok heeft geen rechtsgrond voor de verwerking,⁷⁹ informeert de gebruikers niet over het bestaan van de besluitvorming⁸⁰ en wijst de gebruikers niet op hun rechten, waaronder het recht om bezwaar te maken.⁸¹ De video's die worden beoordeeld conform de Ugly Content Policy of uit de LGBT-categorie bevatten bovendien bijzondere persoonsgegevens, zoals gegevens over gezondheid, ras en seksuele voorkeur, die TikTok op grond van artikel 9 AVG niet mag verwerken. TikTok moet bovendien voorkomen dat de verwerking middels profilering discriminerende gevolgen heeft,⁸² maar heeft het tegenovergestelde gedaan.
190. TikTok heeft aldus verzuimd waarborgen toe te passen om voor een eerlijke, behoorlijke en transparante verwerking te zorgen en ongewenste gevolgen voor de betrokkenen te voorkomen en heeft daarmee de AVG geschonden. Zelfs indien geen sprake zou zijn van uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming en/of profilering, is het evident dat het op deze wijze rangschikken en in hokjes plaatsen van gebruikers op basis van gevoelige persoonskenmerken niet gebaseerd kan worden op één van grondslagen van artikel 6 AVG en artikel 9 AVG. Zo heeft TikTok geen toestemming voor de gegevensverwerking (artikel 6 lid 1 sub a en artikel 9 lid 2 sub a AVG), is de verwerking niet noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst met betrokkene (artikel 6 lid 1 sub b AVG), en kan een gegevensverwerking die leidt tot de uitsluiting of discriminatie van betrokkenen niet gebaseerd worden op het gerechtvaardigd belang van TikTok of een derde (artikel 6 lid 1 sub f AVG). Nog daargelaten dat TikTok in dat kader ook niet

⁷⁸ Artikelen 5, lid 1 sub a, 12 en 13 AVG

⁷⁹ Artikel 6 AVG.

⁸⁰ Artikel 13 lid 2 sub f AVG.

⁸¹ Artikel 13 lid 2 sub b en artikel 21 AVG.

⁸² Overweging 71 AVG.

heeft voldaan aan onder meer de verwerkingsbeginselen neergelegd in artikel 5 AVG en haar informatieverplichtingen op basis van artikel 12, 13 en 14 AVG.

5.1.10 Strijd met artikelen 5, 12, 13, 14 en 25 AVG: onvoldoende transparantie

191. Een verwerkingsverantwoordelijke kan op de meest efficiënte en effectieve wijze aan de AVG voldoen door al bij het ontwerp van de verwerking rekening te houden met de wettelijke eisen (*privacy-by-design*, artikel 25 AVG). Naast beveiliging van persoonsgegevens, zijn transparantie en dataminimalisatie (randnummer 5.1.11) belangrijke aspecten waarmee de verwerkingsverantwoordelijke bij de toepassing van *privacy-by-design* rekening moet houden.⁸³
192. TikTok verstrekt onvoldoende informatie aan betrokkenen over de verwerking van persoonsgegevens. Het Privacybeleid van TikTok voldoet bovendien niet aan de vereisten die de AVG stelt aan de informatieverplichting van de verwerkingsverantwoordelijke. TikTok handelt daarmee in strijd met artikel 5 lid 1 sub a AVG, artikel 12 AVG, artikelen 13 en 14 AVG en artikel 25 AVG.
193. Op basis van artikel 5 AVG is de eis van transparantie één van de fundamentele beginselen en nauw verwant aan de beginselen van behoorlijkheid en rechtmatigheid. Artikel 12 AVG bevat de algemene voorschriften die van toepassing zijn op de verstrekking van informatie aan betrokkenen (artikelen 13 en 14 AVG). Zo moet de informatie in een beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal worden verstrekt, in het bijzonder wanneer de informatie specifiek voor een kind bestemd is (artikel 12 lid 1 AVG).

5.1.10.1 Niet beknopt, transparant, begrijpelijk en gemakkelijk toegankelijk

194. TikTok moet de informatie op een efficiënte en bondige wijze weergeven om informatiemoeheid te voorkomen. De Artikel 29 Werkgroep beveelt in het bijzonder aan, teneinde informatiemoeheid te voorkomen, om gelaagde privacyverklaringen te gebruiken en daarin links te plaatsen naar de verschillende categorieën informatie die aan de betrokkene moeten worden verstrekt, in plaats van alle informatie in één enkele mededeling op het scherm weer te geven.⁸⁴ Het element “gemakkelijk toegankelijk” houdt bovendien in dat de betrokkene de informatie niet zelf hoeft uit te zoeken. Voor de betrokkene moet het onmiddellijk duidelijk zijn waar en hoe deze informatie te vinden is.⁸⁵

⁸³ Vgl. *CBP Richtsnoeren: Beveiliging van persoonsgegevens*, 1 maart 2013, *Stcr.* 2013, nr. 5174, p. 8.

⁸⁴ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679*, WP260 rev.01, p. 7.

⁸⁵ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679*, WP260 rev.01, p. 8.

195. TikTok informeert gebruikers door middel van haar Privacybeleid over de verwerking van hun persoonsgegevens. Ook waar TikTok vraagt om toestemming voor gepersonaliseerde advertenties, verwijst TikTok simpelweg naar haar Privacybeleid waarin betrokkenen kennelijk zelf op zoek dienen te gaan naar de relevante informatie. Het Privacybeleid zelf bevat geen inhoudsopgave of links naar de elf hoofdstukken. Dit terwijl kinderen juist tot de doelgroep behoren die het meest gevoelig is voor informatiemoeheid. De door TikTok verstrekte informatie is dus alles behalve beknopt, transparant en gemakkelijk toegankelijk.
196. Het vereiste dat informatie “begrijpelijk” moet zijn betekent voorts dat de informatie begrepen moet kunnen worden door een gemiddeld lid van het beoogde publiek. In het geval van TikTok omvat dat vooral kinderen (paragraaf 3.3). De informatie die TikTok aanbiedt moet bovendien op een zo eenvoudig mogelijke manier worden aangeboden, waarbij ingewikkelde zinnen en taalstructuren dienen te worden vermeden. De informatie dient concreet en definitief te zijn, geen abstracte of ambivalente formuleringen te bevatten en geen ruimte voor verschillende interpretaties te laten.⁸⁶ Specifiek ten aanzien van kinderen geldt dat TikTok ervoor moet zorgen dat het vocabulaire, de toon en de stijl van de gebruikte taal passend is voor en weerklank vindt bij kinderen, zodat het kind voor wie de informatie is bedoeld begrijpt dat de informatie tot hem of haar is gericht.⁸⁷ Ook hieraan voldoet TikTok niet. Zelfs in de samenvatting van het Privacybeleid wordt dezelfde ingewikkelde taal gebruikt als in de rest van het Privacybeleid.
197. Van belang is ook dat met name de doeleinden van en de rechtsgrond voor de gegevensverwerking duidelijk moet zijn.⁸⁸ Ter illustratie geeft de Artikel 29 Werkgroep de volgende voorbeelden van zinnen die onvoldoende duidelijk zijn over de doeleinden van de verwerking:⁸⁹
 - a) “We kunnen uw persoonsgegevens gebruiken om nieuwe diensten te ontwikkelen” (omdat het onduidelijk is om wat voor “diensten” het gaat en hoe de gegevens zullen helpen om die diensten te ontwikkelen);
 - b) “We kunnen uw persoonsgegevens gebruiken voor onderzoekdoeleinden” (omdat het onduidelijk is wat voor “onderzoek” hiermee wordt bedoeld); en
 - c) “We kunnen uw persoonsgegevens gebruiken om gepersonaliseerde diensten aan te bieden” (omdat het onduidelijk is wat “personalisering” inhoudt).

⁸⁶ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, WP260 rev.01*, p. 9.

⁸⁷ De WP29 benadrukt bovendien dat kinderen hun recht op transparantie als betrokkene niet verliezen als de persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt toestemming heeft gegeven voor de gegevensverwerking.

⁸⁸ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, WP260 rev.01*, p. 9-10.

⁸⁹ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, WP260 rev.01*, p. 10.

198. Wie deze zinnen vergelijkt met de doeleinden die TikTok beschrijft in het Privacybeleid ziet direct dat TikTok er hetzelfde vage taalgebruik op nahoudt. Om slechts enkele voorbeelden te geven (**productie 4a**):

“ervoor te zorgen dat de content op de voor jou en je apparaat meest effectieve manier gepresenteerd wordt;

te begrijpen hoe mensen het Platform gebruiken zodat we het kunnen verbeteren, promoten en verder ontwikkelen; (...)

niet-gepersonaliseerde advertenties te laten zien, waardoor veel van onze diensten gratis blijven;

jouw interesses af te leiden voor het optimaliseren van ons advertentieaanbod, dat, als je toestemming hebt gegeven voor gepersonaliseerde advertenties, gebaseerd kan zijn op de informatie die onze advertentiepartners aan ons geven;

de effectiviteit te meten van de advertenties die je ziet op het Platform;

onze algoritmen te informeren zodat we jou de meest relevante content kunnen leveren en om misdaad en misbruik van het Platform te voorkomen; (...)”

199. Ten aanzien van locatiegegevens vermeldt TikTok bovendien dat deze informatie wordt verzameld “om jouw ervaring aan te passen”. Zoals ook in randnummer 178 uiteengezet, zijn de doeleinden in het Privacybeleid dusdanig vaag beschreven dat het voor gebruikers, laat staan voor kinderen, niet te overzien is wat TikTok met hun persoonsgegevens doet, welke persoonsgegevens voor welk doelen worden verwerkt, op welke rechtsgrond en wat de gevolgen van de verwerking kunnen zijn.⁹⁰ In het Privacybeleid verwijst TikTok ook naar alle zes de rechtsgronden uit de AVG. Bij elk van de rechtsgronden worden verschillende doeleinden opgesomd. Deze opsomming is problematisch om diverse redenen.
200. Het gaat ook deels om gegevens van gevoelige aard, zoals locatiegegevens en gegevens over appgebruik. Omdat het gebruik van deze gegevens voor advertentiedoeleinden inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen, behoort TikTok te verduidelijken welke categorieën van persoonsgegevens zij verwerkt voor deze (advertentie)doeleinden. Dit laat TikTok echter na. Het Privacybeleid van TikTok is op deze wijze, mede gelet op het taalgebruik, niet begrijpelijk. Dit geldt des te meer voor kinderen.

⁹⁰ Met betrekking tot complexe, technische of onverwachte gegevensverwerkingen is het standpunt van de Artikel 29 Werkgroep dat verwerkingsverantwoordelijken, behalve de door artikel 13 en 14 voorgeschreven informatie te verstrekken, ook afzonderlijk, in ondubbelzinnige taal, zouden moeten uitleggen wat de belangrijkste gevolgen van de verwerking zullen zijn.

5.1.10.2 Inhoud voldoet niet aan de AVG

201. In de AVG wordt een opsomming gegeven van de categorieën informatie die aan betrokkenen moet worden verstrekt in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens wanneer deze gegevens bij die persoon worden verzameld (artikel 13 AVG) of uit een andere bron worden verkregen (artikel 14 AVG). Het Privacybeleid van TikTok voldoet niet aan deze verplichte elementen. De relevante onderdelen worden hieronder nader toegelicht.

Sub (i) Verwerkingsdoeleinden, rechtsgrond en persoonsgegevens

202. Zoals hierboven uiteengezet, is TikTok onduidelijk over de doeleinden, rechtsgrond en welke persoonsgegevens zij voor welke doeleinden verwerkt. Daar komt nog bij dat wanneer persoonsgegevens niet van de betrokkene zelf worden verkregen, TikTok verplicht is om de categorieën van persoonsgegevens te beschrijven (artikel 14 lid 1 sub d AVG). Het behoort tot de vereisten van een zorgvuldige gegevensverwerking om betrokkenen in kennis te stellen van welke soorten persoonsgegevens worden verwerkt voor welke doeleinden. Dit geldt ook als een verwerkingsverantwoordelijke deze gegevens rechtstreeks van betrokkenen verkrijgt, maar als niet op voorhand duidelijk is voor welke doeleinden de gegevens worden verwerkt.⁹¹

203. In Hoofdstuk 1 van het Privacybeleid geeft TikTok aan dat zij persoonsgegevens van adverteerders kan ontvangen, “bijvoorbeeld jouw mobiele advertentie-ID”. Met name kinderen zullen echter niet begrijpen wat hiermee wordt bedoeld en welke andere informatie aan een dergelijk advertentie-ID hangt. Dit is met name relevant omdat TikTok deze gegevens combineert met gegevens of gedrag- en appgebruik voor profilering en geautomatiseerde besluitvorming (“gepersonaliseerde besluitvorming”).

204. Daarnaast is er in het Privacybeleid overlap tussen verschillende doeleinden en verschillende juridische grondslagen. Bij de grondslag uitvoering overeenkomst (artikel 6 lid 1 sub b AVG) verwerkt TikTok bijvoorbeeld persoonsgegevens voor het doeleinde om content te personaliseren en zo interessant mogelijke content te leveren (**productie 4a**, p. 6):

“de content die je ontvangt te personaliseren en je content op maat te leveren die voor jou interessant kan zijn;”

205. Dit doeleinde gebruikt TikTok ook bij de grondslag gerechtvaardigd belang (artikel 6 lid 1 sub f AVG) (**productie 4a** p. 7):

“ervoor te zorgen dat de content op de voor jou en je apparaat meest effectieve manier gepresenteerd wordt;”

⁹¹ Autoriteit Persoonsgegevens, *Onderzoek naar het verwerken van persoonsgegevens van betrokkenen in Nederland door het Facebook-concern*, 21 februari 2017, p. 96.

populaire onderwerpen, hashtags en campagnes op het Platform te promoten;

onze algoritmen te informeren zodat we jou de meest relevante content kunnen leveren en om misdaad en misbruik van het Platform te voorkomen;”

206. Het doeleinde voorkomen van misdaad en misbruik komt naast de grondslag gerechtvaardigd belang ook terug bij drie andere grondslagen (artikel 6 lid 1 sub c, d en e AVG) (**productie 4a p. 7**):

“Om te voldoen aan onze wettelijke verplichtingen en waar nodig om taken die in het algemeen belang zijn uit te voeren of om de vitale belangen te beschermen van onze gebruikers en andere mensen, gebruiken wij jouw gegevens voor het voorkomen van en reageren op misbruik, fraude, illegale activiteiten en ander mogelijk schadelijke content op het Platform.”

207. Dit is problematisch omdat TikTok zich kan baseren op verschillende grondslagen om dezelfde doeleinden te verantwoorden. Dit brengt mee dat het voor betrokkenen onmogelijk is om na te gaan of TikTok de AVG naleeft. Bovendien worden de rechten van betrokkenen illusoir. Welke rechten betrokkenen kunnen inroepen is immers afhankelijk van de grondslag van de verwerking.

Sub (ii) Bron van persoonsgegevens

208. Omdat TikTok ook persoonsgegevens van derden verkrijgt, dient zij betrokkenen te informeren over de specifieke bron van de gegevens. Volgens het Privacybeleid gaat het om “adverteerders en partners”. Deze informatie is onvoldoende specifiek. Indien de specifieke bron niet wordt genoemd, moet in ieder geval informatie worden verstrekt over de aard van de bron(nen) (openbaar of particulier) en het type organisatie, de industrie of de sector. Met name ten aanzien van “partners” blijft het voor betrokkenen onduidelijk waar hun persoonsgegevens vandaan komen.

Sub (iii) Gerechtvaardigde belangen

209. Wanneer gerechtvaardigde belangen (artikel 6 lid 1 sub f AVG) de rechtsgrond van de verwerking vormen, moet TikTok het specifieke belang in kwestie identificeren ten behoeve van de betrokkene. Zoals ook in randnummer 178 aangegeven, laat TikTok na haar belangen te benoemen en te concretiseren, en volstaat zij met een summiere, vage omschrijving van de doeleinden.

Sub (iv) Ontvanger van de persoonsgegevens en doorgifte

210. TikTok moet informatie over de ontvangers verstrekken (artikel 13 lid 1 sub e AVG) die voor de betrokkenen het meest betekenisvol is. In de praktijk zullen dit doorgaans met name genoemde ontvangers zijn, zodat betrokkenen precies weten wie hun persoonsgegevens heeft.⁹² Indien alleen categorieën van ontvangers worden genoemd, dient de informatie in ieder geval zo specifiek mogelijk te zijn door aanduiding van het type ontvangers (d.w.z. door vermelding van de activiteiten die die ontvangers verrichten) en de industrie, de sector, de subsector en de locatie van de ontvangers.
211. TikTok noemt in haar Privacybeleid derden niet met naam maar volstaat met het benoemen van categorieën. Deze categorieën zijn echter zo ruim omschreven dat het aantal potentiële ontvangers feitelijk ongelimiteerd is. TikTok geeft bijvoorbeeld aan dat zij “informatie en content” deelt met “dienstverleners die ons bedrijf ondersteunen”. Hierbij geeft TikTok slechts twee voorbeelden “zoals controlediensten voor content”. Het is voor betrokkenen daarom niet duidelijk welke andere soorten dienstverleners worden ingeschakeld, welke rol deze partijen hebben, waar zij zijn gevestigd en welke persoonsgegevens zij exact zullen ontvangen. Hetzelfde geldt ten aanzien van adverteerders. TikTok deelt “geaggregeerde gebruikersinformatie met adverteerders”. TikTok maakt echter niet duidelijk om wat voor adverteerders het gaat waardoor het ook hier kan gaan om een onbeperkt aantal adverteerders.
212. Het Privacybeleid maakt verder ook duidelijk dat TikTok persoonsgegevens doorgeeft en opslaat in landen buiten de Europese Economische Ruimte. Ten aanzien van de informatie over doorgifte (artikel 13 lid 1 sub f AVG) is echter het uitgangspunt dat het derde land moet worden genoemd. Ook dit laat TikTok na, waardoor betrokkenen geen idee hebben waar hun persoonsgegevens worden opgeslagen.

Sub (v) Bewaartermijnen

213. TikTok moet betrokkenen informeren over de periode gedurende welke de persoonsgegevens zullen worden opgeslagen of, alleen indien dit niet mogelijk is, de criteria om die periode te bepalen (artikel 13 lid 2 sub a AVG en artikel 14 lid 2 sub a AVG). Van belang is dat deze informatie altijd als zodanig moet worden geformuleerd dat de betrokkene, op basis van zijn of haar eigen situatie, kan beoordelen wat de bewaartermijn voor specifieke gegevens en doeleinden is.⁹³ Dit vereiste houdt ook verband met het vereiste van minimale gegevensverwerking als bedoeld in artikel 5 lid 1 sub c AVG, en de vereiste van opslagbeperking als bedoeld in artikel 5 lid 1 sub e AVG.

⁹² Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, WP260 rev.01*, p. 43-44.

⁹³ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679, WP260 rev.01*, p. 44-45.

214. TikTok vermeldt echter geen concrete bewaartermijnen en maakt ook geen onderscheid tussen verschillende bewaartermijnen en doeleinden (**productie 4a** hoofdstuk 8). De bewaartermijn wordt slechts algemeen benoemd:

“Wij bewaren jouw gegevens zo lang als nodig is om jou de diensten te bieden waardoor wij kunnen voldoen aan onze contractuele verplichtingen aan jou en om onze rechten uit te oefenen in verband met de betrokken gegevens. Als wij de gegevens niet langer nodig hebben om de diensten aan jou aan te bieden, bewaren wij die gegevens alleen zolang wij een legitiem zakelijk belang hebben om die gegevens te bewaren. (...) In elk geval zijn er ook omstandigheden wanneer wij jouw gegevens langer moeten bewaren in overeenstemming met onze wettelijke verplichtingen of waar dat nodig is voor juridische claims.”

215. Deze wijze van formulering is onvoldoende:

“Het is niet voldoende dat de verwerkingsverantwoordelijke in algemene zin verklaart dat persoonsgegevens zo lang zullen worden bewaard als nodig is voor het rechtmatige doel van de verwerking. Indien relevant zouden de verschillende opslagperioden voor verschillende categorieën van persoonsgegevens en/of verschillende verwerkingsdoeleinden moeten worden vermeld, met inbegrip van, waar passend, de archiveringsperioden.”⁹⁴

216. TikTok biedt betrokken dus onvoldoende informatie over de opslagperiode. Het is hierdoor onmogelijk om naleving van de beginselen van doelbinding, dataminimalisatie en opslagbeperking te beoordelen.

Sub (vi) Rechten van de betrokkenen

217. TikTok informeert gebruikers in hoofdstuk 6 van het Privacybeleid over hun rechten onder de AVG. Dit hoofdstuk bevat een summiere beschrijving van het recht op inzage, recht op gegevenswissing, recht op rectificatie, overdraagbaarheid en (gezamenlijk) bezwaar, beperking en intrekken van toestemming.
218. De informatie over de rechten van betrokkenen (artikel 13 lid 2 sub b AVG en artikel 14 lid 2 sub c AVG), waaronder het recht om toestemming in te trekken (artikel 13 lid 2 sub c AVG en artikel 14 lid 2 sub d AVG), moet echter een samenvatting bevatten van wat het recht inhoudt, de wijze waarop de betrokkene stappen kan ondernemen om dat recht uit te oefenen en eventuele beperkingen van het recht.⁹⁵ De informatie die TikTok biedt is dus niet volledig. TikTok informeert

⁹⁴ Artikel 29 Werkgroep, *Richtlijn inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679*, WP260 rev.01, p. 45.

⁹⁵ Artikel 29 Werkgroep, *Richtlijn inzake transparantie overeenkomstig Verordening (EU) 2016/679*, WP260 rev.01, p. 45.

namelijk telkens in slechts één zin over de toepasselijke rechten, maar laat na om informatie te verschaffen over eventuele beperkingen. Het recht op gegevenswissing (artikel 17 AVG), beperking (artikel 18 AVG), overdraagbaarheid (artikel 20 AVG) en bezwaar (artikel 21 AVG) zijn niet absoluut en bijvoorbeeld afhankelijk van de rechtsgrond waarop de verwerking is gebaseerd.

219. Met name het recht om tegen een verwerking bezwaar te maken moet bovendien uitdrukkelijk onder de aandacht van de betrokkene worden gebracht, uiterlijk op het moment van het eerste contact met de betrokkene, en moet duidelijk en gescheiden van andere informatie worden weergegeven. Ook dit laat TikTok na. Sterker, in het Privacybeleid wordt het recht van bezwaar in één alinea met het recht op beperking en intrekking van de toestemming besproken. Het recht op intrekken van toestemming voor “het maken van automatische individuele beslissingen” wordt in een tussenzin aangegeven. Daarbij ontbreekt tevens de informatie dat intrekking geen afbreuk doet aan de rechtmatigheid van de verwerking op basis van de toestemming vóór de intrekking daarvan ontbreekt. Dit is op grond van artikel 13 lid 2 sub c AVG en artikel 14 lid 2 sub d AVG echter wel verplicht.
220. Ook ten aanzien van de rechten van betrokkenen is TikTok derhalve niet volledig en transparant.

Sub (vii) Geautomatiseerde besluitvorming en profilering

221. TikTok moet betrokkenen informeren over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming met inbegrip van profilering, en, indien van toepassing, nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene (artikel 13 lid 2 sub f AVG en artikel 14 lid 2 sub g AVG).⁹⁶
222. TikTok voldoet niet aan deze specifieke informatieplicht ten aanzien van profilering. Gezien het kernbeginsel van transparantie dat aan de AVG ten grondslag ligt, moeten verwerkingsverantwoordelijken ervoor zorgen dat zij betrokkenen op duidelijke en eenvoudige wijze uitleggen hoe het proces van profilering of geautomatiseerde besluitvorming werkt.⁹⁷ Zo schrijft artikel 13 lid 2 sub f AVG voor dat TikTok moet informeren over de geautomatiseerde besluitvorming en profilering en ten minste “nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene.” Deze informatie ontbreekt. Sterker nog, de woorden “geautomatiseerde besluitvorming” komen in het geheel niet voor en het woord “profilering” slechts eenmaal in het kader van het recht op bezwaar. Betrokkenen zijn daardoor ook onvoldoende geïnformeerd over, en zullen zich er niet bewust van zijn dat, geautomatiseerde besluitvorming en profilering plaatsvindt en dus dat zij daartegen bezwaar kunnen maken.

⁹⁶ Zie ook overweging 60 en 63 AVG.

⁹⁷ Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL, WP251rev.01, p. 19.

5.1.11 **Strijd met artikel 5 AVG: dataminimalisatie**

223. In het systeem van de AVG nemen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een centrale rol in. Het beginsel van proportionaliteit houdt onder meer in dat niet méér persoonsgegevens mogen worden verwerkt dan nodig is voor het doel van de verwerking. Dit beginsel van dataminimalisatie is ook neergelegd in artikel 5 lid 1 AVG: de gegevensverzameling moet worden beperkt tot het minimum (sub c) en de gegevens moeten worden verwijderd zodra ze niet meer nodig zijn (sub e). De persoonsgegevens dienen toereikend en ter zake dienend te zijn en beperkt te blijven tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt. Persoonsgegevens mogen alleen worden verwerkt indien het doel van de verwerking niet redelijkerwijs op een andere wijze kan worden verwezenlijkt.⁹⁸ Ook Artikel 6 AVG moet worden gezien in verband met het noodzakelijkheidsvereiste (randnummer 172).
224. Ten aanzien van profilering moet TikTok in alle stappen van het profileringsproces juistheid in het oog houden, in het bijzonder bij: het verzamelen van gegevens; het analyseren van gegevens; het opstellen van een profiel van een persoon; en het toepassen van een profiel om een besluit met betrekking tot de persoon te nemen:

“Verwerkingsverantwoordelijken moeten krachtige maatregelen invoeren om ervoor te zorgen en erop toe te zien dat hergebruikte of onrechtstreeks verkregen gegevens juist en actueel zijn. Dit maakt het des te belangrijker dat duidelijke informatie wordt verstrekt over de persoonsgegevens die worden verwerkt, zodat de betrokkene onjuistheden kan corrigeren en de kwaliteit van de gegevens kan verbeteren.”⁹⁹

225. Zoals in randnummers 65, 172, 179 en 183 uiteengezet, verzamelt TikTok gedetailleerde (gedrags)informatie over kinderen en combineert TikTok deze ook met gegevens die zij van derden ontvangt ten behoeve van gepersonaliseerde advertenties, terwijl niet is voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste. Gegevens die niet noodzakelijk zijn, zijn per definitie bovenmatig.¹⁰⁰ TikTok verwerkt persoonsgegevens daarom in strijd met het beginsel van dataminimalisatie en handelt daarmee in strijd met artikel 5 lid 1 sub c en sub e AVG, artikel 6 AVG en artikel 25 AVG.

5.1.12 **Strijd met hoofdstuk V AVG: geen geldige doorgifte naar derde landen**

226. TikTok schendt hoofdstuk V AVG door persoonsgegevens door te geven aan derde landen zonder passende waarborgen. Uit randnummer 64 volgt dat de persoonsgegevens van betrokkenen worden opgeslagen in de Verenigde Staten en in China, al dan niet via Alibaba. TikTok moet

⁹⁸ Overweging 39, AVG.

⁹⁹ Artikel 29 Werkgroep, *Richtnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 17/NL WP251rev.01, p. 13/14.

¹⁰⁰ Autoriteit Persoonsgegevens, *Gegevensverwerking gemeente Zaanstad bij toeleiding naar hulp. Wordt bij het gebruik van de zelfredzaamheidsmatrix voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste?*, p. 21.

hiermee voldoen aan de Amerikaanse en Chinese wetgeving, wat het bovendien mogelijk maakt dat die overheden toegang krijgen tot de persoonsgegevens van Nederlandse TikTok gebruikers.

227. In het Privacybeleid vermeldt TikTok dat gegevens buiten de EER worden opgeslagen, maar niet in welke landen. In de versie van augustus 2018 werden specifiek de Verenigde Staten, Singapore, Japan en China vermeld (**productie 4f** – Privacy Policy augustus 2018). TikTok geeft in het huidige Privacybeleid ook aan dat zij persoonsgegevens deelt met “andere leden, dochterondernemingen of gelieerde ondernemingen van onze groep”. Het is daarom evident dat sprake is van doorgifte naar in ieder geval de Verenigde Staten (TikTok Inc., 10100 Venice Blvd, Suite 401, Culver City, CA 90232, USA), Singapore (TikTok Pte. Ltd., 1 Raffles Quay, #26-10, South Tower, Singapore 048583) en China (**productie 9**).
228. In hoofdstuk V van de AVG zijn de doorgiften van persoonsgegevens aan derde landen geregeld en worden daaraan hoge eisen gesteld. Overeenkomstig artikel 44 AVG moet degene die persoonsgegevens doorgeeft aan een derde land voldoen aan hoofdstuk V AVG en daarnaast ook voldoen aan de voorwaarden die in de overige bepalingen van de AVG zijn vastgesteld.
229. Als de Europese Commissie geen adequaatheidsbeslissing heeft genomen (artikel 45 lid 3 AVG), mag een doorgifte van persoonsgegevens aan een derde land alleen plaatsvinden mits de verwerkingsverantwoordelijke passende waarborgen biedt en betrokkenen over afdwingbare rechten en doeltreffende rechtsmiddelen beschikken. Zoals het HvJEU heeft verduidelijkt, moeten deze passende waarborgen kunnen verzekeren dat personen wier persoonsgegevens worden doorgegeven een beschermingsniveau genieten dat in grote lijnen overeenkomt met het binnen de EER gewaarborgde beschermingsniveau.¹⁰¹ De bepalingen van hoofdstuk V beogen de continuïteit van het hoge niveau van deze bescherming bij doorgifte van persoonsgegevens naar een derde land te waarborgen¹⁰² en geven uitvoering aan de uitdrukkelijke verplichting in artikel 8 lid 1 Handvest tot bescherming van persoonsgegevens.¹⁰³
230. Passende waarborgen kunnen onder meer worden geboden op basis van krachtens artikel 46 lid 2 sub c AVG vastgestelde standaardbepalingen inzake gegevensbescherming. TikTok vermeldt in haar Privacybeleid dat zij persoonsgegevens in ieder geval doorgeeft naar een derde land op basis van deze modelcontractbepalingen.
231. In lijn met het arrest van het HvJEU, is het echter de verantwoordelijkheid van TikTok, als gegevensexporteur, om na te gaan of het door het Unierecht vereiste beschermingsniveau in het desbetreffende derde land in acht wordt genomen om te kunnen bepalen of de waarborgen van

¹⁰¹ HvJEU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*), r.o. 96.

¹⁰² HvJEU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*), r.o. 93.

¹⁰³ HvJEU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*), r.o. 72.

de modelcontractbepalingen in de praktijk kunnen worden nageleefd.¹⁰⁴ Waar dat niet het geval is, moet TikTok nagaan of aanvullende maatregelen genomen kunnen worden om een beschermingsniveau te bieden dat in grote lijnen overeenkomt met dat van de EER, en of de wetgeving van het derde land geen afbreuk zal doen aan deze aanvullende maatregelen om de doeltreffendheid ervan in de weg te staan.¹⁰⁵ Aanvullende maatregelen kunnen onder meer encryptie, pseudonimisering of splitsing van gegevensverwerkingen omvatten.¹⁰⁶

232. De EDPB heeft daarnaast vier essentiële garanties geformuleerd om, in het kader van surveillancemaatregelen door overheidsdiensten in een derde land, bij een doorgifte te beoordelen of een dergelijke inmenging volgens het Handvest aanvaardbaar zou zijn: (i) de verwerking moet gebaseerd zijn op duidelijke, nauwkeurige en toegankelijke regels; (ii) de noodzakelijkheid en evenredigheid van de nagestreefde legitieme doelstellingen moeten worden aangetoond; (iii) er moet een onafhankelijk toezichtmechanisme zijn; (iv) personen moeten over doeltreffende voorzieningen in rechte beschikken.¹⁰⁷
233. Ten aanzien van de Verenigde Staten oordeelde het Hof reeds dat het beschermingsniveau onvoldoende is.¹⁰⁸ Bepaalde surveillance-programma's leiden namelijk tot beperkingen op de bescherming van persoonsgegevens die niet zodanig zijn afgebakend dat wordt voldaan aan eisen die in grote lijnen overeenkomen met die welke in het Unierecht worden gesteld, en op grond van deze wetgeving worden aan de betrokkenen geen voor de rechter afdwingbare rechten tegenover de Amerikaanse autoriteiten toegekend.¹⁰⁹ Het voorgaande geldt evenzeer voor China, waar privacy en gegevensbescherming praktisch non-existent zijn:

“As the current literature widely reports, although sectoral data protection laws do exist in China and some legal remedies may theoretically apply to EU citizens, in reality, the legal order seems far from 'adequate' as prescribed by EU law: democratic conditions for the respect of human rights, such as independent courts, legal certainty and adequate means of enforcement cannot be guaranteed in China today.”¹¹⁰

¹⁰⁴ Hoewel het HvJEU artikel 46 lid 1 AVG heeft uitgelegd in de context van de geldigheid van de modelcontractbepalingen, geldt deze uitleg voor elke doorgifte naar derde landen met gebruik van een van de instrumenten waarnaar in artikel 46 AVG wordt verwezen.

¹⁰⁵ HvJEU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*), r.o. 133.

¹⁰⁶ EDPB, *Aanbevelingen 01/2020 inzake maatregelen ter aanvulling op doorgifte-instrumenten teneinde naleving van het beschermingsniveau van persoonsgegevens in de Unie te waarborgen*.

¹⁰⁷ EDPB, *Aanbevelingen 02/2020 over de Europese essentiële garanties voor surveillancemaatregelen*, p. 5.

¹⁰⁸ HvJEU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*), r.o. 184/185 en 192.

¹⁰⁹ Section 702 van de Foreign Intelligence Surveillance Act, Executive Order 12333 en Presidential Policy Directive 28.

¹¹⁰ European Parliamentary Research Service, *Personal data transfers to China*, PE 583.836, te raadplegen via [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/583836/EPRS_ATA\(2016\)583836_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/583836/EPRS_ATA(2016)583836_EN.pdf).

“The Chinese government maintains almost unlimited and unfettered access to private sector data, through a variety of regulatory requirements.”¹¹¹

234. Voor zowel de Verenigde Staten als China geldt dat niet aan de in randnummer 232 genoemde garanties wordt voldaan. De lokale wetgeving staat te ruime surveillancemaatregelen toe en de betrokkenen worden niet afdoende beschermd bij het verkrijgen van toegang tot persoonsgegevens van organisaties. TikTok mag de persoonsgegevens dus niet zonder meer doorgeven aan deze landen en dient aanvullende maatregelen te nemen om veilige doorgifte te waarborgen. Uit niets blijkt dat TikTok deze aanvullende maatregelen heeft genomen (randnummer 64). TikTok vermeldt hier ook niets over in haar Privacybeleid. Dit betekent dat de modelcontractbepalingen geen passende waarborg kunnen bieden voor de doorgifte van persoonsgegevens door TikTok. De doorgifte van persoonsgegevens door TikTok is dus in strijd met de AVG en daarmee onrechtmatig.

5.1.13 Strijd met artikel 32 AVG: beveiliging van persoonsgegevens

235. Op grond van artikel 32 AVG moet TikTok passende technische en organisatorische maatregelen nemen om persoonsgegevens adequaat te beveiligen. Persoonsgegevens moeten op een dusdanige manier worden verwerkt dat een passende beveiliging ervan gewaarborgd is, en dat zij onder meer beschermd zijn tegen ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking en tegen onopzettelijk verlies, vernietiging of beschadiging (overweging 39 AVG). Dit beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid is ook neergelegd in artikel 5 lid 1 sub f AVG.
236. Om de veiligheid te waarborgen en te voorkomen dat de verwerking van persoonsgegevens inbreuk maakt op de AVG, dient de verwerkingsverantwoordelijke op grond van artikel 32 AVG de aan de verwerking inherente risico's te beoordelen en maatregelen te treffen om risico's te beperken. Die maatregelen dienen een passend niveau van beveiliging te waarborgen, rekening houdend met de stand van de techniek en de uitvoeringskosten, afgezet tegen de risico's en de aard van de te beschermen persoonsgegevens. Bij de “aard van de te beschermen persoonsgegevens” moet onder meer rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de persoonsgegevens betrekking hebben op mensen uit kwetsbare groepen.¹¹² TikTok verwerkt (gevoelige) persoonsgegevens van kinderen die als kwetsbare personen met betrekking tot hun persoonsgegevens recht hebben op specifieke bescherming.
237. Om vast te stellen wat passende maatregelen zijn, zoals bedoeld in artikel 32 AVG, gebruikt de Autoriteit Persoonsgegevens de beleidsregels “Beveiliging van persoonsgegevens”¹¹³ in

¹¹¹ I. Rubinstein, G. Nojeim & R. Lee, ‘Systemic Government Access to Personal Data: A Comparative Analysis’, *International Data Privacy Law*, Volume 4, Issue 2, May 2014, p. 98.

¹¹² Autoriteit Persoonsgegevens, *Beleidsregels beveiliging van persoonsgegevens*, februari 2013, p. 14.

¹¹³ Autoriteit Persoonsgegevens, *Beleidsregels beveiliging van persoonsgegevens*, februari 2013. Deze richtsnoeren zijn uitgebracht door het College Bescherming Persoonsgegevens, de voorloper van de Autoriteit

samenhang met algemeen geaccepteerde beveiligingsstandaarden binnen de praktijk van de informatiebeveiliging, zoals de Code voor Informatiebeveiliging. Ook invulling van open normen door het Forum Standaardisatie en het College Standaardisatie worden door de Autoriteit Persoonsgegevens gebruikt om vast te stellen wat passende maatregelen zijn.

238. Bij het onderzoeken en beoordelen van de beveiliging van persoonsgegevens hanteert de AP als uitgangspunt een aantal beveiligingsmaatregelen die gebruikelijk zijn en die in veel situaties in een of andere vorm noodzakelijk zijn. Het gaat om de volgende maatregelen:¹¹⁴
- a) Beleidsdocument voor informatiebeveiliging;
 - b) Toewijzen van verantwoordelijkheden voor informatiebeveiliging;
 - c) Beveiligingsbewustzijn;
 - d) Fysieke beveiliging en beveiliging van apparatuur;
 - e) Toegangsbeveiliging;
 - f) Logging en controle;
 - g) Correcte verwerking in toepassingssystemen;
 - h) Beheer van technische kwetsbaarheden;
 - i) Incidentenbeheer;
 - j) Afhandeling van datalekken en beveiligingsincidenten;
 - k) Continuïteitsbeheer;
 - l) Gegevensbescherming en geheimhouding van persoonsgegevens; en
 - m) Geheimhoudingsovereenkomsten..
239. Zoals uiteengezet, heeft cyberonderzoeksbureau Check Point Research in 2020 kwetsbaarheden in de beveiliging van TikTok ontdekt, waardoor hackers toegang konden krijgen tot gebruikersaccounts en de inhoud daarvan konden manipuleren (randnummer 62). Ook onderzoeksbureau Penetrum publiceerde een beveiligingsanalyse van TikTok waarin diverse beveiligingsrisico's werden geconstateerd (randnummer 64). De beveiligingsrisico's hadden onder meer betrekking op het gebruik van onveilige hash algoritmes, de mogelijkheid voor aanvallers om malware te installeren en ernstige risico's in verband met webview en het onveilige gebruik van SSL/TLS, encryptie-protocollen die de communicatie tussen computers beveiligen.
240. Uit voorgaande volgt dat TikTok de beveiligingsplicht van artikel 32 AVG niet heeft nageleefd. Aangezien hackers ongeautoriseerd toegang hebben verkregen tot de persoonsgegevens die TikTok verwerkt van kinderen, had TikTok deze inbreuk in verband met persoonsgegevens (artikel 4, punt 12 AVG) ook moeten melden aan de Autoriteit Persoonsgegevens en de

Persoonsgegevens. Omdat de beveiligingsnorm uit de AVG niet wezenlijk verschilt van de norm uit de Wet bescherming persoonsgegevens, zijn deze richtsnoeren nog steeds relevant.

¹¹⁴ Autoriteit Persoonsgegevens, *Beleidsregels beveiliging van persoonsgegevens*, februari 2013, p. 16-18. Deze maatregelen zijn gebaseerd op en worden nader uitgewerkt in NEN-ISO/IEC 27002:2007.

betrokkenen, hetgeen niet het geval lijkt te zijn. TikTok schendt in dat geval ook artikel 33 en 34 AVG.

5.2 Strijd met artikel 11.7a Tw

241. Naast de AVG is ook artikel 11.7a Tw van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens door TikTok, nu TikTok informatie opslaat van of toegang verkrijgt tot informatie in de randapparatuur van een gebruiker. TikTok doet dit onder meer door cookies te plaatsen en vergelijkbare technologieën te gebruiken (**productie 4a** hoofdstuk 2):

“Cookies en vergelijkbare technologieën (bijvoorbeeld pixels en ad tags) (samen “Cookies”) zijn kleine bestanden die, wanneer ze op jouw apparaat worden geplaatst, ons in staat stellen bepaalde informatie van jou te verzamelen, waaronder persoonsgegevens, om jou bepaalde eigenschappen en functies aan te kunnen bieden. Wij en onze dienstverleners en zakelijke partners gebruiken Cookies om gegevens te verzamelen en om jou en jouw apparaat of apparaten te herkennen op het Platform en op andere plaatsen waar je jouw apparaten gebruikt. Zie ons Cookiebeleid om meer te lezen over cookies.”

242. Het Nederlandstalige Privacybeleid verwijst naar een Engelstalig “TikTok Platform Cookies Policy” (**productie 6**) (het “**Cookiebeleid**”). Dit is een ander cookiebeleid dan waarnaar wordt verwezen in de cookie banner van de website: “Cookiebeleid voor de websites van TikTok” (**productie 7**) (het “**Website Cookiebeleid**”). Het Website Cookiebeleid is “behalve op de Websites, niet van toepassing op onze diensten, applicaties, producten en inhoud, die elk onderhevig zijn aan eigen, afzonderlijke beleidslijnen/kennisgevingen”. De TikTok dienst kan gebruikt worden via zowel de app als de website. Omdat het Website Cookiebeleid niet van toepassing is op “diensten van TikTok”, geldt dat alleen het Cookiebeleid van toepassing is op het gebruik van de TikTok App (waaronder de web- en desktopversie).

243. Uit het Cookiebeleid blijkt onder meer voor welke doeleinden TikTok cookies plaatst, waarbij in deze context vergelijkbare technologieën worden bedoeld, zoals pixels en ad tags:

“Identification and security: We recognise you when you return to our Platform to make sure that you are the right user and to prevent activity that violates our policies.

For example, we check what country you are using the TikTok app from to detect if someone may be trying to fraudulently access your account.

“Content personalisation: We use these technologies to ensure that we can serve you with personalised content.

For example, each User is given a unique TikTok ID number. We use this to provide you with tailored content that will be of interest to you.

Remembering your preferences: We need to remember the settings you have chosen on the Platform so that they work how you want them to.

For example, we use these technologies in order to remember what languages you want to see content in, the privacy settings you apply to your account and/or videos and your Digital Wellbeing choices.

Functionality: Functionality tracking technologies help to make the Platform work more efficiently and to improve and optimize your experience.

For example, we determine which device you use, the software version and the screen dimensions so that we can ensure the TikTok app functions correctly. We also determine whether your battery is running low so that we can optimise the TikTok app and we make sure that content loads and plays correctly.

Analytics: We use analytics tracking technologies to analyse how you use the Platform, including which pages you view most often, how you interact with the content, measure any errors that occur and test different design ideas. The information is used to report and evaluate your activities and patterns as a user of the Platform.

For example, we may test new video creation features to help us decide which features users prefer.

Advertising and measurement: Our Platform uses advertising and measurement tracking technologies. These tracking technologies help us and our advertisers show you relevant advertising and measure the performance of ad campaigns. We also use these technologies to promote TikTok on the other platforms and websites and measure their effectiveness.

For example, we will learn from our advertiser about whether you viewed their products or bought something so we can learn how effective the ad was. If you've already shown interest in an ad, we might show you it again, or we might limit the number of times we show it to you."

244. Opmerking verdient dat lid 4 van artikel 11.7a Tw een bewijsvermoeden bevat, op grond waarvan het gebruik van tracking cookies als een verwerking van persoonsgegevens wordt beschouwd. Dit rechtsvermoeden zorgt ervoor dat TikTok, als de gebruiker van tracking cookies, naast de regels in artikel 11.7a Tw, ook de regels van de AVG moet naleven.

5.2.1 Territoriale toepasselijkheid

245. Omdat artikel 11.7a Tw tot doel heeft om gebruikers te beschermen, geldt deze bepaling voor eenieder die gegevens wil plaatsen op randapparatuur van gebruikers in Nederland, of op die

apparatuur opgeslagen gegevens wil lezen, ongeacht waar deze partij gevestigd is.¹¹⁵ Voor de toepasselijkheid van artikel 11.7a Tw is zodoende relevant of de website of applicatie waarop de cookies zijn geplaatst, zich richt op Nederlandse gebruikers. Of een website of applicatie zich richt op Nederlandse gebruikers kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit omstandigheden als de inhoud en aard van de informatie of gebruik van de Nederlandse taal. De extensie van een domeinnaam (.com bijvoorbeeld) is niet doorslaggevend.

246. TikTok richt zich bij het uitlezen van informatie van randapparatuur evident op Nederlandse gebruikers. Zo wordt informatie uitgelezen van de randapparatuur van gebruikers die de Nederlandstalige website bezoeken en is de applicatie beschikbaar in de Nederlandse App store en in de Nederlandse taal. TikTok valt zodoende onder de norm van artikel 11.7a Tw, op grond waarvan zij aan de daaruit voortvloeiende informatie- en toestemmingsvereisten moet voldoen.

5.2.2 Informatie en toestemming

247. Uitgangspunt op grond van artikel 11.7a lid 1 Tw is dat het plaatsen en uitlezen van cookies alleen is toegestaan op voorwaarde dat de betrokken gebruiker (a) is voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig de AVG, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt, en (b) daarvoor toestemming heeft verleend.
248. Alleen voor cookies die technisch noodzakelijk zijn om de communicatie uit te voeren of de door de internetbezoeker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren is een uitzondering gemaakt. De achtergrond van deze uitzondering is dat bij het gebruik van cookies voor deze doelen er weinig gevolgen zullen zijn voor de privacy van de gebruiker.¹¹⁶ Eenzelfde uitzondering geldt voor cookies die *uitsluitend* worden gebruikt om informatie te verkrijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een dienst van de informatiemaatschappij. Om onder de uitzondering voor deze categorie cookies te vallen is het daarnaast altijd vereist dat er geen of slechts geringe gevolgen zijn voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker. Dit is bij het gebruik van tracking cookies, waarmee het surfgedrag wordt gevolgd zodat interesseprofielen van de gebruiker kunnen worden opgesteld, hoe dan ook niet het geval.¹¹⁷ Dit geldt ook als analytische cookies worden gebruikt om een profiel van de internetgebruiker op te stellen, ook als dit door een derde gebeurt.
249. TikTok gebruikt cookies om interesseprofielen van gebruikers op te stellen om content te personaliseren, om gepersonaliseerde advertenties te tonen en om haar advertentieaanbod te optimaliseren. TikTok stelt profielen samen door een combinatie van volgtechnieken. Het profiel dat gebaseerd is op het analyseren van cookies die op eindapparatuur van de betrokkene zijn opgeslagen, wordt verrijkt met samengevoegde gegevens die zijn afgeleid van het gedrag van

¹¹⁵ *Kamerstukken I* 2011/12, 32549, E, p. 7.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 6.

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 902, nr. 3, p. 8.

betrokkenen bij het gebruik van de TikTok App (contextueel adverteren¹¹⁸ en gesegmenteerd adverteren¹¹⁹) en gegevens die TikTok ontvangt van “adverteerders en andere partners”. Het gebruik van cookies voor dergelijke doeleinden valt onder artikel 11.7a lid 1 Tw.

5.2.2.1 Informatieplicht

250. Artikel 11.7a lid 1 Tw schrijft voor dat voorafgaand aan het verkrijgen van toestemming voor het plaatsen of lezen van cookies, de gebruiker duidelijk en volledig wordt geïnformeerd overeenkomstig de AVG, in ieder geval over de doeleinden waarvoor deze informatie wordt gebruikt.
251. De Artikel 29 Werkgroep heeft enkele voorbeelden genoemd van informatie die in het geval van het gebruik van cookies voor gepersonaliseerde reclame ten minste moet worden verstrekt. De internetgebruiker moet duidelijk worden gemeld wie cookies plaatst en leest en wie de beschikking krijgt over en verantwoordelijk is voor de daarmee verkregen gegevens. Ook moet duidelijk worden gemaakt of cookies gebruikt worden om profielen op te stellen, welk type informatie wordt verzameld om dergelijke profielen mee op te stellen, of deze profielen worden gebruikt om gerichte reclame aan te bieden en of het surfgedrag van de gebruiker wordt gevolgd doordat de gebruiker aan de cookie op zijn computer kan worden herkend op meerdere websites.¹²⁰ Er moet eenvoudige uitleg worden gegeven over de manieren waarop een cookie wordt gebruikt om profielen samen te stellen ten behoeve van gerichte reclame.
252. Deze informatie dient “zo gebruikersvriendelijk mogelijk” te zijn, “waarbij een minimum aan informatieverstrekking, direct op het scherm wordt geplaatst en die interactief, goed zichtbaar en gemakkelijk te begrijpen is”. Deze cruciale informatie mag niet worden verstopt in algemene voorwaarden en/of privacyverklaringen.¹²¹
253. Bij het openen van de TikTok App vraagt TikTok de gebruiker om akkoord te gaan met het cookiebeleid (**productie 8**). Als de gebruiker een kind is krijgt deze na het registratieproces de pop-up zoals getoond in randnummer 52 te zien. Daarbij ontbreekt echter de essentiële, minimale informatie die bij het vragen van toestemming noodzakelijk is (randnummer 164-166). Daarbij informeert TikTok überhaupt niet over het gebruik van tracking cookies, het opstellen

¹¹⁸ Contextueel adverteren is een gerichte vorm van adverteren op basis van de content die op dat moment door de betrokkene wordt bekeken.

¹¹⁹ Gesegmenteerd adverteren is een gerichte vorm van adverteren op basis van gegevens die bekend zijn over betrokkene (leeftijd, geslacht, locatie, enz.), die de betrokkene heeft opgegeven op het moment van registratie.

¹²⁰ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising')*, 00909/10/NL, WP 171, p. 10.

¹²¹ Artikel 29 Werkgroep, *Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising')*, 00909/10/NL, WP 171, p. 21.

van profielen of het personaliseren van content. Deze informatie komt ook in het Cookiebeleid niet, althans niet duidelijk/begrijpelijk, voor.

254. TikTok heeft het wel over “we can serve you with personalised content”, “show you relevant advertising and measure the performance of ad campaigns”, en “to promote TikTok on the other platforms and websites and measure their effectiveness”. Het Cookiebeleid bevat echter verder geen concrete informatie over profilering door middel van cookies, de wijze waarop gebruikers worden getrackt, cookienaam of de levensduur van de cookies. Uit het Cookiebeleid volgt dan ook niet welke gegevens TikTok door middel van de cookies verzamelt. Deze informatie wordt overigens ook niet duidelijk na het lezen van het Privacybeleid, omdat TikTok daarin niet duidelijk maakt welke gegevens zij exact verkrijgt door middel van cookies.
255. Pas als een gebruiker zijn instellingen beheert (randnummer 52), leest de gebruiker dat hij gepersonaliseerde advertenties te zien kan krijgen van TikTok en partners op basis van zijn activiteit op en buiten TikTok. Ook wordt de gebruiker nader geïnformeerd over advertenties op basis van gegevens verkregen door partners en andere adverteerders. Deze informatie dient de gebruiker echter te worden verstrekt op het moment dat toestemming wordt gevraagd. TikTok voldoet derhalve niet aan haar informatieverplichting onder artikel 11.7a Tw en artikel 12, 13 en 14 AVG.

5.2.2.2 Toestemming

256. Voor de definitie van toestemming in de zin van artikel 11.7a Tw wordt verwezen naar de definitie in artikel 4, punt 11 AVG. Toestemming is, zoals in randnummer 142 uiteengezet, elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt. Voor het juridisch kader ten aanzien van deze vereisten wordt verwezen naar randnummers 142-171.
257. Behalve de hierboven beschreven vereisten voor geldige toestemming, moet de toestemming van kinderen, ook ten aanzien van cookies, door hun ouders of door een andere wettelijke vertegenwoordiger worden verleend. Dit betekent dat TikTok ouders op de hoogte moet stellen van het verzamelen en het gebruik van gegevens van kinderen en hun toestemming zou moeten verkrijgen voor zij hun gegevens verder gebruikt om het gedrag van kinderen voor commerciële doeleinden in kaart te brengen. In het licht van bovenstaande en ook rekening houdend met de kwetsbaarheid van kinderen, is de Artikel 29 Werkgroep van mening dat organisaties in het geheel geen interessegroepen moeten opstellen ten behoeve van reclame op basis van surfgedrag of ter beïnvloeding van kinderen.¹²² In dat kader bepaalt de AVG ook dat geautomatiseerde besluitvorming geen betrekking mag hebben op een kind (overweging 71). Dit

¹²² Artikel 29 Werkgroep, *Advies 2/2010 over online reclame op basis van surfgedrag ('behavioural advertising')*, 00909/10/NL, WP 171, p. 20.

doet TikTok echter wel, waardoor zij in strijd handelt met deze uitgangspunten. TikTok vraagt, in strijd met de AVG en UAVG, ook geen ouderlijke toestemming (paragraaf 5.1.6.1).

258. In randnummer 144-149 is reeds opgemerkt dat de toestemming niet vrij kan worden gegeven. Daarbij geldt dat de gebruiker alleen toestemming kan geven voor het personaliseren van advertenties op basis van zijn activiteit in de app en gegevens ontvangen van derden. Betrokkenen kunnen hiervoor geen aparte toestemming verlenen, terwijl de gebruiker in zijn accountinstelling wel voor beide separaat toestemming kan intrekken (randnummer 52). TikTok verkrijgt derhalve geen vrije toestemming. Naast de zelfstandige informatieplicht, is voorafgaande informatie ook een vereiste voor geldige toestemming. Zoals hierboven uiteengezet, is die informatie onvoldoende waardoor ook geen sprake kan zijn van geïnformeerde toestemming. Deze toestemming is tot slot ook niet specifiek (randnummer 150-153) en ondubbelzinnig (randnummer 168-171).
259. TikTok handelt daarom in strijd met artikel 5 lid 1 sub a AVG, artikel 6 AVG, artikel 12, 13 en 14 AVG en tevens in strijd met artikel 11.7a Tw, nu zij cookies plaatst en uitleest zonder geldige toestemming en niet (adequaat) voldoet aan de informatieplicht.

5.3 Consumentenrecht

260. TikTok handelt met de inrichting van de TikTok App en met inhoud van haar Gebruiksvoorwaarden, Virtual Items Policy en Privacybeleid niet alleen in strijd met de AVG en artikel 11.7a Tw, maar met dwingend Europees en Nederlands consumentenrecht.

5.3.1 *Onduidelijke en onbegrijpelijke bedingen: strijd met informatieverplichtingen*

261. Afdeling 2b van titel 5 van boek 6 BW is van toepassing op de overeenkomsten tussen de Gedupeerden en TikTok ter gebruik van de TikTok App. TikTok handelt immers als handelaar, de Gedupeerden als consumenten en de overeenkomst is aan te merken als een overeenkomst op afstand (zie de definities in artikel 6: 230g BW).
262. Artikel 6:230m BW verplicht de handelaar om de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze bepaalde informatie te verstrekken voordat de consument gebonden is aan een overeenkomst op afstand, dan wel aan een daartoe strekkend aanbod. Onder andere dient op duidelijke en begrijpelijke wijze de volgende informatie te worden verstrekt:
- a) De voornaamste kenmerken van de zaken of de diensten, in de mate waarin dit gezien de gebruikte drager en de zaken of diensten passend is (artikel 6:230m lid 1 sub a BW); en
 - b) De totale prijs van de zaken of diensten, met inbegrip van alle belastingen, of, als door de aard van de zaak of de dienst de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs moet worden berekend, en, in voorkomend geval, alle extra vracht-, leverings- of portokosten en eventuele andere kosten of, indien deze kosten

redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, het feit dat er eventueel dergelijke extra kosten verschuldigd kunnen zijn (artikel 6:230m lid 1 sub e BW).

263. Ook afdeling 3A van titel 3 van boek 6 BW, betreffende oneerlijke handelspraktijken, is van toepassing op TikTok's handelwijze. Artikel 6:193d lid 2 en 3 BW bepaalt dat het verborgen houden van essentiële informatie over de diensten of het op onduidelijke, onbegrijpelijke of dubbelzinnige wijze verstrekken van deze informatie, voor zover dat de consument ertoe kan brengen een ander besluit te nemen over de transactie, kwalificeert als een misleidende omissie.¹²³ In artikel 6:193f sub b BW is bepaald dat de informatie genoemd in artikel 6:230m lid 1 sub a BW als essentieel in de zin van artikel 6:193d lid 2 BW moet worden aangemerkt.¹²⁴
264. Artikel 6:238 lid 2 BW kent een soortgelijke bepaling en bepaalt dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld. Bij twijfel prevaleert de meest gunstige uitleg van het beding voor de consument.
265. Ten aanzien van het vereiste "duidelijk en begrijpelijk", overwoog het HvJEU dat contractuele bedingen niet alleen taalkundig en grammaticaal begrijpelijk moeten zijn voor de consument, maar dat een consument op basis van duidelijke begrijpelijke criteria de economische gevolgen die uit het beding voortvloeien moet kunnen voorzien.¹²⁵ De bedingen moeten bovendien begrijpelijk en duidelijk zijn voor de relevante doelgroep en op een manier worden gecommuniceerd die geschikt is voor de doelgroep.¹²⁶ Dit uitgangspunt is onder andere neergelegd in artikel 6:193a lid 2 BW en wordt eveneens genoemd in overweging 34 van de Consumentenrichtlijn:

"Bij de verstrekking van deze informatie moet de handelaar rekening houden met de specifieke behoeften van consumenten die door hun mentale, lichamelijke of psychologische handicap, hun leeftijd of hun goedgelovigheid bijzonder kwetsbaar zijn op een manier die de handelaar redelijkerwijs kon worden verwacht te voorzien.(...)"

5.3.1.1 Privacybeleid

266. Zoals beschreven in paragraaf 5.1.10 voldoet TikTok in haar Privacybeleid niet aan haar transparantieplichtingen voortvloeiend uit de AVG. Het ontbreken van de benodigde informatie en/of het onjuist of onduidelijk informeren daarover, leidt er eveneens toe dat de gemiddelde consument van de TikTok App – minderjarigen, met name kinderen en jonge tieners – onvoldoende inzicht heeft in hoe TikTok omgaat met zijn persoonsgegevens. De consument wordt hierdoor in de precontractuele fase (het moment van registreren) door TikTok niet, althans

¹²³ Artikel 7 Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken ("Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken")

¹²⁴ Zie ook de Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende Oneerlijke Handelspraktijken, punt 1.4.10 en 3.4.1.

¹²⁵ HvJEU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282 (*Arpad Kasler en Hajnalka Kaslerne Rabai/OTP Jelzalogbank*) r.o. 75.

¹²⁶ HvJEU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262 (*van Hove/CNP Assurances*) r.o. 40 t/m 50.

niet op voldoende duidelijke en begrijpelijke wijze, voorzien van de voornaamste kenmerken van de TikTok App. Dit is een schending van artikel 6:230m lid 1 sub a BW en 6:193d BW.

267. Het gebruik van persoonsgegevens door TikTok behoort immers tot de voornaamste kenmerken van de TikTok App en betreft essentiële informatie. Op basis van persoonsgegevens, waaronder gegevens als persoonlijke interesses, leeftijd en geslacht, kan TikTok gebruikers namelijk voorzien van gerichte videocontent. De verzameling van persoonsgegevens en het opstellen van profielen van gebruikers is bovendien een belangrijk onderdeel van haar advertentiedienst. Door de onvolledige en onduidelijke informatievoorziening is de consument onvoldoende in de gelegenheid om een weloverwogen keuze te maken: ga ik wel of geen gebruikmaken van de TikTok App. Dat informatie over de verwerking van persoonsgegevens voor commerciële doeleinden als essentieel beschouwd moet worden, is ook erkend in de richtsnoeren bij de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.¹²⁷ Het niet verstrekken van deze essentiële informatie kan de consument ertoe brengen een ander besluit te nemen over het wel of niet gebruiken van de app of het wel of niet creëren van digitale tegoeden daarop.

5.3.1.2 *Gebruiksvoorwaarden en Virtual Items Policy*

268. TikTok schendt ook in haar Gebruiksvoorwaarden en Virtual Items Policy de op haar rustende informatieverplichtingen op grond van artikel 6:230m BW en 6:193d lid 2 en 3 BW. Deze documenten bevatten evident informatie over de voornaamste kenmerken van de dienst en essentiële informatie die de consument nodig heeft om een geïnformeerde beslissing te nemen, waaronder over garanties, aansprakelijkheid, IE-licenties en de aankoop en uitbetaling van Coins, Gifts en Diamonds.
269. De documenten zijn lang en bevatten geen samenvatting of inhoudsopgave voor minderjarigen. De Gebruiksvoorwaarden en de Virtual Items Policy tellen respectievelijk 21 en 6 pagina's. Beide documenten bevatten bovendien veel juridische tekst, waardoor deze reeds om die reden in zijn geheel onduidelijk en onbegrijpelijk zijn voor kinderen en jonge tieners, en daarmee vernietigbaar.
270. TikTok biedt haar Open Source Policy, Intellectual Property Policy, Virtual Items Policy en Law Enforcement Policy bovendien alleen in de Engelse taal aan, waardoor deze voor Nederlandse kinderen en jonge tieners ook om die reden hoe dan ook in zijn geheel onduidelijk en onbegrijpelijk zijn, en daarmee vernietigbaar. Dit standpunt vindt steun in een arrest van het *Kammergericht* Berlin, de hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Berlijn. Het *Kammergericht* oordeelde in een zaak tegen WhatsApp dat haar Engelse gebruiksvoorwaarden en privacybeleid oneerlijk waren omdat van de Duitse consument niet kan worden gevergd dat deze juridisch Engels kan begrijpen. De bepalingen in de Engelse gebruiksvoorwaarden en het

¹²⁷ Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende Oneerlijke Handelspraktijken, punt 1.4.10 en 3.4.1.

privacybeleid waren op grond daarvan nietig, ongeacht of de afzonderlijke clauses, indien zij in het Duits zouden zijn opgesteld, naar hun strekking en inhoud geldig en afdwingbaar zouden zijn.¹²⁸

271. Het feit dat de genoemde documenten enkel in de Engelse taal beschikbaar zijn, heeft bovendien invloed op de begrijpelijkheid en duidelijk van de Nederlandse Gebruiksvoorwaarden. Zo vormt het Virtual Items Policy een belangrijk onderdeel van de Gebruiksvoorwaarden. TikTok zegt hierover ook in haar Gebruiksvoorwaarden dat de aankoop van munten in de TikTok App onderworpen is aan het "Virtuele Items Beleid". Vervolgens verwijst TikTok naar de Engelstalige versie ervan (**productie 3a**, Gebruiksvoorwaarden pagina 4). Hetzelfde gebeurt bij verwijzing naar het Open Source Beleid in de Gebruiksvoorwaarden. Omdat de Virtual Items Policy voor jonge gebruikers onduidelijk en onbegrijpelijk is en onlosmakelijk is verbonden met de Gebruiksvoorwaarden, zijn daarmee ook de Gebruiksvoorwaarden onduidelijk en onbegrijpelijk, en daarmee vernietigbaar.
272. Overigens geldt ook voor de Nederlandse bepalingen in de Gebruiksvoorwaarden op zichzelf dat de inhoud en strekking daarvan onbegrijpelijk en onduidelijk is. Zo zullen Nederlandse kinderen en jonge tieners niet begrijpen of de Gebruiksvoorwaarden überhaupt van toepassing zijn op hen. De eerste zin onder de titel Gebruiksvoorwaarden luidt namelijk als volgt (**productie 3a**):

"(Als je een gebruiker bent die in de EER, Zwitserland of het Verenigd Koninkrijk woont)"

273. Van jonge gebruikers kan niet worden verwacht dat zij begrijpen waar de afkorting EER voor staat, laat staan dat zij begrijpen wat de Europese Economische Ruimte is. TikTok verzuimt hier dus direct al op een duidelijke manier te vermelden dat de Gebruiksvoorwaarden op Nederlandse gebruikers van toepassing zijn, terwijl zij wel precies registreert – en het voor haar eigen doeleinden ook noodzakelijk acht om te weten – waar haar gebruikers zich bevinden en in welke taal hun browser ingesteld is.
274. Artikel 9 van de Gebruiksvoorwaarden informeert op onduidelijke en onbegrijpelijke wijze over het – bij uitstek als essentieel aan te merken - gebruik van de door de gebruikers gegenereerde content door TikTok, waaronder de video's die zijn gemaakt door de gebruikers zelf. Het artikel omvat in totaal bijna 6 pagina's tekst en de bepalingen zijn veelal een opsomming van ingewikkelde juridische teksten (**productie 3a**):

"(...) Behalve als uitdrukkelijk anders voorzien in deze Voorwaarden, ben jij of de eigenaar van jouw Gebruikerscontent die jij aan ons stuurt nog steeds de eigenaar van het auteursrecht en andere intellectuele eigendom van de Gebruikerscontent, maar door de Gebruikerscontent in te dienen via de Diensten geef jij hiermee (i) aan ons en de aan ons gelieerde ondernemingen, vertegenwoordigers, dienstverleners, partners en andere aan

¹²⁸ Kammergericht Berlin 8 april 2016, Az. 5 U 156/14 (vzbv/WhatsApp).

ons gelieerde derden een onvoorwaardelijke, niet-exclusieve, royaltyvrije, volledig overdraagbare (inclusief het recht op sublicentiëring), eeuwigdurende wereldwijde licentie om jouw Gebruikerscontent te gebruiken, te wijzigen, aan te passen, er afgeleide werken mee te maken, te publiceren en/of over te dragen en/of te verspreiden en andere gebruikers van de Diensten toe te staan om jouw Gebruikerscontent te bekijken, er toegang toe te verkrijgen, te gebruiken, te downloaden, te wijzigen, aan te passen, te reproduceren, er afgeleide werken mee te maken, te publiceren en/of over te dragen in elk formaat en op elk platform, bekend of onbekend of nog niet uitgevonden; (ii) aan andere gebruikers van de Diensten een onvoorwaardelijke en onherroepelijke, niet-exclusieve, royaltyvrije, eeuwigdurende wereldwijde licentie om een deel van, of de volledige Gebruikerscontent te gebruiken, te wijzigen, aan te passen, te reproduceren, er afgeleide werken mee te maken, te downloaden, te publiceren en/of over te dragen en/of te verspreiden in elk formaat en op elk platform, bekend of onbekend of nog niet uitgevonden voor het doel van het maken van andere Gebruikerscontent of het bekijken van jouw Gebruikerscontent voor vermaak of andere particuliere, niet-commerciële doeleinden(...)"

275. Welke gebruiksrechten de gebruiker hier nu daadwerkelijk aan TikTok verleent is voor volwassenen zonder juridische achtergrond al niet te bevatten, laat staan voor een kind of jonge tiener.

5.3.2 Onredelijk bezwarende bepalingen

276. Verder kwalificeert de inhoud van de Gebruiksvoorwaarden en het Virtual Items Policy, althans de inhoud van een aantal bepalingen daarin, als onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 sub a BW.

5.3.2.1 Gebruiksvoorwaarden

277. Hetgeen onder artikel 6 van de Gebruiksvoorwaarden is bepaald is uiterst vaag en breed omschreven. TikTok verleent zichzelf hiermee een eenzijdig recht om het gebruikersaccount en/of de toegang tot de TikTok App naar eigen goeddunken op te schorten of te beëindigen, zonder dat daarbij wordt aangegeven op welke grond TikTok dat mag doen (**productie 3a**):

“Wij behouden ons het recht voor om jouw gebruikersaccount op elk moment tijdelijk of definitief op te schorten of te beëindigen of beperkingen in te stellen of jouw toegang tot delen van de Diensten of alle Diensten te beperken met of zonder kennisgeving en om welke reden dan ook, waaronder(...)"

278. Het eenzijdige recht om het gebruikersaccount of de toegang tot de TikTok App “om welke reden dan ook” te beëindigen, heeft ernstig nadelige gevolgen voor de consument en is zodoende op grond van 6:233 sub a BW onredelijk bezwarend. Bovendien is de opschortingsbevoegdheid die TikTok zichzelf hier verleent, aanzienlijk ruimer dan de wettelijke opschortingsbevoegdheid van

artikel 6:52 BW, dat bepaalt dat er voldoende samenhang moet bestaan om de opschorting te rechtvaardigen. Daarmee is het beding in de Gebruiksvoorwaarden ook onredelijk bezwarend op grond van artikel 6:236 sub c BW (de zwarte lijst).

279. Ook is de licentie die kinderen en jonge tieners aan TikTok verlenen in artikel 9 niet alleen onbegrijpelijk en onduidelijk, maar ook uiterst verstrekend en nadelig voor hen. Zij verlenen TikTok:

“(...) een onvoorwaardelijke, niet-exclusieve, royaltyvrije, volledig overdraagbare (inclusief het recht op sublicentiëring), eeuwigdurende wereldwijde licentie om jouw Gebruikerscontent te gebruiken, te wijzigen, aan te passen, er afgeleide werken mee te maken, te publiceren en/of over te dragen en/of te verspreiden en andere gebruikers van de Diensten toe te staan om jouw Gebruikerscontent te bekijken, er toegang toe te verkrijgen, te gebruiken, te downloaden, te wijzigen, aan te passen, te reproduceren, er afgeleide werken mee te maken, te publiceren en/of over te dragen in elk formaat en op elk platform, bekend of onbekend of nog niet uitgevonden (...)”

280. Gebruikers verlenen daarmee een licentie die op alle fronten onbegrensd is: geografisch, in tijd en in gebruiksmogelijkheden. Het staat TikTok daarbij vrij de content op alle mogelijke manieren aan te passen en te wijzigen zonder dat de betrokken kinderen of hun ouders er daarna nog enige grip op wordt gegund. Bovendien ontvangt de gebruiker hiervoor geen vergoeding. De licentie geldt bovendien niet alleen voor TikTok maar ook voor “de aan TikTok gelieerde ondernemingen, vertegenwoordigers, dienstverleners, partners en andere aan ons gelieerde derden”. Deze beschrijving is bewust uiterst breed gehouden zodat in de praktijk een niet-limitatieve lijst partners van TikTok zich kan beroepen op deze licentie. Tot slot geldt de licentie ook nog voor andere gebruikers van de TikTok App.
281. Ten aanzien van Facebook en Twitter heeft de Parijse rechtbank in eerste aanleg eerder geoordeeld dat dergelijke brede en vage licenties tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen leidt, ten nadele van consumenten. In deze twee gevallen bedongen Twitter en Facebook voor zichzelf een absolute, royalty-vrije, wereldwijde licentie voor het overdragen en in sublicentie geven van alle inhoud die door hun gebruikers wordt gepubliceerd.¹²⁹
282. De licentieverlening in artikel 9 is aldus onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar.
283. Ook de aansprakelijkheidsbeperking, zoals opgenomen in artikel 12 van de Gebruiksvoorwaarden, is onredelijk bezwarend. TikTok sluit haar aansprakelijkheid als volgt uit:

¹²⁹ TGI Paris 7 augustus 2018, 14/07300 (UFC- Que Choisir/ Twitter) en TGI Paris 9 april 2019, No 14/07298 (UFC- Que Choisir/Facebook).

“ONVERMINDERD HET IN DE BOVENSTAANDE PARAGRAAF GESTELDE ZIJN WIJ NIET VERANTWOORDELIJK TEN OPZICHTE VAN JOU, HETZIJ CONTRACTUEEL, HETZIJ ALS GEVOLG VAN EEN ONRECHTMATIGE DAAD (MET INBEGRIJ VAN NALATIGHEID), SCHENDING VAN WETTELIJKE VERPLICHTING OF ANDERSZINS ALS GEVOLG VAN OF IN VERBAND MET DEZE VOORWAARDEN OF DE LEVERING OF ONTVANGST VAN DE DIENSTEN VOOR: (I) VERLIES VAN WINST; (II) VERLIES VAN GOODWILL; (III) VERLIES VAN KANSEN; (IV) VERLIES VAN GEGEVENS; (V) VERLIES VAN ZAKEN; (VI) BEDRIJFSONDERBREKING; (VII) VERLIES VAN ZAKELIJK REPUTATIE; OF (VIII) ALLE INDIRECTE SCHADE OF GEVOLGSCHADE VAN WELKE AARD DAN OOK.”

284. Alle genoemde schadeposten worden dus uitgesloten, ongeacht of het handelen of nalaten door TikTok kwalificeert als onrechtmatige daad, wanprestatie of een andere schending van een wettelijke verplichting. Ook bepaalt artikel 12 dat deze uitsluiting geldt ongeacht of sprake is van nalatigheid.
285. Voor zover TikTok wel aansprakelijk zou zijn, beperkt zij deze schade tot een maximum, namelijk tot het hoogste van (i) het bedrag dat de gebruiker aan TikTok heeft betaald in de twaalf maanden voorafgaand aan de vordering of (ii) € 100,-:

“ONVERMINDERD HET IN DE BOVENSTAANDE PARAGRAAF VAN DIT ONDERDEEL 12 GESTELDE, IS ONZE TOTALE SAMENGESTELDE AANSPRAKELIJKHEID, ONGEACHT OF DEZE VOORTVLOEIT UIT EEN CONTRACT, ONRECHTMATIGE DAAD (MET INBEGRIJ VAN NALATIGHEID), SCHENDING VAN EEN WETTELIJKE VERPLICHTING OF IN VERBAND MET DEZE VOORWAARDEN EN DE LEVERING EN ONTVANGST VAN DE DIENSTEN, BEPERKT TOT HET HOOGSTE VAN: (I) HET BEDRAG DAT JIJ AAN TIKTOK HEBT BETAALD IN DE 12 MAANDEN ONMIDDELLIJK VOORAFGAAND AAN JOUW VORDERING JEGENS TIKTOK; OF (II) € 100,00.”

286. Ook deze aansprakelijkheidsbeperking ziet op alle wijze van handelen of nalaten aan de zijde van TikTok.
287. De bepaling is zeer nadelig voor de consument, die zo niet in staat is daadwerkelijk ontstane schade op TikTok te verhalen, en verstoort het evenwicht tussen de contracterende partijen in aanzienlijke mate, mede gelet op de overige inhoud van de Gebruiksvoorwaarden, waaronder de uitsluiting van garanties in artikel 11. Een dergelijke uitgebreide aansprakelijkheidsbeperking dient op grond van artikel 6:233a BW jo 6:237 sub f BW (grijze lijst) vermoed onredelijk bezwarend te zijn.¹³⁰
288. Voor zover TikTok het onredelijk bezwarende karakter van de schadebeperking onder artikel 12 van haar Gebruiksvoorwaarden zou betwisten, wijst SOMI erop dat ook uit de omstandigheden

¹³⁰ Zie ook artikel 3 lid 3 Richtlijn Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten onder punt B van de Annex.

niet anders kan blijken dan dat deze exoneratie onredelijk bezwarend is. TikTok is een zeer grote en professionele, wereldwijd opererend partij met kolossale omzetten. Dit staat in schril contrast tot de positie van de individuele gebruikers van de app: natuurlijke personen, consumenten en veelal minderjarigen. Van TikTok mag bovendien verwacht worden dat zij goed verzekerd is tegen claims van haar gebruikers, terwijl de in deze zaak aan de orde zijnde schade voor de gebruikers zelf onmogelijk te verzekeren is. Het zou in dat kader onredelijk bezwarend zijn indien de consument zijn daadwerkelijke schade niet kan verhalen op TikTok.

289. Daar komt bij dat de exoneratieclausule deel uitmaakt van algemene voorwaarden die eenzijdig door TikTok zijn opgesteld en daardoor zeer nadelig zijn voor de consument. Bij de totstandkoming van de Gebruiksvoorwaarden heeft de gebruiker op geen enkele manier invloed kunnen uitoefenen op de betreffende bepaling. Nergens blijkt verder uit dat het betrokken belang van de consument hierbij is afgewogen tegen het belang van TikTok.
290. Tot slot is de tekst van de aansprakelijkheidsbeperking voor gebruikers, in het bijzonder jonge kinderen en tieners, ook nog eens dusdanig vaag en juridisch geformuleerd dat zij de (economische) gevolgen daarvan nooit hadden kunnen voorzien.
291. Gelet hierop dient de gehele aansprakelijkheidsbeperking onder artikel 12 Gebruiksvoorwaarden onredelijk bezwarend geacht te worden. Deze bepaling is dus vernietigbaar.
292. Voor zover de aansprakelijkheidsbeperking niet vernietigbaar is op grond van artikel 6:233 sub a juncto artikel 6:237 sub f BW, geldt subsidiair dat in deze zaak sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van TikTok, zodat haar geen beroep op de bepaling toekomt. Zoals uiteengezet in deze dagvaarding, is TikTok zich al tijden bewust van de overtredingen die zij met de TikTok App begaat en van de schade die zij daarmee teweeg brengt. Toch onderneemt zij geen tot weinig actie, althans niet vrijwillige, om die overtredingen te staken en de schade te beperken. Meer-subsidiair dient toepassing van de exoneratieclausule, gelet op de hierboven genoemde omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te worden geacht en dient de bepaling aldus buiten toepassing te worden gelaten jegens alle Gedupeerden (artikel 6:248 lid 2 BW).

5.3.2.2 *Virtual Items Policy*

293. Ook de Virtual Items Policy, enkel beschikbaar in het Engels, staat vol vage en dubbelzinnige bepalingen, welke het evenwicht tussen partijen aanzienlijk verstoren en die voor de consument zeer nadelige gevolgen hebben en aldus onredelijk bezwarend zijn (**productie 5**).
294. Met betrekking tot Coins behoudt TikTok zich het recht voor “to manage, regulate, control, modify and/or eliminate” de Coins als het een “valid reason” heeft, waaronder “legal, security or technical reasons”. TikTok hanteert derhalve een vage en niet-uitputtende lijst van redenen om

naar eigen goeddunken het gebruik van Coins voor een bepaalde gebruiker aan te passen of de Coins zelfs simpelweg te verwijderen. Daarbij sluit zij enige aansprakelijkheid in dat geval uit.

295. Ten aanzien van de omrekenkoers van Coins naar Gifts behoudt TikTok zich het recht voor deze in het algemeen of in een specifiek geval naar eigen goeddunken aan te passen of zelfs te staken:

“You agree that we have the absolute right to manage, regulate, control, modify and/or eliminate such exchange rate as it sees fit to its sole discretion, in any general or specific case (...).”

296. TikTok heeft hier dus niet eens een geldige reden voor nodig, maar kan dit simpelweg geheel geval zelfstandig bepalen. Ook in dit geval wordt enige aansprakelijkheid van TikTok uitgesloten.

297. Ook de bepalingen ten aanzien van het verdienen van Diamonds zijn bewust vaag en zeer eenzijdig in het voordeel van TikTok geformuleerd. Zo heeft TikTok wederom het recht om het gebruik van Diamonds naar eigen inzicht te wijzigen of te staken, alsmede het recht om de wisselkoers van Gifts naar Diamonds naar eigen inzicht te wijzigen, zonder daarvoor aansprakelijk te zijn en zonder de gebruiker daarvan op de hoogte te stellen:

“Diamonds are a measurement of the popularity of the relevant User Content. Diamonds are based on the Gifts a Content Provider receives, at a rate of conversion to be determined by us from time to time in its absolute and sole discretion.”

“You agree that we have the absolute right to manage, regulate, control, modify and/or eliminate such Diamonds as it sees fit in its sole discretion, in any general or specific case, and that we will have no liability to you based on its exercise of such right.”

298. Tot slot is ook de invloed van TikTok op de wisselkoers van Diamonds naar Amerikaanse Dollars eenzijdig en naar willekeur van TikTok. De gebruiker heeft geen inzicht in de wisselkoers en TikTok mag de mogelijkheid om Diamonds in te wisselen naar eigen inzicht wijzigen dan wel staken, alsmede de vergoedingsregeling voor Diamonds op elk moment staken, zonder in enig geval hiervoor aansprakelijk te zijn:

“A Content Provider can choose, by selecting the relevant options in their user account, to withdraw Diamonds in exchange for monetary compensation (to be denominated in US dollars). The applicable monetary compensation will be calculated by us based on various factors including the number of Diamonds a user has accrued.”

“You agree that we have the right to manage, regulate, control, modify and/or eliminate such withdrawal feature where we have a valid reason to do so such as where we reasonably believe you have violated this Policy, you are in breach of any applicable law or regulation or for legal, security or technical reasons, and that we will have no liability to you based on our exercise of such right.”

“We may cancel the operation of the Diamond incentive at any time. If we cancel the Diamond incentive, we shall make reasonable efforts to provide you with prior notice to enable you to convert your Diamonds into cash. Where we have a valid reason (such as where we reasonably believe you have violated this Policy, you are in breach of any applicable law or regulation or for legal, security or technical reasons), we may cancel the operation of the Diamond incentive without notice. In either case, you shall have no right or entitlement to any financial compensation in respect of any Diamond accrued prior to the date of cancellation of the incentive that has not been converted into cash using the mechanism set out in this Policy.”

299. Met bovengenoemde bepalingen tracht TikTok eenzijdig en volledig controle te houden over belangrijke voorwaarden waaronder zij haar TikTok App aanbiedt. Naast dat deze eenzijdige bepalingen voor kinderen en jonge tieners onbegrijpelijk en onduidelijk zijn, kwalificeren deze dan ook als onredelijk bezwarend. Deze zijn in strijd met 6:233 sub a BW en met de zogenoemde blauwe lijst uit artikel 3 lid 3 Richtlijn Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten onder punt b, i, j, k, l en q van de Annex. Op grond daarvan is de Virtual Items Policy, althans in ieder geval de hierboven genoemde bepalingen, vernietigbaar.

5.3.3 Misleidende handelspraktijken

300. Voorts maakt TikTok zich schuldig aan misleidende handelspraktijken. TikTok's verdienmodel inzake Coins, Gifts en Diamonds is zo ingericht dat de gebruiker, in het bijzonder kinderen en jonge tieners, ieder besef van de waarde van geld uit het oog verliezen. Bij de aankoop van Coins ziet de gebruiker nog hoeveel de waarde daarvan is in euro's. Echter, op het moment dat de gebruiker de Coins omzet in een Gift voor een andere gebruiker, is de waarde van de Gift niet uitgedrukt in euro's, maar uitsluitend in Coins.
301. SOMI heeft met een account op TikTok zelf 65 Coins ter waarde van € 1,09 aangekocht. Vervolgens heeft SOMI met dit gebruikersaccount een willekeurige gebruiker in een live-sessie een Gift gestuurd. De Gift was 7 Coins waard. Hoeveel euro's de Gift daadwerkelijk waard was, maakt TikTok niet inzichtelijk in het overzicht, noch bij het daadwerkelijk verzenden van de Gift (**productie 17**). Met name kinderen en jonge tieners lopen hierdoor het risico dat zij zonder het te beseffen veel meer geld uitgeven dan zij eigenlijk zouden willen.
302. Deze handelspraktijk betreft daarmee een omissie in precontractuele informatie met betrekking tot de prijs van het product en kwalificeert dan ook als een misleidende omissie op grond van artikel 6:230m lid 1 sub e BW en artikel 6:193e sub c BW.¹³¹

¹³¹ Vgl. artikel 6 lid 1 onder e Consumentenrichtlijn en artikel 7 lid 4 onder c Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

5.3.4 Bescherming tegen (verborgen) reclame op de app

303. In de TikTok App is regelmatig content te zien waarvan de promotionele aard niet duidelijk is, met name voor kinderen (randnummer 127). De gemiddelde consument – kinderen en jonge tieners - kan het reclameaanbod daardoor niet onderscheiden van niet-commerciële content in de app. Hoewel het de adverteerders zijn die deze reclames maken, is het TikTok die in grote mate invloed heeft op welke gebruikers reclame ontvangen en in welke vorm zij die reclame waarnemen. TikTok neemt echter onvoldoende maatregelen om deze kwetsbare doelgroep te beschermen tegen verborgen reclame. Integendeel, TikTok lijkt het gebruik van verborgen reclame gericht op kinderen juist te stimuleren.
304. Zo is het ten eerste TikTok zelf die de advertentiediensten in de app faciliteert en daaruit inkomsten genereert. Zij heeft grote invloed op de vorm waarin adverteerders reclame kunnen maken. Het streven van TikTok mag in dat kader duidelijk zijn. Zij wil haar adverteerders de mogelijkheid bieden de reclamecontent zo “natuurlijk” mogelijk te laten integreren met de overige gebruikerscontent, zodat de reclame niet “overgeslagen” of “genegeerd” wordt (randnummer 33). Dit uitgangspunt is ook duidelijk terug te zien in haar verschillende advertentievormen (randnummer 36). Zo worden de Branded Hashtag Challenge en Branded Effects aan jonge gebruikers gepresenteerd als een soort spel, ook in Nederland. De jonge doelgroep wordt aangemoedigd mee te doen en nietsvermoedend de reclame te integreren in hun eigen videocontent. TikTok informeert haar gebruikers zodoende niet dat het gebruik van merkfilters of de deelname aan hashtag challenges vaak verband houdt met reclamedoeleinden. Naar haar zakelijke adverteerders straalt zij evenmin uit hier waarde aan te hechten.
305. Ten tweede bepaalt TikTok met haar Advertising Policy de regels voor advertenties. Daarin zijn geen beperkingen opgenomen voor het gericht adverteren op kinderen. TikTok richt de advertenties juist bewust op jonge gebruikers. Zo wordt de reclamecampagne van Doritos in Nederland als voorbeeld genoemd op de “inspiration page” van TikTok en neergezet als “succes story”. Dit terwijl Doritos zich duidelijk richt op een jonge doelgroep, door gebruik te maken van een bekende influencer, en zonder ergens te vermelden dat het gaat om reclame (**productie 13** en **productie 14**).
306. Ten derde controleert en screent TikTok door middel van haar Ad Review Process de inhoud van advertenties alvorens deze verschijnen in de app (**productie 11**). Zij beschikt over een “Ad Review team” dat ervoor dient te zorgen dat de inhoud van de advertentie in lijn is met TikTok’s beleid. TikTok is dus bekend met de inhoud van advertenties en het feit dat veel aanbieders zich richten op jonge gebruikers, zonder daarbij duidelijk te informeren over de aard van de commerciële communicatie. Sterker nog, door middel van screening en controle bepaalt TikTok zelf welke reclamecampagne in de app verschijnt.
307. Ten vierde maakt TikTok het voor adverteerders mogelijk om zich rechtstreeks en specifiek te richten op een publiek in de leeftijdsgroep van 13-17 jaar (**productie 10**).

308. Gelet op bovenstaande stelt TikTok haar gebruikers, waaronder kinderen en jonge tieners, bloot aan verborgen advertenties zonder zorgvuldige maatregelen te nemen die van haar verwacht mogen worden. Zij slaagt er dus niet in om commerciële communicatie duidelijk als zodanig te identificeren en stimuleert haar adverteerders hier ook niet toe. Bijgevolg handelt TikTok niet in overeenstemming met haar professionele toewijding en kan zij daarmee het economische gedrag van de gemiddelde consument verstoren. TikTok handelt zodoende in strijd met hetgeen is bepaald in 3:15e BW¹³² en de artikelen 6:193b en 6:193g lid 1 sub k BW.¹³³

5.4 Strijd met de Mediawet: verplichtingen van videoplatformdiensten

309. TikTok handelt voorts in strijd met de verplichtingen die voor videoplatformdiensten gelden ten aanzien van reclame en schadelijke content op grond van de Mediawet.¹³⁴

5.4.1 Videoplatformdienst

310. De TikTok App kwalificeert als videoplatformdienst zoals bedoeld in artikel 3a.1 Mediawet. TikTok's hoofddoel is het beschikbaar stellen van door gebruikers gegenereerde video's aan het algemene publiek. TikTok draagt voor de inhoud daarvan geen redactionele verantwoordelijkheid, maar bepaalt de organisatie van de videocontent wel door middel van algoritmen. De TikTok App wordt aangeboden via openbare elektronische communicatienetwerken. Ook de Europese toezichthouders zijn het erover eens dat TikTok beschouwd moet worden als een videoplatformdienst onder de Herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten.¹³⁵

5.4.2 Reclame in de TikTok App

311. Zoals beschreven in randnummer 37 en 127 is er reclamecontent beschikbaar in de TikTok App zonder dat daarvan duidelijk is dat het gaat om commerciële communicatie. Door na te laten de commerciële communicatie in de app als zodanig gemakkelijk herkenbaar te maken, handelt TikTok in strijd met artikel 3a.5 lid 1 Mediawet.¹³⁶ Nu TikTok er bovendien kennis van heeft dat door de gebruikers gegenereerde video's ook reclame bevatten, zou zij ook daarover duidelijk moeten informeren. Dat doet zij niet, getuige bijvoorbeeld de reclamecampagne van Doritos (**productie 13** en **productie 14**), waarmee zij in strijd handelt met artikel 3a.5 lid 4 Mediawet.

¹³² Vgl. artikel 6 E-commerce richtlijn.

¹³³ Artikel 5 lid 2 en 7 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken sub 11, 22 en 28 van de Annex.

¹³⁴ Vgl. Richtlijn 2010/13/EU ("Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten") en de Richtlijn 2018/1808/EU ("Herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten").

¹³⁵ Minutes of the ERGA Subgroup 3, Taskforce 2 on 'Video-Sharing Platforms (VSPs) under the new AVMS Directive', 9 April 2019, te raadplegen via https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2019/08/2019-04-09_Minutes-SG3-TF2-1-6.pdf.

¹³⁶ Artikel 9 lid 1 sub a Herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten.

5.4.3 Content die schadelijk is voor minderjarigen

312. Met betrekking tot content die schadelijk kan zijn voor minderjarigen bepaalt artikel 3a.3 Mediawet dat de aanbieder van een videoplatformdienst een gedragscode moet hebben die maatregelen voorschrijft als bedoeld in artikel 28 ter lid 1 en lid 2, tweede en vierde alinea van de Herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten. Artikel 28 ter bepaalt onder andere:

“1. Onverminderd de artikelen 12 tot en met 15 van Richtlijn 2000/31/EG zorgen de lidstaten ervoor dat onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van videoplatforms passende maatregelen nemen om:

a) minderjarigen te beschermen tegen programma's, door gebruikers gegenereerde video's en audiovisuele commerciële communicatie die hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling kunnen aantasten, overeenkomstig artikel 6 bis, lid 1; (...)

313. TikTok heeft een dergelijke gedragscode niet opgesteld, althans niet gepubliceerd, waarmee zij in strijd handelt met artikel 3a.3 Mediawet.
314. Artikel 3a.3 Mediawet verplicht een videoplatformdienst er voorts aldus toe passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat minderjarigen worden beschermd tegen video's die hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling kunnen aantasten. Daarbij geldt dat voor de meest schadelijke inhoud, de meest strikte toegangscontrolemaatregelen moeten worden doorgevoerd. De mogelijke passende maatregelen staan opgesomd in artikel 28 ter lid 3 van de Herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten. Daar staat onder andere genoemd dat de aanbieder van een videoplatformdienst systemen kan gebruiken voor leeftijdscontrole van gebruikers en systemen voor ouderlijk toezicht, dit met betrekking tot inhoud die de lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling van minderjarigen kan aantasten. De opgesomde maatregelen zijn niet limitatief bedoeld. Afhankelijk van de aard van de videoplatformdienst, de aard en schadelijkheid van de video's die daarop worden geplaatst en de leeftijd en andere eigenschappen van de gebruikers, kunnen ook zwaardere maatregelen passend worden geacht.
315. Zoals beschreven in randnummer 57 hebben er op TikTok zeer schadelijke challenge video's rondgewaard, die met een eenvoudige “hashtag” te vinden waren. Uit eigen onderzoek van SOMI blijkt dat in de TikTok App nog veel meer minder ernstige, maar toch schadelijke content is te vinden. Enkele minuten na de registratie van een test-account voor een 13-jarige, kwamen al video's naar voren die seksueel getint zijn, video's met (horror)beelden bedoeld om angstig te maken en video's met nepnieuws. Ook bevat de TikTok App veel content die onrealistische schoonheidsidealen en ongezonde voedingspatronen bevordert (**productie 26**), hetgeen schadelijk kan zijn voor de geestelijke gezondheid van kinderen en jonge tieners. Dit terwijl het voor een videoplatformdienst met de omvang en omzetten van TikTok eenvoudig zou moeten zijn om deze specifieke content te weren. Tenminste kan gesteld worden dat zij ter zake in staat zou moeten zijn adequate risico-inschattingen vooraf te maken, dienovereenkomstige

maatregelen tijdig te treffen en vervolgens aan de hand van ervaringen wereldwijd voortdurend bij te sturen.

316. De doelgroep die gebruik maakt van de TikTok App is zeer jong en daarmee bijzonder kwetsbaar (randnummers 42, 43, 44, 45 en 46). Jonge en zeer jonge gebruikers van de TikTok App worden dus (door het algoritme van) TikTok blootgesteld aan (zeer) schadelijke content, ten dienste van TikTok en haar commerciële belangen.
317. SOMI is van mening dat TikTok veel meer moet doen om ervoor te zorgen dat minderjarigen niet worden blootgesteld aan schadelijke content in de TikTok App. Op zijn minst zou TikTok effectieve systemen van leeftijdsverificatie en ouderlijk toezicht moeten doorvoeren. SOMI behoudt zich echter voor om in deze procedure bij akte nog nadere maatregelen te vorderen.

6 Vernietiging van rechtshandelingen en bedingen

318. Zoals uiteengezet onder paragraaf 5.3.1 zijn de juridische documenten van TikTok, in het bijzonder het Privacybeleid, de Gebruiksvoorwaarden en de Virtual Items Policy in strijd met Europese en nationale consumentenwetgeving. TikTok voldoet primair niet aan de op haar rustende informatieplichten en schendt hierdoor de artikelen 6:230m lid 1 sub a, 6:193d lid 1 en 2, 6:238 lid 2 en 6:233 sub a BW. De rechtshandeling tot het sluiten van de overeenkomst tussen TikTok en de Gedupeerden komt om die reden in zijn geheel in aanmerking voor vernietiging.
319. Indien in deze zaak verklaringen voor recht worden toegewezen dat de overeenkomst tussen de Gedupeerden en TikTok geheel of gedeeltelijk vernietigbaar is, zal SOMI zich er redelijkerwijs voor inspannen dat de Gedupeerden hierover worden geïnformeerd en worden geïnformeerd over de wijze waarop zij een beroep kunnen doen op vernietiging, mochten zij dat wensen. Indien zij hierover op duidelijke wijze geïnformeerd worden, acht SOMI Gedupeerden van 16 jaar en ouder in staat om zelf te beslissen of zij tot vernietiging wensen over te gaan.
320. Ten aanzien van Gedupeerden jonger dan 16 jaar, acht SOMI het onder de omstandigheden van deze zaak echter gerechtvaardigd en noodzakelijk dat zij collectief overgaat tot vernietiging. De schendingen van hun rechten zijn bijzonder ernstig, hun persoonsgegevens worden momenteel verwerkt zonder geldige grondslag en zij worden niet beschermd tegen schadelijke content in de TikTok App. Vernietiging van de overeenkomst heeft tot gevolg dat TikTok de accounts van deze Gedupeerden dient te sluiten. Zodra zij haar dienst en documentatie heeft aangepast en voldoet aan alle geldende regels, kunnen Gedupeerden van 13 tot 16 jaar weer zelf een account aanmaken.

321. SOMI merkt op dat zij als collectieve belangenorganisatie in een artikel 3:305a BW-procedure namens de personen die zij vertegenwoordigt een beroep kan doen op vernietiging van rechtshandelingen en onredelijk bezwarende bedingen.¹³⁷

6.1 Vernietiging van de licentiebepaling, aansprakelijkheidsbeperking en Virtual Items Policy

322. SOMI vordert wel voor alle Gedupeerden – ongeacht hun leeftijd - de vernietiging van het eenzijdige beëindigingsbeding, de licentiebepaling en de aansprakelijkheidsbeperking in de artikelen 6, 9 en 12 van de Gebruiksvoorwaarden en van de volledige Virtual Items Policy, subsidiair van de hierboven besproken specifieke bedingen in de Virtual Items Policy. Vernietiging hiervan heeft voor de Gedupeerden geen praktische gevolgen, zoals het sluiten van hun accounts. Zoals beschreven onder paragraaf 5.3.2, zijn deze specifieke bepalingen onredelijk bezwarend voor de consument en om die reden vernietigbaar op grond van artikel 6:233 sub a BW. SOMI doet hiervoor overigens ook een beroep op de hierna genoemde gronden voor vernietiging.

6.2 Vernietiging van de overeenkomst voor Gedupeerden jonger dan 16 jaar

323. Ten aanzien van de Gedupeerden jonger dan 16 jaar, vordert SOMI vernietiging van de gehele overeenkomst die zij met TikTok hebben gesloten, op de volgende gronden.
324. Ten eerste bepaalt artikel 6:193j lid 3 BW dat een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, vernietigbaar is.
325. Ten tweede is een rechtshandeling die in strijd is met een dwingende wetsebepaling op grond van artikel 3:40 lid 2 BW vernietigbaar, indien de geschonden bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling, één en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. In deze zaak is zowel de rechtshandeling (het sluiten van de overeenkomst) als de inhoud en strekking daarvan in strijd met dwingendrechtelijke consumentenwetgeving. Dat de door TikTok geschonden bepalingen enkel de strekking hebben de consument te beschermen staat vast. Zowel uit de parlementaire geschiedenis als uit rechtspraak blijkt dat een inbreuk op afdeling 6.5.2B BW vernietiging, al dan niet op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, rechtvaardigt.¹³⁸
326. Hetzelfde concludeerde de wetgever ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken. Hoewel een beroep op vernietiging minder voor hand ligt,¹³⁹ meent de wetgever dat artikel 3:40 lid 2 BW succesvol door de consument kan worden ingeroepen indien de handelaar in strijd handelt met

¹³⁷ Zie o.a. Hoge Raad 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.6.2 met verwijzing naar *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 3, p. 25.

¹³⁸ *Kamerstukken II 2012/13*, 33520, 3, p. 11 en Rechtbank Gelderland, 29 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6235, r.o. 3.4.

¹³⁹ *Kamerstukken II 2012/13*, 33520, 3, p. 21.

de professionele toewijding “omdat hij algemene voorwaarden gebruikt die in strijd zijn met de wet”. TikTok handelt echter niet alleen met haar Gebruiksvoorwaarden, maar ook met haar Privacybeleid en Virtual Items Policy in strijd met de professionele toewijding die van haar mag worden verwacht ten opzichte van jonge consumenten. Algehele vernietiging van de overeenkomst tussen TikTok en de Gedupeerden is hier dus gerechtvaardigd.

327. Ten derde biedt ook het leerstuk van dwaling de Gedupeerden een grond voor vernietiging van de overeenkomst (6:228 BW). Zij waren immers op het moment van sluiten van de overeenkomst in de veronderstelling dat zij “gratis” gebruik konden maken van de TikTok App, zonder dat hun persoonsgegevens op grote schaal en onrechtmatig zouden worden verzameld en gebruikt, onder andere voor profilering.
328. Op basis van de door TikTok verstrekte informatie in de juridische documenten, konden de Gedupeerden zich er niet van bewust zijn dat TikTok op basis van deze persoonsgegevens zou bepalen wat zij te zien zouden krijgen, met mogelijk ernstige en schadelijke gevolgen. Zij kunnen onbewust en in negatieve zin beïnvloed worden in hun denkbeelden en perspectief ten aanzien van verschillende onderwerpen, waaronder bijvoorbeeld voeding en schoonheidsidealen (randnummer 315 en **productie 26**). Dit is met name kwalijk in het geval van kinderen. Een volwassen gebruiker is hier minder vatbaar voor en heeft het vermogen om deze digitale werkelijkheid te nuanceren; hij is mogelijk bekend met het verdienmodel van sociale mediaplatformen als TikTok en de werking van algoritmen. Kinderen hebben deze kennis niet en beschikken ook niet over het relativiseringsvermogen van een volwassen gebruiker. Indien kinderen deze kennis en dit vermogen wel hadden gehad, had dit zeer waarschijnlijk invloed gehad op de vraag of zij de app willen gebruiken, en zo ja, de wijze waarop zij de app gebruiken, bijvoorbeeld zonder een account te registreren.
329. Verder is het voor kinderen bij het aangaan van de overeenkomst niet duidelijk en ook niet hun bedoeling een uitgebreide licentie op hun eigen videocontent te verstrekken aan TikTok of derden. Kinderen denken dat het “hun filmpje” is, terwijl feitelijk TikTok alles met hun content kan doen.
330. Indien kinderen daadwerkelijk de hierboven geschetste gevolgen van het gebruik van de app hadden begrepen, hadden zij waarschijnlijk geen of op een andere wijze (bijvoorbeeld zonder account) gebruikgemaakt van de TikTok App. TikTok weet dit ook. Zij weet dat kinderen een vals gevoel hebben dat zij gratis gebruik maken van de app, terwijl zij in feite betalen met hun persoonsgegevens en content. TikTok had gebruikers vollediger en duidelijker moeten inlichten waarom zij persoonsgegevens verzamelt en wat de gevolgen daarvan zijn.
331. Ten vierde is de overeenkomst vernietigbaar op grond van misbruik van omstandigheden door TikTok. Zoals hierboven geschetst weet, of behoort zij in ieder geval te weten, dat kinderen vanwege hun onvolwassenheid en afhankelijkheid de gevolgen en de impact van het gebruik van de app niet kunnen overzien. TikTok had daarom effectieve maatregelen moeten treffen die

kinderen ervan had weerhouden de overeenkomst te sluiten. In ieder geval had TikTok ervan af moeten zien de gebruikers gepersonaliseerde content en/of advertenties voor te schotelen.

7 WISSEN VAN PERSOONSgegevens

332. Uit paragraaf 5.1 volgt dat TikTok persoonsgegevens heeft verwerkt en opgeslagen in strijd met de AVG en zonder geldige rechtsgrond. Zij heeft aldus geen recht om die persoonsgegevens nog verder te verwerken en opgeslagen te houden. Door verdere verwerking, waaronder het opgeslagen houden, handelt TikTok dus onrechtmatig.
333. Om dezelfde reden als hierboven verwoord (randnummers 319 en 320), vordert SOMI dan ook dat TikTok wordt veroordeeld alle persoonsgegevens van Gedupeerden jonger dan 16 jaar onomkeerbaar te (laten) verwijderen en daarvan bewijs te verschaffen. Dit betreft alle gegevens die zijn gekoppeld aan de betreffende Gedupeerden, waaronder alle accountgegevens en alle video's.
334. Voor zover nodig, wordt deze vordering mede gebaseerd op artikel 17 AVG. Artikel 17 lid 1 sub d AVG verplicht TikTok om persoonsgegevens zonder onredelijke vertraging te wissen indien de persoonsgegevens onrechtmatig zijn verwerkt. Voor zover vernietiging van de overeenkomst tussen TikTok en de betreffende Gedupeerden wordt gehonoreerd, levert ook dat overigens een grond op om TikTok te verplichten de verwerkte persoonsgegevens te (laten) verwijderen. Ook vernietiging van de overeenkomst heeft immers tot gevolg dat TikTok geen rechtsgrond (meer) heeft deze persoonsgegevens te verwerken.

8 AANSPRAKELIJKHEID EN SCHADE

335. Artikel 80 AVG biedt betrokkenen de mogelijkheid zich te laten vertegenwoordigen door organisaties zonder winstoogmerk om bepaalde rechten uit te oefenen en schadevergoeding te vorderen. Artikel 82 AVG geeft eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een schending van de AVG het recht om schadevergoeding te ontvangen van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker. Leden 1 t/m 5 van artikel 82 AVG luiden als volgt:

“1. Eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op deze verordening, heeft het recht om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade.

2. Elke verwerkingsverantwoordelijke die bij verwerking is betrokken, is aansprakelijk voor de schade die wordt veroorzaakt door verwerking die inbreuk maakt op deze verordening. Een verwerker is slechts aansprakelijk voor de schade die door verwerking is veroorzaakt wanneer bij de verwerking niet is voldaan aan de specifiek tot verwerkers gerichte verplichtingen van deze verordening of buiten dan wel in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke is gehandeld.

3. Een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker wordt van aansprakelijkheid op grond van lid 2 vrijgesteld indien hij bewijst dat hij op geen enkele wijze verantwoordelijk is voor het schadeveroorzakende feit.

4. Wanneer meerdere verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers bij dezelfde verwerking betrokken zijn, en overeenkomstig de leden 2 en 3 verantwoordelijk zijn voor schade die door verwerking is veroorzaakt, wordt elke verwerkingsverantwoordelijke of verwerker voor de gehele schade aansprakelijk gehouden teneinde te garanderen dat de betrokkene daadwerkelijk wordt vergoed.

5. Wanneer een verwerkingsverantwoordelijke of verwerker de schade overeenkomstig lid 4 geheel heeft vergoed, kan deze verwerkingsverantwoordelijke of verwerker op andere verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers die bij de verwerking waren betrokken, het deel van de schadevergoeding verhalen dat overeenkomt met hun deel van de aansprakelijkheid voor de schade, overeenkomstig de in lid 2 gestelde voorwaarden.”

8.1 Risicoaansprakelijkheid / gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid

336. Uit artikel 82, leden 1, 2 en 3 AVG blijkt dat de AVG voorziet in risicoaansprakelijkheid: de verwerkingsverantwoordelijke is aansprakelijk indien een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens plaatsvindt, ongeacht of de verantwoordelijke verwijtbaar heeft gehandeld.¹⁴⁰ Dat betekent dat SOMI geen causaal verband hoeft aan te tonen.
337. Artikel 82 lid 4 AVG bepaalt dat wanneer meer dan één verwerkingsverantwoordelijke bij dezelfde inbreukmakende verwerking betrokken is, zij gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn. Op grond van lid 5 kunnen zij regres op elkaar nemen.

8.2 Het begrip immateriële schade in de AVG

338. De AVG specificeert niet hoe immateriële schade moet worden vastgesteld of berekend. Bij gebrek aan communautaire regelgeving is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van iedere lidstaat om de regels vast te stellen voor de uitoefening van het recht op schadevergoeding, mits deze niet ongunstiger zijn dan die welke voor nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheid) en zij de uitoefening van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheid).¹⁴¹

¹⁴⁰ Rechtbank Noord-Nederland 12 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:106 (*X/Oldambt*), r.o. 4.15. Zie ook: F.C. van der Jagt-Vink, 'Schadevergoeding onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming', *MvV* 2019/7.9, p. 290.

¹⁴¹ HvJEU 13 Juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), r.o. 64 en de daar geciteerde rechtspraak.

339. Er dient echter wel rekening te worden gehouden met overweging 146 AVG. In deze overweging staat dat de verwerkingsverantwoordelijke "alle schade" ten gevolge van een inbreuk moet vergoeden en dat betrokkenen een "volledige en daadwerkelijke vergoeding" moeten krijgen voor de schade die zij lijden. Voorts wordt vermeld dat het begrip schade "ruim moet worden uitgelegd in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie" en op een wijze die de doelstellingen van de AVG volledig weerspiegelt.
340. Hieronder wordt eerst de relevante jurisprudentie van het HvJEU besproken, waarna wordt ingegaan op een belangrijke doelstelling van de AVG: het recht van de betrokkene om controle te behouden over zijn persoonsgegevens.

8.2.1 *Rechtspraak Hof van Justitie*

341. Het HvJEU heeft geen uitleg gegeven over het begrip "schade" in de AVG. Volgens vaste rechtspraak op andere rechtsgebieden moet immateriële schade echter "reëel en zeker" zijn.¹⁴² Die drempel is laag. In rechtspraak van het HvJEU werd de drempel reeds genomen door een "gevoel van psychologische schade" dat ervaren werd als gevolg van de manier waarop een klacht door de Ombudsman werd behandeld,¹⁴³ en door een "verlengde staat van onzekerheid" als gevolg van het overschrijden van een redelijke procestermijn.¹⁴⁴
342. Het HvJEU heeft echter ook aanvaard dat onrechtmatig gedrag onder bijzondere omstandigheden zo ernstig kan zijn, dat reeds op basis van het enkele handelen kan worden aangenomen dat sprake is van immateriële schade.¹⁴⁵
343. Een zaak voor het HvJEU die wel betrekking had op de bescherming van persoonsgegevens was *HJ/EMA*. In deze zaak was het personeelsdossier van een werknemer een maand lang toegankelijk geweest voor collega's. Het HvJEU oordeelde dat de werknemer niet hoefde te bewijzen dat haar collega's daadwerkelijk in haar dossier hadden gekeken. Het feit dat zij toegang hadden, met de mogelijkheid dat zij er in hadden gekeken, was voldoende om immateriële schade vast te stellen.¹⁴⁶

¹⁴² HvJEU 4 april 2017, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256, (*Europese Ombudsman/Staelen*), paragraaf 91.

¹⁴³ HvJEU 4 april 2017, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese Ombudsman/Staelen*), paragraaf 129-131.

¹⁴⁴ Gerecht van Eerste Aanleg 10 november 2017, T-577/14, ECLI:EU:T:2017:1, (*Gascogne v Europese Unie*) paragraaf 157.

¹⁴⁵ HvJEU 6 februari 1986, C-173/82, C-157/83 en C-186/84, ECLI:EU:C:1986:54, (*Castille/Europese Commissie*); HvJEU 17 december 1998, T-203/96, ECLI:EU:T:1998:302, paragraaf 108 (*Ambassade/Europees Parlement*); HvJEU 8 januari 1999, T-230/95, ECLI:EU:T:1999:11, paragraaf 39 (*BAI/Europese Commissie*); HvJEU 16 juli 2009, C-481/07, ECLI:EU:C:2009:461, paragraaf 38 (*SELEX Sistemi Integrati/ Europese Commissie*); Het Gerecht 10 Januari 2017, T-577/14, ECLI:EU:T:2017:1, paragraaf 151 (*Gascogne/Europese Unie*).

¹⁴⁶ Het Gerecht 15 januari 2019, T-881/16, ECLI:EU:T:2019:5 (*HJ/EMA*).

344. Het arrest in *HJ/EMA* vertoont overeenkomsten met het arrest *I./Finland* van het EHRM.¹⁴⁷ In deze zaak was een patiëntendossier van een voormalig werknemer (die ook patiënt was) van een ziekenhuis toegankelijk geweest voor andere werknemers. Nationale rechtbanken verwierpen de vordering wegens gebrek aan bewijs dat het dossier was ingezien. Het EHRM draaide de redenering om: het ziekenhuis kon niet bewijzen wie toegang tot het dossier had gehad, dus kon het ook niet bewijzen dat er geen onrechtmatige toegang was geweest. Het nalaten van het nemen van adequate beveiligingsmaatregelen leverde een schending op van artikel 8 EVRM. Het recht op schadevergoeding was gebaseerd op dit verzuim en het slachtoffer kreeg een schadevergoeding van € 33.771,- toegewezen.

8.2.2 Controle over persoonsgegevens

345. Controle over persoonsgegevens is een belangrijke doelstelling van de AVG, die prominent wordt vermeld in overweging 7. Overweging 75 vermeldt dat onrechtmatige gegevensverwerking kan leiden tot materiële of immateriële schade voor natuurlijke personen, met name ook wanneer de betrokkene daardoor kan worden belet de controle over zijn persoonsgegevens uit te oefenen of wanneer de verwerking betrekking heeft op een grote hoeveelheid persoonsgegevens en een groot aantal betrokkenen. In overweging 85 wordt verlies van controle genoemd als een voorbeeld van schade die kan voortvloeien uit een inbreuk in verband met persoonsgegevens.
346. Wat "verlies van controle" betekent, wordt niet uitgelegd in de AVG. Een strikte interpretatie is dat het zich voordoet wanneer een onbevoegde partij de persoonsgegevens van de betrokkene verwerkt. Een dergelijk strikte interpretatie doet echter geen recht aan het hoge niveau van bescherming dat de AVG beoogt te bieden.¹⁴⁸
347. Een ruimere interpretatie is de volgende. Indien de verwerkingsverantwoordelijke de belangrijkste beginselen van de AVG (waaronder een rechtmatige grondslag, transparantie, doelbinding, gegevensminimalisering, nauwkeurigheid, integriteit, opslagbeperking en vertrouwelijkheid) niet naleeft, kan de betrokkene niet effectief controleren of zijn persoonsgegevens rechtmatig worden verwerkt en kan hij ernstig worden beperkt in de uitoefening en handhaving van zijn rechten.¹⁴⁹ In die zin verliest de betrokkene de controle over zijn persoonsgegevens door het loutere feit dat de verwerkingsverantwoordelijke niet voldoet aan de beginselen uit de AVG.¹⁵⁰ In dit verband wordt in overweging 63 vermeld dat betrokkenen

¹⁴⁷ EHRM 17 juli 2008, 20511/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0717JUD002051103, P&I 2009/60 (*I./Finland*).

¹⁴⁸ Zie bijvoorbeeld: T.F. Walree, 'De onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens: geen concrete gevolgen, wel schadevergoeding?' *RM Themis* 2020/4, p. 170. Zie ook Court of Appeal 2 oktober 2019, [2019] EWCA Civ. 1599, 46, 56 (*Lloyd/Google*).

¹⁴⁹ O. Lynsky, *The Foundation of EU Data Protection Law*, New York: Oxford University Press 2015, 179-185.

¹⁵⁰ T.F. Walree, 'De onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens: geen concrete gevolgen, wel schadevergoeding?' *RM Themis* 2020/4, p. 171.

de mogelijkheid moeten hebben zich op de hoogte te laten stellen van verwerkingen van hun gegevens en de rechtmatigheid daarvan moeten kunnen controleren.

8.3 Immateriële schade onder Nederlands recht

348. Volgens artikel 6:106 lid 1 sub b BW heeft een benadeelde recht op vergoeding van immateriële schade indien hij lichamelijk letsel of een aantasting van eer of goede naam heeft geleden of "op andere wijze in zijn persoon is aangetast". De parlementaire geschiedenis bij artikel 6:106 BW vermeldt expliciet dat een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer onder deze categorie kan vallen. Deze persoonlijke aantasting "op andere wijze" kan worden onderverdeeld in twee categorieën. Ten eerste de categorie waarbij sprake is van aantoonbaar geestelijk letsel. Ten tweede de categorie waarbij sprake is van persoonlijk nadeel op andere wijze, waarbij geen sprake is van aantoonbaar geestelijk letsel. De onderhavige zaak heeft betrekking op de laatste restcategorie.¹⁵¹

8.3.1 EBI-arrest

349. In de *EBI-zaak* oordeelde de Hoge Raad dat in sommige gevallen de nadelige gevolgen van onrechtmatig handelen zo duidelijk zijn dat persoonlijke aantasting mag worden aangenomen.¹⁵² In de "EBI-formule" is de hoofdregel in de restcategorie dat de eiser met "concrete gegevens" moet kunnen aantonen dat zijn persoon is benadeeld. Als nevensgeschikte grondslag kan worden aangevoerd dat de eiser niet hoeft aan te tonen dat hij daadwerkelijk nadelige gevolgen heeft ondervonden.¹⁵³ Deze regel is van toepassing indien de aard en de ernst van de normschending van dien aard zijn dat de nadelige gevolgen zo voor de hand liggen dat persoonlijke benadeling kan worden aangenomen. Het EBI-arrest wordt geacht meer ruimte te geven voor het toekennen van immateriële schadevergoeding onder de restcategorie dan voorheen het geval was.¹⁵⁴

¹⁵¹ E.F.D. Engelhard, 'Ruimer baan voor smartengeld bij "persoonsaantastingen op andere wijze" zonder dat er sprake is van geestelijk letsel', *AV&S* 2019/37, afl. 6, p. 205-212; S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip "persoonsaantasting" buiten lichamelijk en geestelijk letsel', *NTBR* 2019/20, afl. 6, p. 122.

¹⁵² HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 (*X/EBI*).

¹⁵³ In zijn annotatie geeft Lindenbergh aan dat de Hoge Raad de categorie niet als uitzondering formuleert, maar als nevensgeschikte grondslag: Hoge Raad 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*X/EBI*), NJ 2019/162 met annotatie van S.D. Lindenbergh, par. 11.

¹⁵⁴ E.F.D. Engelhard, 'Ruimer baan voor smartengeld bij "persoonsaantastingen op andere wijze" zonder dat er sprake is van geestelijk letsel', *AV&S* 2019/37, afl. 6, p. 205-212; S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip "persoonsaantasting" buiten lichamelijk en geestelijk letsel', *NTBR* 2019/20, afl. 6, p. 122.

8.3.2 ABRvS uitspraken

350. In april 2020 heeft de ABRvS vier uitspraken gedaan over immateriële schade als gevolg van AVG-inbreuken.
351. Drie van de vier uitspraken hadden betrekking op het delen van persoonsgegevens tussen gemeenten van personen die een verzoek op grond van de Wet openbaarheid bestuur (“Wob”) hadden ingediend.
352. In de nagenoeg identieke zaken die tot twee van de uitspraken hebben geleid, hadden de eisers een Wob-verzoek ingediend bij de gemeenten Borsele c.q. Harderwijk. Beide gemeenten deelden vervolgens persoonsgegevens van de eisers op het online forum van de Vereniging van Nederlandse Gemeentes (“VNG”). Volgens de ABRvS was dit niet onrechtmatig, omdat het doel daarvan was om een goede uitvoering van de Wob te waarborgen en misbruik daarvan te voorkomen. Het feit dat aan eisers niet tijdig een overzicht van hun persoonsgegevens op het VNG-forum was verstrekt, werd wel onrechtmatig geacht. De nadelige gevolgen van deze normschending waren echter niet zo evident om persoonlijke benadeling aan te nemen. In beide zaken hadden de eisers geen concreet bewijs geleverd om de gestelde schade te onderbouwen.¹⁵⁵
353. In de zaak die leidde tot de derde uitspraak deelde een gemeente de naam en het adres van de eiser mee aan een andere gemeente, inclusief de informatie dat “hij twee Wob-verzoeken had ingediend”. Volgens de ABRvS was ook hier geen sprake van een situatie waarin nadelige gevolgen van de normschending evident waren. De ABRvS overweegt in een obiter dictum wel dat “verlies van controle” over persoonsgegevens kan worden aangemerkt als een aantasting van een persoonlijk recht.¹⁵⁶
354. In alle drie de uitspraken overweegt de ABRvS dat het bij de betreffende schendingen niet ging om “ernstig verwijtbaar gedrag met zo ernstige gevolgen dat dit als een inbreuk op een fundamenteel recht worden gekwalificeerd”.
355. In de vierde uitspraak heeft de ABRvS wel immateriële schadevergoeding toegekend.¹⁵⁷ In deze zaak had een directeur van het Pieter Baan Centrum medische gegevens van de betrokkene gedeeld met de tuchtrechter in een tuchtprocedure die door de betrokkene tegen hem was aangespannen:

¹⁵⁵ ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:900 (*X/Borsele*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901 (*X/Harderwijk*).

¹⁵⁶ ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899 (*Deventer/X*).

¹⁵⁷ ABRvS 1 April 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898 (*Pieter Baan Centrum*).

“35. [appellant] stelt dat hij in zijn persoon is aangetast. Hij stelt dat zijn privacy is geschonden, omdat de rapportages strikt vertrouwelijke en gevoelige persoonsgegevens bevatten en hij geen toestemming heeft gegeven voor verwerking van de gegevens.

36. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat [appellant] recht heeft op toekenning van een vergoeding voor immateriële schade. De minister heeft gehandeld in strijd met artikel 16 van de Wbp) en daardoor het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van [appellant] geschonden. Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van [appellant] kan worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, eerste lid en onder b, van het BW, die aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade.”

356. De ABRvS stelde niet als voorwaarde dat de betrokkene nadelige gevolgen moest aantonen. De ABRvS overwoog daarbij enerzijds dat het om privacygevoelige gezondheidsgegevens ging en anderzijds dat de ernst en de duur van de inbreuk beperkt waren:

“36. [...] Daartoe neemt de Afdeling in aanmerking de bijzondere gevoeligheid van de aard van de persoonsgegevens die in dit geval zonder toestemming van [appellant] zijn verwerkt. Voor de verwerking van bijzondere (gevoelige) persoonsgegevens als bedoeld in artikel 9 van de AVG, is in de AVG een hoger beschermingsniveau is neergelegd dan voor gewone persoonsgegevens. De nadelige gevolgen van de verstrekking van de gevoelige persoonsgegevens liggen voor de hand. Van belang is voorts dat de gegevens door de directeur zijn overgelegd in het kader van een tegen hem gerichte klachtprocedure, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond als bedoeld in artikel 9, tweede lid, van de AVG bestond. Wat betreft de ernst van de inbreuk overweegt de Afdeling dat de privacygevoelige persoonsgegevens bij een kleine groep professionals terecht zijn gekomen en dat de leden van het tuchtcollege die uit hoofde van hun functie een geheimhoudingsplicht hebben. Wat betreft de duur van de inbreuk is van belang dat het Pieter Baan Centrum na het overleggen van de gevoelige gegevens op 15 januari 2018, actie heeft ondernomen om de gegevensverstrekking ongedaan te maken. Het tuchtcollege heeft vervolgens in een brief van 22 januari 2018 aangegeven de toegezonden rapportages buiten beschouwing te laten en niet aan het dossier toe te voegen. Voor zover [appellant] betwist dat dit is gebeurd, gelet op de vragen die aan de directeur zijn gesteld tijdens de hoorzitting bij het tuchtcollege, is van belang dat [appellant] desgevraagd ter zitting niet aannemelijk heeft gemaakt dat dit tot negatieve gevolgen heeft geleid.”

357. Gelet op deze omstandigheden heeft de ABRvS de schadevergoeding vastgesteld op een billijk bedrag van € 500,-, in tegenstelling tot het bedrag van € 300,- dat de rechtbank had toegekend.
358. De vier uitspraken volgen de EBI-formule en maken duidelijk dat bij de beantwoording van de vraag of er een recht op schadevergoeding bestaat, veel gewicht wordt toegekend aan de aard van het recht: het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De ABRvS heeft met

zijn vierde uitspraak geen hoge drempel opgeworpen voor het toekennen van schadevergoeding vanwege privacy-schendingen.

359. De voorzitter van de AP, Aleid Wolfsen, heeft betoogd dat de ABRvS-uitspraken betekenen dat een normschending automatisch ernstig genoeg moet worden geacht indien deze is veroorzaakt door verwijtbaar of nalatig gedrag of wanneer bijzondere persoonsgegevens zijn verwerkt. Alleen als de schendingen triviaal zijn, zou volgens hem geen schadevergoeding hoeven te worden toegekend.¹⁵⁸

8.3.3 Uitspraken lagere rechters

360. De ruime uitleg van artikel 6:106 lid 1 sub b BW door de ABRvS is ook door lagere rechters toegepast, zowel vóór de ABRvS-arresten als daarna.
361. In een zaak tussen een betrokkene en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (“UWV”) oordeelde de rechtbank Amsterdam dat sprake was van verlies van controle over persoonsgegevens. Het UWV had informatie over een eerdere ziekte aan de nieuwe werkgever van de eiseres verstrekt, zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestond:

“18. [...] Als gevolg van die schending heeft [eiseres] reële en niet verwaarloosbare nadelen geleden. De belangen waarin zij is getroffen zijn de belangen die de voorschriften van de AVG juist beoogt te beschermen. Artikel 82 AVG bepaalt dat degene die materiële of immateriële schade heeft geleden als gevolg van een inbreuk op deze verordening, het recht heeft om van de verwerkings-verantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade. Alle schade moet worden vergoed en het begrip schade moet – overeenkomstig de doelstellingen van de AVG – ruim worden uitgelegd (paragraaf 146 Considerans), hetgeen betekent dat het enkele feit dat de schade (wel reëel maar) relatief gering van omvang is geen grond kan vormen om elke aanspraak daarop af te wijzen. Een verordening-conforme uitleg van artikel 6:106 lid 1 BW brengt mee dat [eiseres] recht heeft op een (naar billijkheid vast te stellen) vergoeding van haar schade.”¹⁵⁹

362. De rechtbank heeft de EBI-formule uitdrukkelijk getoetst aan de vereisten van de AVG. De rechtbank was van oordeel dat volgens de EBI-formule alleen ernstige schendingen kunnen leiden tot vergoeding van immateriële schade zonder dat nadelige gevolgen worden aangetoond. De rechtbank concludeerde dat de feiten in deze zaak ernstig genoeg waren. De rechter kende € 250,- toe in plaats van de gevorderde € 500,- omdat de werknemer weliswaar daadwerkelijke

¹⁵⁸ A. Wolfsen, ‘Smartengeld moet de regel zijn, geen uitzondering’, *Privacyblog Aleid Wolfsen* op [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/privacyblog-aleid-wolfesen-smartengeld), 22 februari 2021, te raadplegen via <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/privacyblog-aleid-wolfesen-smartengeld>.

¹⁵⁹ Rechtbank Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490 (X/UWV) r.o. 18.

schade had geleden, maar de schade zich niet volledig had gemanifesteerd omdat het dienstverband uiteindelijk werd voortgezet.

363. In een zaak tussen een journalist en een verhuurder over wie de journalist een kritisch artikel had geschreven, vorderde de journalist in reconventie schadevergoeding omdat de verhuurder een uittreksel uit de Gemeentelijke Basisadministratie had verstrekt aan twee partijen die geen recht hadden op ontvangst daarvan. Het uittreksel bevatte alleen de naam en het adres van de eiser. De eiser gaf aan nadelige gevolgen te hebben ondervonden, maar onderbouwde deze gevolgen niet. Toch achtte de rechtbank het aannemelijk dat eiser nadelige gevolgen, zoals angst en stress, had ondervonden als gevolg van het delen van zijn persoonsgegevens. Een schadevergoeding van € 250,- euro werd passend en billijk geacht:

“4.106. De rechtbank is van oordeel dat er sprake is van een schending van een fundamenteel recht, die naar zijn aard en gelet op de ernst daarvan meebrengt dat aanspraak bestaat op vergoeding van schade. Dit laatste volgt ook uit de AVG. Artikel 82 AVG bepaalt dat degene die materiële of immateriële schade heeft geleden als gevolg van een inbreuk op de verordening, het recht heeft om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade. Alle schade moet worden vergoed en het begrip schade moet – overeenkomstig de doelstellingen van de AVG – ruim worden uitgelegd (paragraaf 146 van de preambule bij de AVG), hetgeen betekent dat het enkele feit dat de schade niet exact gepreciseerd kan worden en mogelijk relatief gering van omvang is geen grond kan vormen om elke aanspraak daarop af te wijzen.

4.107. Het verlies van controle van [gedaagde 2] over zijn persoonsgegevens is enerzijds blijvend. Anderzijds beperkt het verlies van controle zich (vooralsnog) tot een medewerker van [eiser 1] ([naam A]) en één derde. [gedaagde 2] stelt weliswaar dat hij negatieve gevolgen heeft gehad van het handelen van [eiser 1], maar niet duidelijk is waar die negatieve gevolgen uit hebben bestaan. Het lag, gelet op zijn daarop gerichte vordering, op de weg van [gedaagde 2] dat inzichtelijk te maken. Nu [gedaagde 2] dat niet heeft gedaan, maar het schadebegrip ruim uitgelegd moet worden en de rechtbank het aannemelijk acht dat [gedaagde 2] als gevolg van het handelen van [eiser 1] negatieve effecten heeft ervaren, bijvoorbeeld angst en stress, wordt een schadevergoeding van € 250,00 passend en billijk geacht. [eiser 1] zal dan ook worden veroordeeld tot betaling van dit bedrag aan [gedaagde 2].”¹⁶⁰

364. In een zaak tussen een betrokkene en de gemeente Oldambt had de gemeente per abuis de naam, het adres, het telefoonnummer, het e-mailadres en het BSN van de eiser op haar website gepubliceerd in plaats van alleen zijn naam en adres, hetgeen vereist was voor de bekendmaking van een besluit tot verlening van een milieuvergunning. De gegevens werden door de gemeente

¹⁶⁰ Rechtbank Noord-Nederland 15 Januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:247 (X/Y) r.o. 4.106-4.107.

binnen vijf dagen verwijderd. De rechtbank oordeelde dat er sprake was van een schending van de AVG en dat de gemeente als gevolg daarvan aansprakelijk was voor de schade. Onder verwijzing naar de EBI-formule komt de rechtbank tot het oordeel dat de nadelige gevolgen voor de hand liggen. De rechtbank kende een bedrag van € 500,- euro toe, gelet op de aard, de duur, de frequentie en de ernst van de inbreuk:

“4.28 De kantonrechter is wél van oordeel dat [eiser] anderszins in zijn persoon is aangetast. De persoonlijke levenssfeer van [eiser] is bij herhaling door de gemeente geschonden vanwege het - in strijd met de AVG - meermalen publiceren van het BSN-nummer, het e-mailadres en het telefoonnummer van [eiser] op de gemeentelijke website, zonder dat [eiser] daarvoor toestemming aan de gemeente had verleend (vgl. r.o. 36 van de uitspraak van de Afdeling). Het gaat hierbij ook om naar hun aard gevoelige gegevens, zeker waar het betreft het BSN-nummer van [eiser] . De nadelige gevolgen van het lekken daarvan, zoals identiteitsfraude, liggen voor de hand. Daarom heeft [eiser] naar het oordeel van de kantonrechter recht op toekenning van een naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor geleden immateriële schade. Gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, waaronder de aard, duur, frequentie en ernst van de inbreuk, afgezet tegen de omstandigheid dat niet is gebleken dat de datalekken tot concrete negatieve gevolgen hebben geleid, zal de kantonrechter deze schadevergoeding naar billijkheid vaststellen op een bedrag van € 500,00. Dit bedrag zal hierna worden toegewezen.”¹⁶¹

8.3.4 Buitenlandse rechtspraak

365. Een ruime interpretatie werd ook toegepast in een zaak in het Verenigd Koninkrijk die momenteel bij het Hooggerechtshof aanhangig is: *Lloyd v. Google*. In die zaak vordert Lloyd schadevergoeding van Google wegens het tracken van internetactiviteiten zonder toestemming. Het gerechtshof in Londen oordeelde dat niet vereist is dat schade afzonderlijk moet worden gesteld en bewezen, naast de vaststelling van verlies van controle over persoonsgegevens.¹⁶²
366. Ook het grondwettelijke hof van Duitsland, het *Bundesverfassungsgericht*, heeft recent onderstreept dat – ook in de-minimis gevallen – het begrip "schade" ruim moet worden uitgelegd in het licht van de rechtspraak van het HvJEU en op een wijze die ten volle recht doet aan de doelstellingen van de AVG. Aanleiding was een uitspraak van het *Amtsgericht Goslar* waarin het *Amtsgericht* een vordering tot immateriële schadevergoeding had afgewezen.¹⁶³ In deze zaak had een advocaat een bedrag van € 500,- aan immateriële schadevergoeding gevorderd omdat hij zonder voorafgaande toestemming één reclame e-mail had ontvangen. Het *Amtsgericht* oordeelde dat op grond van artikel 82 AVG geen sprake was van (immateriële) schade omdat het ging om slechts één ongevraagde reclame e-mail waaruit evident bleek dat het om reclame ging

¹⁶¹ Rechtbank Noord-Nederland 12 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:106 (*X/Oldambt*), r.o. 4.28.

¹⁶² Gerechtshof London 2 oktober 2019, [2019] EWCA Civ. 1599, 46, 56 (*Lloyd/Google*).

¹⁶³ Amtsgerichts Goslar 27 september 2019, 28 C 7/19.

en omdat de betrokkene daardoor slechts tijdelijk ongemak had ondervonden. Het *Bundesverfassungsgericht* overwoog dat het *Amtsgericht* de vordering niet had mogen afwijzen op grond van een eigen uitleg van het recht, welke uitlegging noch rechtstreeks uit de AVG volgt, noch in de literatuur wordt bepleit of door het HvJEU wordt gebruikt. Het *Amtsgericht* had niet zonder prejudiciële verwijzing mogen beslissen dat uit de verzending van één e-mail op grond van artikel 82 AVG geen schadevordering van de eiser bestaat.¹⁶⁴

8.4 Privaatrechtelijke handhaving als functie van schadevergoeding

367. Zowel bij de beoordeling van de ernst van de overtredingen als bij het vaststellen van het bestaan en de omvang van de schade zou acht moeten worden geslagen op de achtergrond van het recht op schadevergoeding zoals dat voortvloeit uit de AVG. Uit overweging 146 AVG volgt dat betrokkenen “volledige en daadwerkelijke” schadevergoeding dienen te ontvangen. Uit artikel 84 AVG volgt dat sancties “doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend” moeten zijn.¹⁶⁵
368. Nu schadevergoeding onder de AVG (mede) de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer in het algemeen als doel heeft, dient rekening te worden gehouden met het belang van privaatrechtelijke handhaving en de sanctionerende werking van schadevergoeding. Het kunnen handhaven van de belangrijkste beginselen van de AVG en de rechten van de betrokkenen is essentieel voor een doeltreffende bescherming van persoonsgegevens. Handhaving is dan ook een belangrijk onderdeel van de AVG. Overweging 7 vermeldt dat het gegevensbeschermingskader “moet worden ondersteund door een krachtige handhaving”. Het belang van een krachtige handhaving komt ook tot uiting in het uitgebreide arsenaal handhavingsinstrumenten in de AVG. Overtreding kan resulteren in boetes tot € 10.000.000,- of € 20.000.000,-, respectievelijk 2% of 4% van de wereldwijde jaaromzet (artikel 83 AVG).
369. Nationale toezichthouders, waaronder de Nederlandse AP, beschikken echter niet over voldoende capaciteit om op schendingen te reageren.¹⁶⁶ Dit was een bekend probleem vóór inwerkingtreding van de AVG en is sindsdien alleen maar nijpender geworden. Serieuze boetes worden maar zelden opgelegd, terwijl de AP in 2019 ruim 27.800 klachten ontving.¹⁶⁷ De AP heeft ook zelf aangegeven dat zij onvoldoende capaciteit heeft.¹⁶⁸ In een AVG-evaluatierapport van de

¹⁶⁴ Bundesverfassungsgericht 14 januari 2021, 1 BvR 2853119.

¹⁶⁵ Zie ook overweging 151 en 152 AVG

¹⁶⁶ N. Vinocur, “*We hebben een enorm probleem*”: Europese toezichthouder wanhoopt over gebrek aan handhaving, Politico.eu, 27 december 2019. Voor een voorbeeld van de wijdverbreide berichtgeving in de media over het gebrek aan capaciteit bij de AP zie: <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2374135-de-privacywet-wordt-amper-gehandhaafd-is-meer-geld-de-oplossing>.

¹⁶⁷ Autoriteit Persoonsgegevens, *Forse stijging privacyklachten in 2019*, 14 februari 2020, te raadplegen via: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/forse-stijging-privacyklachten-2019>.

¹⁶⁸ Zie o.a. RTLZ, Privacyautoriteit kan drukte niet aan: grove privacy-schendingen dreigen, 14 februari 2020, te raadplegen via: <https://www.rtlz.nl/tech/artikel/5020511/autoriteit-persoonsgegevens-tekort-drukte-privacyklachten-avg-d66-sp>.

Europese Commissie uit de Commissie zorgen over het nadelige effect hiervan op handhaving van de AVG.¹⁶⁹

370. Civielrechtelijke handhaving heeft mede daarom een prominente plaats in de AVG en steeds meer actoren dringen aan op krachtige civiele handhaving tegen schendingen.¹⁷⁰
371. Het HvJEU heeft ook benadrukt dat het recht op schadevergoeding kan bijdragen tot de "volle werking" van het recht van de Unie.¹⁷¹ In een aantal zaken betreffende inbreuken op het mededingingsrecht is het HvJEU van oordeel dat het recht op schadevergoeding inbreuken "minder aantrekkelijk" maakt en kan bijdragen tot "daadwerkelijke mededinging". De mogelijkheid om schadevergoeding te eisen zal op soortgelijke wijze schendingen van de AVG ontmoedigen en bijdragen tot de handhaving ervan.¹⁷²
372. Een hoge drempel voor het vergoeden van schade bij schendingen van de AVG zou het "handhavingstekort" niet verminderen.¹⁷³ In zijn conclusie bij het EBI-arrest bespreekt A-G Hartlief – daarbij uitgebreid verwijzend naar literatuur – dan ook de ontwikkeling van het recht op immateriële schadevergoeding, mede in het licht van handhaving als één van de functies van het schadevergoedingsrecht. Hij betoogt dat het zich niet goed met de aard van fundamentele rechten verdraagt wanneer een schending alleen tot compensatie zou leiden indien de benadeelde daarvan (concrete, aanwijsbare) gevolgen heeft ondervonden. Het gaat immers juist om waarden en belangen die tamelijk “ongrijpbaar” zijn, zodat de gevolgen van schending moeilijk kunnen worden geobjectiveerd en die juist (daarom) op zichzelf bescherming

¹⁶⁹ Europese Commissie, 27 juni 2020, 'Staff Working Document: accompanying the Communication - two years of application of the General Data Protection Regulation (COM(2020) 264 final).

¹⁷⁰ T.F. Walree, 'De vergoedbare schade bij een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens', *WPNR* 2017/7172, p. 921; E. O'Dell, 'Compensation for Breach of the General Data Protection Regulation', *Dublin: Dublin University Law Journal* 2017/40(1), 97-164; E. Truli, 'The General Data Protection Regulation and Civil Liability', in: *Persoonsgegevens in het mededingings-, consumentenbeschermings- en intellectuele eigendomsrecht*, M. Bakhoum e.a. (red.), Springer-Verlag 2018, p. 310; E.F.D. Engelhard, 'Immateriële schade als gevolg van data-inbreuken: het ondergeschoven kindje van de AVG', *NTBR* 2019/30, aflevering 9/10, p. 194.

¹⁷¹ HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, r.o. 25-27 (*Courage/Crehan*); HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, r.o. 89-91 (*Manfredi*); HvJ EG 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 41-42 (*Europese Gemeenschap/Otis e.a.*); HvJ 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, r.o. 22-23 (*Donau Chemie e.a.*); HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, r.o. 21-23 (*Kone*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 43-45 (*Skanska*); HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, r.o. 22-24 (*Otis e.a./Land Oberösterreich e.a.*).

¹⁷² E. Truli, 'De Algemene verordening gegevensbescherming en civielrechtelijke aansprakelijkheid', in: *Persoonsgegevens in Mededinging, Consumentenbescherming en Intellectueel Eigendomsrecht*, M. Bakhoum e.a. (red.), Springer-Verlag 2018, p. 310; T.F. Walree & P.T.J. Wolters, 'Het recht op schadevergoeding van een concurrent bij een schending van de AVG', *SEW* 2020/1, p. 7. Zie ook M.M.A. Janssen, *Persoonsgegevens en immateriële schade*, Weert: Celsus 2021, p. 21, waar zij de functies achter het voorzien in een recht op schadevergoeding uiteenzet, waaronder de preventieve functie.

¹⁷³ T.E. van der Linden & T.F. Walree, 'De collectieve procedure als oplossing voor het privaatrechtelijke handhavingstekort bij een datalek?', *AV&S* 2018/20, aflevering 4, p. 105-113.

behoeven.¹⁷⁴ AVG-inbreuken hebben door hun aard vaak geen bewijsbare concrete gevolgen. Voor de doeltreffendheid van het recht van de Unie is het daarom van belang dat er niet een te hoge drempel is, ook niet vanwege een te beperkte invulling van het begrip immateriële schade in artikel 82 AVG. Hartlief benadrukt ook dat de suggestie is dat het bij smartengeld wegens schending van fundamentele rechten steeds zou moeten gaan om ernstige inbreuken en de gevolgen daarvan voor de rechthebbende. Hij meent echter dat het wel degelijk ook kan gaan om gevallen waarin deze lat juist niet zo hoog wordt gelegd, zoals bij de redelijke termijn-rechtspraak.¹⁷⁵

8.5 Forfaitaire schadevergoeding

373. SOMI vordert in deze zaak forfaitaire bedragen van € 500,-, € 1.000,- en € 2.000,- per Gedupeerde, afhankelijk van hun leeftijd. Hoewel niet uitdrukkelijk overwogen, hebben de ABRvS en de rechtbanken in de hiervoor aangehaalde jurisprudentie ook forfaitaire schadevergoedingen toegewezen. Het forfaitair vaststellen van schadevergoeding is in beginsel niet in overeenstemming met het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Naar Nederlands recht kan alleen werkelijke schade worden vergoed en moet deze concreet worden begroot, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. In juli 2019 heeft de Hoge Raad echter bepaald dat het rechtens mogelijk is om een "minimum" schadevergoeding vast te stellen en als forfaitair bedrag toe te kennen indien de nadelige gevolgen evident zijn, gelet op de aard en de ernst van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.¹⁷⁶
374. Lindenbergh schrijft in zijn noot bij het EBI-arrest dat het bij schending van fundamentele rechten – anders dan bijvoorbeeld bij schade door letsel - veel meer voor de hand ligt om de omvang van de vergoeding te relateren aan de aard en ernst van de normschending, nu het daarbij immers vaak gaat om veronderstelde gevolgen. Dat laat volgens hem ook toe om forfaitaire bedragen toe te passen. Zo ligt het bij een massale inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door een datalek van belangrijke privégegevens voor de hand om alle benadeelden eenzelfde bedrag toe te wijzen.¹⁷⁷
375. Ook in deze zaak ligt dat het voor de hand om de Gedupeerden eenzelfde minimaal schadebedrag toe te kennen. Er is sprake van ernstige en grootschalige, massale normschendingen, met grote risico's voor de betrokkenen tot gevolg. De afwikkeling van dergelijke massaschade wordt bevorderd door het hanteren van forfaitaire bedragen. In de toelichting op de WAMCA wordt dan ook opgemerkt dat de rechter ervoor moet zorgen dat hij de collectieve schadeafwikkeling

¹⁷⁴ Conclusie A-G 16 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1295, par. 4.1 t/m 4.60 en met name 4.49.

¹⁷⁵ Conclusie A-G 16 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1295, par. 4.49.

¹⁷⁶ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*).

¹⁷⁷ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*X/EBI*), NJ 2019/162 met annotatie van S.D. Lindenbergh, par. 18.

waar mogelijk in categorieën vaststelt. Deze systematiek is ook overgenomen in artikel 1018i Rv.¹⁷⁸

8.6 Factoren voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding

376. Voor wat betreft de hoogte van de schadevergoeding schrijft de AVG voor dat, wanneer de rechter eenmaal tot de conclusie is gekomen dat immateriële schadevergoeding moet worden toegekend, de betrokkene een “volledige en effectieve” vergoeding ontvangt. Het bedrag kan dus in ieder geval niet zo laag zijn dat het louter symbolisch is. Daarbij wijst SOMI erop dat de rechter bij begroting van schade niet gebonden is aan de regels van stelplicht en bewijslast. Als wordt vastgesteld dat schade is geleden dan mag de rechter de vergoeding daarvan niet afwijzen wegens gebrek aan onderbouwing van de omvang daarvan. Bij de begroting van de schade zou artikel 6:97 BW AVG-conform moeten worden uitgelegd. Aldus moet recht worden gedaan aan de doelstellingen van de AVG, met als uitgangspunt dat de schade ruim moet worden uitgelegd.
377. De ABRvS en lagere rechters hebben in de zaken zoals hiervoor besproken de volgende factoren relevant geacht bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding:
- a) De aard van de gegevens, zoals gevoelige of bijzondere persoonsgegevens;
 - b) De ernst van de overtreding;
 - c) De duur van de inbreuk en de genomen actie om de inbreuk ongedaan te maken;
 - d) Het aantal betrokkenen; en
 - e) De onomkeerbaarheid van de schade.
378. De genoemde factoren sluiten aan bij de boetecategorieën in artikel 83 AVG. Daarin worden ook nog de volgende factoren genoemd:
- f) Het opzettelijke of nalatige karakter van de inbreuk;
 - g) De door de verantwoordelijke genomen maatregelen om de schade te beperken;
 - h) Eerdere relevante inbreuken;
 - i) Elke andere verzwarende of verzachtende omstandigheid die op de omstandigheden van het geval van toepassing is.
379. Daarbij geldt voorts dat:
- j) Schendingen van de belangrijkste beginselen van artikel 5 AVG worden beschouwd als ernstige schendingen, waarvoor hogere boetes kunnen worden opgelegd (artikel 83 lid 4 AVG). Dit sluit ook aan bij de beleidsregels van de AP.¹⁷⁹ In de boetebeleidsregels gelden

¹⁷⁸ *Kamerstukken II, vergaderjaar 2016–2017, 34608, nr. 3, p. 5/6 en 52.*

¹⁷⁹ Beleidsregels van de Autoriteit Persoonsgegevens van 19 februari 2019 met betrekking tot het bepalen van de hoogte van bestuurlijke boetes (Boetebeleidsregels Autoriteit Persoonsgegevens 2019).

bovendien hogere boetes voor onder meer inbreuken die verband houden met bijzondere persoonsgegevens, de rechten van betrokkenen en (verboden) doorgifte van persoonsgegevens aan derde landen, en lagere boetes voor schending van meer formele verplichtingen.

380. Voor zover bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding aanknopingspunt moet worden gezocht bij artikel 6:106 BW, geldt dat daarnaast rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Zo kunnen bijvoorbeeld worden meegewogen:

k) De economische verhoudingen tussen partijen.

8.7 Toepassing op de onderhavige zaak

381. Hieronder wordt iedere factor toegepast op de onderhavige zaak:

a) De aard van de gegevens

In het geval van TikTok betreft het een lange lijst van persoonsgegevens. Het gaat om persoonsgegevens van minderjarigen die reeds daarom als gevoelig moeten worden aangemerkt. TikTok legt profielen aan van haar gebruikers, die worden gebruikt om gepersonaliseerde advertenties te tonen. Die profielen bevatten informatie zoals naam, woonplaats, geslacht, leeftijd en technische informatie, maar ook gevoeligere informatie zoals sociale connecties en kijk-, scroll- en klikgedrag. Uit die gegevens worden voorkeuren en interesses afgeleid. Al deze gegevens kunnen in combinatie een nauwkeurig en indringend beeld geven van de betrokkenen. De aard van de gegevens is ook daarom gevoelig te noemen. Bovendien is inherent aan de TikTok App dat daarmee ook bijzondere persoonsgegevens worden verwerkt vanwege het tonen van gepersonaliseerde advertenties (randnummer 112). Ook worden nog specifieke categorieën van bijzondere persoonsgegevens verwerkt, waaronder gezondheidsgegevens (randnummer 189), biometrische gegevens en gegevens over seksuele geaardheid (randnummers 59, 60 en paragraaf 3.7).

b) De ernst van de overtreding

De overtredingen zijn bijzonder ernstig. TikTok schendt de privacyrechten van kinderen en accepteert dat zij grote risico's lopen, zowel het risico op verlies van controle over hun persoonsgegevens als risico's voor hun mentale en zelfs lichamelijke gezondheid. TikTok profileert jonge gebruikers met het doel hen (op misleidende wijze) over te halen om geld uit te geven binnen de app en hen gepersonaliseerde advertenties te laten zien, uitsluitend met commercieel gewin ten doel. Dat sprake is van profilering maakt reeds dat de schending als bijzonder ernstig moet worden aangemerkt en dat sprake is van een verhoogd risico voor de rechten van de betrokkenen. TikTok schendt bovendien niet een enkele bepaling van de AVG maar meerdere.

- c) **De duur van de inbreuk**
De inbreuken zijn voortdurend en al gaande sinds van toepassing worden van de AVG.
- d) **Het aantal betrokkenen**
Deze zaak betreft een zeer groot aantal betrokkenen, in totaal meer dan 1 miljoen Gedupeerden.
- e) **De onomkeerbaarheid van de schade**
De AVG-gerelateerde schade is gelegen in het feit dat de minderjarige gebruikers van TikTok de controle over hun persoonsgegevens kwijt zijn. Mede omdat deze zijn doorgegeven naar de VS en China, is deze schade onomkeerbaar. Daarnaast lijden de Gedupeerden schade door geestelijk letsel, ten gevolge van de verslavingsprikkelende werking van de profilering en algoritmes van de TikTok App en het slechte zelfbeeld dat zij krijgen vanwege de onrealistische schoonheidsidealen die door TikTok worden bevorderd.
- f) **Het opzettelijke of nalatige karakter van de inbreuk**
Zoals toegelicht, kan de handelwijze van TikTok worden aangemerkt als zeer nalatig. Ondanks dat zij er weet van heeft dat haar dienst vooral wordt gebruikt door jonge kinderen, neemt zij al jaren nauwelijks maatregelen om hen te beschermen. TikTok wordt al jaren aangesproken op haar overtredingen, waaronder sinds september 2020 door SOMI, maar blijft nalaten om deze ongedaan te maken. Alles wat zij doet is “too little, too late”.
- g) **De door de verantwoordelijke genomen maatregelen om de schade te beperken**
TikTok neemt mondjesmaat maatregelen om kinderen en jonge tieners meer bescherming te bieden binnen haar dienst. Deze maatregelen zijn echter verre van afdoende en worden bovendien steeds pas genomen nadat rechterlijk- of overheidsingrijpen TikTok daartoe noopt.
- h) **Eerdere relevante inbreuken**
TikTok is wereldwijd al meerdere malen aangesproken door autoriteiten en rechters in verband met schendingen van het gegevensbeschermingsrecht (paragraaf 3.6.2 en 3.6.3).
- i) **Verzwarende of verzachtende omstandigheden**
Een eerste verzwarende omstandigheid in deze zaak – bovenop de omstandigheden die hiervoor zijn genoemd – betreft het feit dat TikTok persoonsgegevens doorgeeft naar de VS en China, allebei landen die absoluut geen passend beschermingsniveau bieden. Een tweede verzwarende omstandigheid is dat TikTok in verschillende landen wijzigingen heeft doorgevoerd om inbreuken te herstellen (overigens enkel na rechterlijk- of overheidsingrijpen), maar dat zij nog steeds nalaat om die wijzigingen ook in andere

landen door te voeren. Een andere verzwarende omstandigheid tenslotte, is dat TikTok miljardenwinsten maakt over de rug van jonge kinderen.

j) **Categorie van de schendingen**

De schendingen door TikTok vallen in de zwaarste boetecategorieën van artikel 83 lid 5 AVG. TikTok verwerkt persoonsgegevens zonder geldige grondslag en schendt de fundamentele AVG-beginselen van transparantie, behoorlijke gegevensverwerking, dataminimalisatie, de voorwaarden voor geldige toestemming en de voorwaarden voor verwerking van bijzondere persoonsgegevens.

k) **De economische verhoudingen tussen beide partijen**

TikTok is een internationaal miljardenbedrijf. Zij heeft daardoor een maatschappelijke verantwoordelijkheid en bijzonder zware zorgvuldigheidsverplichtingen richting haar minderjarige gebruikers.

382. De schendingen van de AVG door TikTok jegens kinderen zijn derhalve zeer ernstig. De nadelige gevolgen zijn zo evident dat persoonlijk nadeel kan worden aangenomen. Indien schadevergoeding in deze zaak zou worden geweigerd, zouden de doeltreffendheid en de handhavingmogelijkheden van de AVG ernstig worden ondermijnd.
383. Gelet op de omstandigheden in deze zaak is SOMI bovendien van mening dat hogere vergoedingen gerechtvaardigd zijn dan tot nu toe zijn toegewezen in de Nederlandse rechtspraak. De ABRvS vond een bedrag van € 500,- billijk, terwijl het ging om één betrokkene, een beperkt aantal persoonsgegevens, gedeeld in de besloten kring van een tuchtprocedure, gedurende een korte periode, waarbij direct maatregelen waren genomen om de rechten van de betrokkene te waarborgen. In deze zaak gaat het om profilering en uitbuiting van minstens 1 miljoen, veelal jonge kinderen en om minstens tien categorieën persoonsgegevens, waaronder profielen, die worden doorgegeven naar de VS en China. De schendingen duren al jaren voort en, ondanks dat TikTok zich er terdege van bewust is, doet zij weinig tot niets om de schendingen te beëindigen.
384. SOMI is bovendien van mening dat de schendingen door TikTok als ernstiger moeten worden aangemerkt en de schade groter in het geval van jongere kinderen. Een kind van 8 of 9 profileren en onderwerpen aan schadelijke advertenties en content is ernstiger en levert grotere schade op dan in het geval van een kind van 17. De laatste is iets beter in staat – hoewel zeker niet geheel – om te begrijpen wat zich binnen een dienst als die van TikTok afspeelt en wat de potentiële risico's en gevolgen zijn. Kinderen van 8 en 9 hebben daar geen enkele notie van. Zij zullen erop vertrouwen dat een dienst zoals die van TikTok, die er aantrekkelijk uitziet en waarvan hun vriendjes en idolen ook gebruik maken, een volledig veilig spel is en dat degene die de dienst aanbiedt een verantwoordelijke volwassene is die het beste met hen voor heeft.

- 385. SOMI meent daarom dat de Gedupeerden die jonger zijn dan 13 jaar recht hebben op een schadevergoeding van € 2.000,-, Gedupeerden van 13, 14 en 15 jaar op een schadevergoeding van € 1.000,- en kinderen van 16 en 17 jaar op een schadevergoeding van € 500,-.
- 386. SOMI behoudt zich overigens het recht voor de schade van de Gedupeerden in de loop van deze procedure nader te onderbouwen.

9 SCHADEAFWIKKELING EN (PROCES)KOSTEN

9.1 Schadeafwikkeling

- 387. In deze zaak gaat het om ongeveer 1 miljoen Gedupeerden (randnummer 11), waarvoor, afhankelijk van hun leeftijd ten tijde van eerste gebruik van de TikTok App na 25 mei 2018, een schadevergoeding wordt gevorderd van € 2.000,-, € 1.000,- of € 500,- per Gedupeerde. In totaal gaat het om een bedrag van € 1.416.000.000,- (randnummer 6). Verdeling van een dergelijk groot bedrag over zoveel Gedupeerden vergt een zorgvuldige procedure. SOMI's vorderingen XV t/m XIX zijn gericht op het vaststellen van een zodanige procedure.
- 388. SOMI vordert in deze collectieve procedure primair schadevergoedingen op grond van artikel 3:305a BW en titel 14a Rv. Bij een dergelijke vordering is het efficiënt om de gedaagde te veroordelen het totaalbedrag van de schadevergoeding te voldoen aan de belangenbehartiger, en de belangenbehartiger te belasten met de verdeling daarvan onder de gedupeerden.
- 389. Voor het geval dat niet alle daartoe gerechtigde Gedupeerden zich binnen een termijn van 24 maanden bij SOMI melden voor uitbetaling van een schadevergoeding, stelt SOMI voor dat enig restant van de door TikTok aan SOMI betaalde schadevergoeding door haar - in lijn met artikel 15.5 van haar statuten en met de Claimcode 2019 – zal worden afgedragen aan een ANBI-instelling die actief is op het gebied van minderjarigen-, consumenten en/of privacybescherming, en dus niet wordt terugbetaald aan TikTok (vordering XV.b.).
- 390. SOMI vordert verder dat uw rechtbank zal bepalen dat SOMI voor de afwikkeling van de schade een professionele derde partij zal inschakelen met ervaring in het afwikkelen van collectieve acties. De rol van een dergelijke claimafhandelaar ligt met name in het identificeren van de personen die aanspraak maken op schadevergoeding, het vaststellen dat deze personen binnen één van de Nauw Omschreven Groepen vallen (op basis van nader door die personen aan te leveren bewijs, zoals een e-mail van TikTok ter bevestiging van het registreren van een account) en het aan de gerechtigde Gedupeerden uitbetalen van een schadevergoeding (vordering XVII).
- 391. Dit alles vergt aanzienlijke inspanningen en brengt hoge kosten met zich mee. Een ruwe schatting is dat de claimafwikkeling in deze zaak al snel € 5.000.000,- zal kosten. Om deze kosten te kunnen betalen, vordert SOMI hierop in haar vordering XV.c een voorschot ter hoogte van dat bedrag. Indien blijkt dat de claimafwikkeling uiteindelijk minder zal kosten, zal SOMI het restant aan

TikTok terugbetalen. Indien uw rechtbank zal oordelen dat TikTok niet tot betaling van deze kosten kan worden veroordeeld, vordert SOMI subsidiair dat zij de kosten van verdeling van de schadevergoedingen in mindering mag brengen op die uit te keren schadevergoedingen (vordering XVI).

392. Het is mogelijk dat tussen SOMI en/of de claimafhandelaar enerzijds, en een persoon die aanspraak maakt op schadevergoeding anderzijds, een geschil ontstaat, bijvoorbeeld over de vraag of de betreffende persoon binnen één van de Nauw Omschreven Groepen valt. Om te voorkomen dat dit soort geschillen leiden tot langdurige rechterlijke procedures en daarmee tot vertraging van de schadeafwikkeling, vordert SOMI dat uw rechtbank zal bepalen dat eenieder die aanspraak wenst te maken op schadevergoeding, zich zal dienen te committeren aan geschillenbeslechting door middel van bindend advies (vordering XVIII).
393. SOMI is een stichting zonder winstoogmerk, die in het belang van de door haar vertegenwoordigde Gedupeerden deze procedure voert. Die dienstverlening vergt van haar aanzienlijke inspanningen en zij neemt daarvoor financiële verplichtingen en risico's op zich. SOMI wenst in de toekomst meer collectieve procedures te voeren en op andere wijzen de belangen van de door haar vertegenwoordigde personen te behartigen. Om dat mogelijk te maken, heeft zij enige vorm van inkomsten nodig. Nu zij haar inspanningen en diensten heeft ingezet voor het verkrijgen van schadevergoedingen voor de Gedupeerden die zij anders waarschijnlijk nooit hadden ontvangen, is het gerechtvaardigd dat zij daarvoor een bepaalde vergoeding ontvangt. In lijn met Principe II, uitwerking 2 van de Claimcode 2019, vordert zij dan ook dat zij een nader te specificeren, marktconforme vergoeding voor geleverde diensten in mindering mag brengen op de uit te keren schadevergoedingen, met inbegrip van een redelijke opslag ten behoeve van (toekomstige) collectieve belangenbehartiging en van kosten voor gebruik van eigen vermogen of vreemd vermogen (vordering XVI).

9.2 (Proces)kosten

394. SOMI heeft in de aanloop naar deze procedure reeds aanzienlijke kosten gemaakt, en zal nog veel meer kosten moeten maken. Dat betreft notariskosten, marketingkosten, administratiekosten, bankkosten, IT-kosten, kosten voor bezoldiging van de leden van haar Raad van Bestuur en Raad van Toezicht, rente- en (mogelijk) financieringskosten, vertaalkosten, deurwaarderskosten en advocaatkosten. Ook zal SOMI nog aanzienlijke kosten moeten maken om – tezamen met de claimafhandelaar – de schadeafwikkeling in goede banen te leiden.
395. Op grond van artikel 1018i lid 2 Rv kan de rechter afwijken van de gewone regels van kostenveroordeling indien de vordering geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen. Door de woorden “een uitspraak ingevolge artikel 1018i” geldt de afwijkende proceskostenregeling alleen indien een uitspraak wordt gedaan waarbij een collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld, en dus niet indien de vordering wordt afgewezen. De wetgever heeft het daarmee mogelijk gemaakt om de door een belangenbehartiger daadwerkelijk gemaakte kosten af te wentelen op

de gedaagde.¹⁸⁰ Ook de eventuele aan een claimfinancier te betalen vergoeding kan ten laste van de gedaagde worden gebracht.¹⁸¹

396. SOMI vordert op grond van artikel 1018I lid 2 Rv dan ook om TikTok te veroordelen in de redelijke en evenredige gerechtskosten, buitengerechtelijke en andere kosten, waaronder de door een eventueel nog aan te trekken externe claimfinancier bedongen vergoeding (momenteel is geen externe financier betrokken), eventueel nog te maken deskundigenkosten, de gemaakte en nog te maken kosten voor juridisch advies en de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Subsidiair vordert SOMI dat zij haar kosten in mindering mag brengen op de uit te keren schadevergoedingen. (vordering XX en XXI).
397. SOMI zal de door haar gemaakte en nog te maken proceskosten, buitengerechtelijke kosten en overige kosten in een latere fase bij akte specificeren en onderbouwen met alle benodigde bewijsstukken.

10 BEWIJSLAST EN BEWIJS

10.1 Bewijslast m.b.t. AVG overtredingen

398. Artikel 5 lid 2 AVG bepaalt dat de verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijk is voor de naleving van de beginselen uit artikel 5 lid 1 AVG, waaronder de beginselen van rechtmatigheid, transparantie, minimale gegevensverwerking en integriteit en vertrouwelijkheid. De verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen aantonen dat hij voldoet aan deze beginselen. Dit wordt de verantwoordingsplicht genoemd. De beginselen worden in de overige artikelen van de AVG uitgewerkt, waarmee de verantwoordingsplicht in wezen voor alle verplichtingen uit de AVG geldt. Dit wordt bevestigd in artikel 24 AVG waaruit volgt dat de verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen aantonen dat de verwerking in overeenstemming met de AVG wordt uitgevoerd. Uit overweging 74 en 79 AVG volgt dat voor iedere verwerking vastgesteld moet worden wie de verwerkingsverantwoordelijke is en dat deze partij moet kunnen aantonen dat hij aan de AVG voldoet.
399. Ten slotte bepaalt artikel 7 lid 1 AVG dat wanneer een verwerking berust op de grondslag toestemming, de verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen aantonen dat de betrokkene toestemming heeft gegeven.¹⁸²
400. Voorgaande brengt een omkering van de bewijslast met zich mee. TikTok dient als verwerkingsverantwoordelijke aan te tonen dat zij voldaan heeft aan de beginselen van de AVG

¹⁸⁰ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, nr. 3, p. 54.

¹⁸¹ *Kamerstukken II 2017/18*, 34 608, nr. 9, p. 14.

¹⁸² Zie ook EDPB, Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/67, par. 36 en 104.

en dat zij geldige toestemming heeft verkregen. SOMI hoeft niet aan te tonen dat TikTok de beginselen van de AVG heeft geschonden of geen geldige toestemming heeft verkregen.

10.2 Bewijslast m.b.t. overtredingen consumentenrecht

401. Met betrekking tot de informatieplichten uit artikel 6:230m BW, bepaalt artikel 6:230n lid 4 BW dat de handelaar zal moeten bewijzen dat de informatie genoemd in art. 6:230m BW tijdig en op juiste wijze is verschaft. Nu SOMI stelt dat de Gedupeerden de informatie niet (tijdig en op juiste wijze) hebben ontvangen, zal TikTok als handelaar aan moeten tonen dat deze informatie wel tijdig en op juiste wijze is verschaft.¹⁸³
402. Met betrekking tot de informatieplichten in het kader van de oneerlijke handelspraktijken bepaalt artikel 6:193j BW dat de bewijslast bij TikTok ligt. De handelaar dient “de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt te bewijzen”.¹⁸⁴
403. Tot slot dient met betrekking tot onredelijk bezwarende bedingen op grond van art. 6:233 sub a BW ambtshalve onderzocht te worden of een beding onredelijk bezwarend is. Bedingen op de zwarte lijst (6:236 BW) dienen aangemerkt te worden als onredelijk bezwarend en bij bedingen op de grijze lijst (6:237 BW) bestaat een vermoeden dat deze onredelijk bezwarend zijn. Indien een beding op de grijze lijst staat is aldus sprake van een wettelijke omkering van de bewijslast; TikTok dient aan te tonen dat het beding in het specifieke geval niet onredelijk bezwarend is. Bij een vermoeden dat een beding oneerlijk is op grond van de blauwe lijst (de bijlage bij artikel 3 lid 3 van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) dient de rechter eveneens ambtshalve te toetsen.¹⁸⁵
404. Bovenstaande bewijslastverdeling geldt evenzeer bij vorderingen van een belangenorganisatie in een collectieve actie.

10.3 Bewijs

405. SOMI heeft in deze dagvaarding voldaan aan haar stelplecht en de aanwezigheid van de door haar gestelde feiten voldoende aannemelijk gemaakt. Indien en voor zover uw rechtbank toch van oordeel zou zijn dat SOMI niet geslaagd is het benodigde bewijs te leveren, biedt zij hierbij bewijs aan van al haar stellingen met alle middelen die tot haar beschikking staan, zonder dat zij daarmee overigens vrijwillig enige bewijslast op zich neemt die niet rechtens op haar rust. SOMI biedt onder andere bewijs aan door het horen van getuigen en het in het geding brengen van

¹⁸³ Zie ook artikel 6 lid 9 Consumentenrichtlijn 2011/83/EU en *Kamerstukken II 2012/13*, 33520, 3, p. 36

¹⁸⁴ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 928, nr. 3, p. 17-18

¹⁸⁵ Hoge Raad 13 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (*Heesakkers/Voets*).

nadere stukken. Met name biedt SOMI echter bewijs aan door middel van deskundigenverklaringen, zoals ten aanzien van:

- a) De psychologische effecten van de TikTok App op (jonge) kinderen, waaronder de effecten van het verlies van controle over persoonsgegevens, van onrealistische schoonheidsidealen, van de praktijk waarbij jonge kinderen worden aangezet tot het zolang mogelijk blijven gebruiken van de dienst en het blijven kijken van korte filmpjes, van de sociale druk die kinderen ervaren vanwege een sociale mediadienst zoals die van TikTok en van de advertentiepraktijken van TikTok;
- b) De exact door TikTok verwerkte persoonsgegevens;
- c) De door TikTok gebruikte algoritmes om haar gebruikers te beïnvloeden en zolang mogelijk binnen de app te houden (zogenaamde “user retention”);
- d) Het gebruik van cookies en andere tracking technologieën door TikTok;
- e) De beveiliging van de TikTok App;
- f) De doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen, waaronder de VS en China, en van het aldaar geboden beschermingsniveau; en
- g) De omvang van de door de Gedupeerden geleden schade.

406. Ten aanzien van de onderwerpen sub b), c), d), e) en f) geldt echter dat de feiten die in dat kader eventueel bewezen zouden moeten worden, voor een groot deel buiten het bereik en zicht liggen van SOMI en eventuele deskundigen. Zo heeft alleen TikTok daadwerkelijk en volledig zicht op welke persoonsgegevens zij verwerkt, hoe haar algoritmes werken en welke gegevens zij aan derde landen doorgeeft.

407. Ten aanzien van deze onderwerpen, en indien en voor zover zou worden geoordeeld dat de bewijslast op SOMI rust, verzoekt zij uw rechtbank dan ook aan dit bezwaar en haar alsdan bestaande bewijsnood tegemoet te komen, zoals door middel van het aannemen van een feitelijk vermoeden, het verdelen of omkeren van de bewijslast, door TikTok te onderwerpen aan een verzwaarde stel- of motiveringsplicht, door de omkeringsregel toe te passen ten aanzien van het causaal verband tussen onrechtmatig handelen en schade (voor zover dit beoordeeld zou moeten worden op basis van artikel 6:162 BW en artikel 6:162 BW niet AVG-conform zou moeten worden uitgelegd) of door middel van het bevelen van TikTok om alle van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, haar verweren toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen, zulks op grond van artikel 21 en 22 Rv.

11 ONTVANKELIJKHEID VAN SOMI

408. SOMI voert deze collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW. Met de inwerkingtreding van de WAMCA zijn de ontvankelijkheidseisen van 3:305a-belangenorganisaties aangescherpt. Dat is met name gebeurd om oneigenlijk gebruik van de collectieve actie te voorkomen.¹⁸⁶ Om die

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2017/18, 34 608, 9, p.1.

reden dient de rechter terughoudend te toetsen aan de ontvankelijkheidseisen. Belangenorganisaties hebben immers de vrijheid om hun eigen organisatie in te richten. Het recht op toegang tot de rechter mag niet lichtvaardig worden beperkt. Ontvankelijkheidsverweren, die er vaak vooral op zijn gericht om te ontkomen aan de hoofdzaak, dienen daarentegen kritisch benaderd te worden.

409. In artikel 3:305a lid 1 BW is bepaald dat een belangenorganisatie:
- a) Een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen;
 - b) Voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt; en
 - c) Voor zover met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de vordering is ingesteld voldoende zijn gewaarborgd. Dit laatste vereiste is verder uitgewerkt in artikel 3:305a lid 2 BW.
410. Artikel 3:305a lid 3 BW bevat een aantal aanvullende ontvankelijkheidseisen:
- a) Bestuurders betrokken bij de oprichting van een belangenorganisatie en hun opvolgers, mogen geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via de belangenorganisatie wordt verwezenlijkt;
 - b) De collectieve vordering dient een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer te hebben; en
 - c) De belangenorganisatie dient in de gegeven omstandigheden voldoende te hebben getracht het gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met de gedaagden.

11.1 Gelijksoortige belangen

411. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat het vereiste van gelijksoortigheid vervuld is wanneer de belangen ter bescherming waarvan de vordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. De vorderingen lenen zich voor bundeling als daarover in één procedure geoordeeld kan worden zonder naar de bijzondere omstandigheden van de individuele belanghebbenden te kijken.¹⁸⁷
412. De belangen van de Gedupeerden in deze zaak zijn gelijksoortig, althans zijn gelijksoortig binnen elke Nauw Omschreven Groep. SOMI komt op tegen een onrechtmatige verwerking van hun persoonsgegevens door TikTok, waardoor de Gedupeerden schade hebben geleden. De grondslagen en mogelijke verweren van TikTok zijn ten aanzien van iedere Gedupeerde gelijk en de vorderingen die SOMI instelt vereisen uitsluitend een abstracte toetsing aan geldende wetgeving, zonder dat voor de toewijzing van die vorderingen individuele omstandigheden

¹⁸⁷ HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*).

behoeven te worden beoordeeld. De vorderingen lenen zich dan ook voor gebundelde beoordeling in een collectieve actie.

11.2 Statuten van SOMI

413. De behartiging van de belangen van de Gedupeerden in deze procedure valt binnen de statutaire doelomschrijving van SOMI. Artikel 2 lid 1 sub a, c en f van de statuten luiden als volgt (**productie 1**):

“2.1 SOMI heeft ten doel:

(a) het behartigen van belangen van natuurlijke personen, in het bijzonder van consumenten en minderjarigen, die gebruikmaken van online diensten, waarbij op enig moment een schending van de rechten van die natuurlijke personen plaatsvindt, waaronder begrepen maar niet beperkt tot inbreuken op grondrechten, zoals het recht om niet gediscrimineerd te worden en het recht op bescherming van privacy en bescherming van persoonsgegevens, alsmede inbreuken op consumentenrechten en wet- en regelgeving ter bescherming van minderjarigen; (...)

(c) het voeren van (collectieve of individuele) procedures en acties en het vorderen van (schade-)vergoeding ten behoeve van de personen genoemd onder (a) en (b) en in het bijzonder van de bij SOMI aangesloten of aangemelde (rechts)personen, benadeelden, volmacht- of opdrachtgevers of participanten, zowel in als buiten rechte, waaronder maar niet beperkt tot procedures als bedoeld in artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek, en het ten behoeve daarvan (laten) uitvoeren van onderzoek; (...)

(f) het onderhandelen, aangaan, uitwerken en uitvoeren van (collectieve of individuele) overeenkomsten ten behoeve van (de belangen van) degenen ten behoeve waarvan SOMI optreedt, waaronder (collectieve of individuele) schikkingen.”

414. Artikel 2 lid 2 sub b, en e van de statuten noemen de relevante activiteiten:

“2.2 SOMI tracht haar doelen onder meer te verwezenlijken door: (...)

(b) het werven van participanten of deelnemers aan activiteiten en acties van SOMI, het onderhouden van contacten via (sociale) media en nieuwsbrieven, het werven van contribuanten van middelen, kennis of relaties ten dienste van de werkzaamheden van SOMI, (in-)direct voor SOMI zelf dan wel voor (de belangen van) degenen voor wie SOMI actief is, of kan worden;

(c) het instellen van vorderingen in en buiten rechte en het treffen van schikkingen en andere (rechts-)maatregelen ten behoeve van (de belangen van) degenen ten behoeve

waarvan SOMI optreedt, of (in-)direct ten behoeve van SOMI of de daaraan verbonden (rechts)personen zelf;(...)

(e) het innen, beheren en verdelen van schade- en onkostenvergoedingen of andere ontvangsten, middelen of voordelen vanwege het onderzoek, de werkzaamheden, acties of vorderingen van SOMI of degenen wiens belangen zij behartigt, al dan niet door inschakeling van derden;”

415. Ook behartigt SOMI feitelijk de belangen van de Gedupeerden. Zij heeft daartoe onder meer de volgende activiteiten ondernomen:

- a) SOMI beheert een website waarop zij informeert over SOMI, haar werkwijze en activiteiten, en waarop geïnteresseerden contact kunnen opnemen met SOMI (**productie 46**);
- b) SOMI beheert verschillende campagnewebsites waarop zij het publiek en haar achterban informeert over de verschillende collectieve acties en over de praktijken en risico's van grootschalige gegevensverwerkingen op het internet voor kinderen en jongeren en in het algemeen (**productie 47**);
- c) SOMI heeft een mobiele app laten ontwikkelen waarmee betrokkenen bij verwerkingsverantwoordelijken AVG-verzoeken kunnen doen, zoals inzageverzoeken en verwijderverzoeken. Het is de bedoeling dat verwerkingsverantwoordelijken in de toekomst ook via de app kunnen reageren op de verzoeken en persoonsgegevens met de betrokkenen kunnen delen. Uiteindelijk kan de app door betrokkenen gebruikt worden om al hun persoonsgegevens te beheren. Ook kunnen gedupeerden zich via de app aanmelden voor acties van SOMI (**productie 48**);
- d) SOMI publiceert regelmatig artikelen en blogs over privacy-gerelateerde onderwerpen waaronder over de online verwerking van persoonsgegevens van kinderen en jongeren en andere internetgebruikers (**productie 49**);
- e) SOMI zorgt voor media-aandacht voor de problematiek en risico's rondom het gebruik van TikTok door kinderen en jongeren (**productie 50**);
- f) SOMI doet onderzoek naar grootschalige verzameling en verwerking van persoonsgegevens van internetgebruikers, door TikTok, maar ook door andere partijen zoals Zoom en Palantir;
- g) SOMI onderhoudt contacten met de politiek, wetenschap en andere belanghebbenden over online privacy en de grootschalige verwerking van persoonsgegevens door partijen als TikTok;
- h) SOMI is bezig met de voorbereiding van collectieve acties tegen Zoom en Palantir vanwege privacyschendingen.

11.3 De belangen van de Gedupeerden zijn gewaarborgd

416. Artikel 3:305a lid 1 BW bepaalt dat de belangen van degenen waarvoor de belangenorganisatie opkomt voldoende dienen te zijn gewaarborgd. Artikel 3:305a lid 2 BW bepaalt dat de belangen voldoende gewaarborgd zijn wanneer (i) de belangenorganisatie voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vorderingen, en (ii) beschikt over:

- a) Een toezichthoudend orgaan, tenzij uitvoering is gegeven aan artikel 9a, lid 1, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
- b) Passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt;
- c) Voldoende middelen om de kosten voor het instellen van een rechtsovereenkomst te dragen, waarbij de zeggenschap over de rechtsovereenkomst in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt;
- d) Een algemeen toegankelijke internetpagina, waarop de volgende informatie beschikbaar is:
 - De statuten van de rechtspersoon;
 - De bestuursstructuur van de rechtspersoon;
 - De laatst vastgestelde jaarlijkse verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan over het door haar uitgevoerde toezicht;
 - Het laatst vastgestelde bestuursverslag;
 - De bezoldiging van bestuurders en de leden van het toezichthoudend orgaan;
 - De doelstellingen en werkwijzen van de rechtspersoon;
 - Een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures;
 - Indien een bijdrage wordt gevraagd van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt: inzicht in de berekening van deze bijdrage;
 - Een overzicht van de wijze waarop personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt zich kunnen aansluiten bij de rechtspersoon en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen;
- e) Voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsovereenkomst.

11.3.1 SOMI is representatief voor de groep Gedupeerden

417. Het gaat hierbij om de mate waarin een belangenorganisatie als representatief voor de groep Gedupeerden kan worden gezien. Representativiteit is van belang om te voorkomen dat een belangenorganisatie een rechtsovereenkomst kan instellen zonder de vereiste ondersteuning van een achterban. Indicaties voor representativiteit zijn het aantal aangesloten gedupeerden en de omvang van hun vorderingen ten opzichte van het totaal aantal gedupeerden van een

massagebeurtenis en de door hen gevorderde schadevergoeding.¹⁸⁸ Op voorhand moet duidelijk zijn dat de belangenorganisatie kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de groep getroffen gedupeerden opkomt. Wat genoeg is, verschilt per geval en kan alleen bepaald worden in relatie tot het totaal aantal gedupeerden. Dit kan bijvoorbeeld worden getoetst door middel van het aantal gedupeerden dat zich actief voor de vordering heeft aangemeld.¹⁸⁹

418. SOMI komt in deze procedure op voor alle personen in Nederland die na 25 mei 2018 de TikTok App hebben gebruikt en ten tijde van het eerste gebruik minderjarig waren. Op basis van marktonderzoek naar het gebruik van sociale media, betreft dat ongeveer 1 miljoen personen (randnummer 11).
419. Op datum dagvaarding hebben ongeveer 81.000 mensen uit verschillende Europese landen zich voor deze collectieve actie aangemeld bij SOMI, waarvan ongeveer 16.500 uit Nederland. Begin april 2021 heeft SOMI besloten om in deze procedure uitsluitend op te komen voor Nederlandse minderjarigen (mede vanwege de *scope rule*, zie paragraaf 11.5.2). Daarom is zij een nieuwe campagne gestart, met een nieuw inschrijfformulier op de campagnewebsite en een nieuwe Deelnemersovereenkomst (**productie 47** en **productie 51**). Op basis van die nieuwe campagne hebben zich tussen 7 mei 2021 en datum dagvaarding (een periode van 19 dagen) nog 1.285 nieuwe Gedupeerden aangemeld. De campagne van SOMI is nog steeds actief en zij verwacht dat zich na dagvaarding nog veel meer deelnemers zullen aansluiten. Zonder een actieve marketingcampagne, sluiten zich dagelijks ongeveer 175 mensen aan. SOMI zal uw rechtbank hierover bij akte nader informeren.
420. SOMI zal hierna toelichten dat zij over voldoende expertise en ervaring beschikt om de belangen van de Gedupeerden te behartigen. Ook dat kan gelden als indicatie dat zij voldoende representatief is.¹⁹⁰

11.3.2 Samenstelling van de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht

421. De leden van de Raad van Bestuur en van de Raad van Toezicht van SOMI zijn allen deskundige en ervaren professionals op hun eigen gebied en vertegenwoordigen tezamen een uitstekende combinatie van zowel juridische als financiële expertise om de belangen van de Gedupeerden in deze zaak te behartigen.
422. De Raad van Bestuur bestaat uit de heer Hans Franke, de heer Jan van den Broek en de heer Philip Vromen.

¹⁸⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 18 en 19.

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 19.

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 15.

423. Hans Franke is de voorzitter van het de Raad van Bestuur. Hij studeerde aan de universiteit van Rotterdam Bedrijfskunde (financieel management) en Rechten (ondernemingsrecht). Na zijn studie heeft hij zeven jaar gewerkt als advocaat in Amsterdam (Stibbe) en Den Haag (Vereniging van Effectenbezitters). Hij heeft postdoctoraal onderwijs gevolgd op het gebied van Corporate Litigation bij de Grotius Academie van de Universiteit Nijmegen. Tijdens zijn carrière heeft hij zich onder andere beziggehouden met collectieve belangenbehartiging voor effectenbezitters. De afgelopen jaren is hij zich steeds meer gaan inzetten voor maatschappelijke belangen en zich gaan verdiepen in de privacywetgeving.
424. De heer Jan van den Broek is een allround financieel specialist. Hij is al 45 jaar actief, waaronder 15 jaar bij Deloitte accountancy. Hij heeft voor tal van grote en kleine ondernemingen gewerkt waaronder Centric, Woningcorporatie De Key, British Telecom, KPN en De Telegraaf. Momenteel heeft hij een eigen financieel advieskantoor. Hij heeft zich vanuit zijn financiële expertise en zijn vaardigheden als coach de afgelopen jaren ingezet voor de belangen van kinderen. Hij is penningmeester bij de Gastoudercoöperatie U.A. en bij Stichting Adiona, een stichting voor kindercoaches. In het verleden is hij penningmeester geweest bij meerdere andere stichtingen.
425. De heer Philip Vromen is jaren actief geweest in het onderwijs, als directeur van een basisschool en later als trainer, adviseur en coach voor schoolleidingen. Hij heeft diverse cursussen gevolgd waaronder op het terrein van communicatie en conflicthantering. De heer Vromen is ervaren in het besturen van stichtingen. Hij is gedurende tien jaar algemeen directeur geweest van de Stichting Lek en IJssel. De Stichting Lek en IJssel is een samenwerking van een aantal scholen in het basisonderwijs. In zijn functie als algemeen directeur heeft hij een grootschalige herstructurering geleid waarbij onder meer vijf besturen zijn gaan samenwerken in een bestuur op afstand en een eigen financiële en salarisafdeling is ingericht.
426. De Raad van Toezicht bestaat momenteel uit de heer Cor Wijtvliet, de heer Wijnand Prins en de heer Jan Huijnk. Er loopt een sollicitatieprocedure met een privacy-jurist.
427. De heer Cor Wijtvliet is analytisch expert op financieel gebied. Hij heeft zich de afgelopen 36 jaar met name beziggehouden met advisering en onderzoeken in de financiële sector, waaronder sinds 2000 met betrekking tot thema's in het sociale en economische domein. Dergelijke onderzoeken heeft hij onder andere 11 jaar lang gedaan voor Van Lanschot Bankiers. Op dit moment heeft hij een eigen onderzoeksbureau dat diensten verleent aan kleine en middelgrote bedrijven in de financiële sector, zoals ER Capital Rotterdam en IEX Amsterdam. De heer Wijtvliet is sinds de oprichting betrokken bij SOMI, eerst als bestuurslid en thans als lid van de raad van toezicht. Hij publiceert regelmatig over deze zaak in blogs en nieuwsbrieven.
428. De heer Wijnand Prins is onderwijsprofessional en maatschappelijk zeer betrokken. Hij is momenteel beleidsadviseur bij het MBO Rijnland. Hij is begaan met het welzijn van jongeren, onder andere in het kader van hun positionering op de arbeidsmarkt. De heer Prins zet zich actief in voor de ontwikkeling van het (hoger) beroepsonderwijs (HBO/MBO/ROC). Hij is initiatiefnemer

van verschillende projecten en adviseert het bestuur van diverse organisaties met betrekking tot beroepseducatie. De heer Prins is betrokken (geweest) bij verschillende stichtingen als oprichter, voorzitter, bestuurslid of adviseur. Op dit moment is hij onder andere directeur-bestuurder van de Stichting Kwalificatiekamer en adviseur beroepseducatie bij de Nederlandse belangenvereniging van Professionele Organizers.

429. De heer Jan Huijnk is onder meer vijftien jaar docent geweest. Momenteel leidt hij verschillende eigen ondernemingen, waaronder een onderneming die afstandsonderwijs verzorgt in Oost-Europa voor 35.000 studenten. Hij won daarmee in 1997 de Oost-Europa prijs voor sociale en economische activiteiten in de Oekraïne.
430. Met de Raad van Toezicht beschikt SOMI over intern toezicht op het bestuur en voldoet zij aldus aan artikel 3:305a lid 2 sub a BW.¹⁹¹

11.3.3 Deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming

431. Artikel 3:305a BW lid 2 sub b BW verplicht een belangenorganisatie die een collectieve actie instelt, over doeltreffende en passende mechanismen te beschikken voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen voor wie de rechtsvordering is ingesteld. Belangenorganisaties zijn vrij om te bepalen op welke manier zij hieraan invulling geven. Wanneer een belangenorganisatie is ingericht overeenkomstig de Claimcode 2019, kan worden aangenomen dat is voldaan aan dit vereiste.¹⁹² SOMI zal in paragraaf 11.4 toelichten dat zij voldoet aan de Claimcode 2019. Daarnaast zal SOMI de Gedupeerden overigens via haar app en het beveiligde inloggedeelte van haar website raadplegen indien zij zou overwegen een schikking met TikTok te sluiten of te steunen. Op welke wijze dat zal gebeuren, zal SOMI bepalen aan de hand van de voorliggende schikking en stand van zaken op dat moment. Hiermee voldoet SOMI aan artikel 3:305a BW lid 2 sub b BW.

11.3.4 SOMI heeft voldoende financiële middelen

432. Artikel 3:305a lid 2 sub c BW stelt eisen aan de financiële middelen waarover een belangenorganisatie moet beschikken. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om te toetsen of een rechtspersoon die een collectieve vordering instelt, beschikt over voldoende middelen om de procedure te kunnen voeren. Deze toetsing kan slechts marginaal zijn. Voldoende is dat de belangenbehartiger kan aangeven dat hij, op het moment van toetsing, over voldoende middelen beschikt of kan beschikken om de procedure te kunnen voeren.¹⁹³

¹⁹¹ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 19 en Principe VI van de Claimcode 2019.

¹⁹² Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 20.

¹⁹³ Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 11/12 en 20.

433. SOMI heeft alle kosten voor deze zaak tot op heden betaald met gelden vanuit schenkingen en leningen die zijn verstrekt door één van de vennootschappen van haar voorzitter, de heer Hans Franke. Hieraan liggen overeenkomsten ten grondslag. Voor de leningen zijn uitsluitend marktconforme en niet-resultaatsafhankelijke rentepercentages afgesproken. De leningen hoeven pas terugbetaald te worden op het moment dat in deze procedure of in een schikking daadwerkelijk schadevergoedingen worden betaald.
434. De huidige leningen dekken al een belangrijk deel van de juridische kosten in eerste aanleg en van de kosten voor het beheer en de marketing van de campagne. Daarna is de vennootschap van de heer Franke bereid opnieuw leningen te verstrekken, eveneens uitsluitend tegen marktconforme en niet-resultaatsafhankelijke rentepercentages. SOMI heeft voorts – mede op basis van deze achterliggende garantie – een beginselakkoord met een in Nederland gevestigde crowdfunding organisatie voor het aantrekken van een maximum van vijf miljoen euro aan procesfinanciering. Indien deze vorm van financiering zal worden ingezet, zal SOMI uw rechtbank daarover bij akte nader informeren, waaronder over de voorwaarden en de kosten. SOMI is ook in gesprek met potentiële externe procesfinanciers. Indien zij met hen tot overeenstemming komt, zal SOMI uw rechtbank ook daarover bij akte nader informeren.
435. Ten slotte heeft SOMI tot aan het moment van dagvaarding geen vergoedingen gevraagd van aangesloten Gedupeerden. Vanaf de datum van dagvaarding zal zij dat echter wel gaan doen. Zij vraagt hen om een bedrag van € 17,50. Met de opbrengsten zal een deel van de administratieve kosten en van de marketing-, beheer- en IT-kosten van SOMI kunnen worden betaald.
436. Hiermee wordt voldaan aan het vereiste van artikel 3:305a lid 2 sub c BW.

11.3.5 SOMI heeft een toegankelijke website met de benodigde informatie

437. SOMI onderhoudt een website waarop informatie te vinden is, waaronder de statuten van SOMI, de bestuursstructuur van SOMI, de laatst vastgestelde jaarlijkse verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan over het door haar uitgevoerde toezicht (zodra beschikbaar), het laatst vastgestelde bestuursverslag (zodra beschikbaar), de bezoldiging van bestuurders en de leden van de Raad van Toezicht, de doelstellingen en werkwijzen van SOMI, een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures (zodra relevant), informatie over de berekening van de deelnemersbijdrage en informatie over de wijze waarop Gedupeerden zich kunnen aansluiten en deze aansluiting kunnen beëindigen (**productie 46**). Hiermee voldoet SOMI aan de voorwaarden genoemd in art. 3:305a lid 2 sub d BW.

11.3.6 Ervaring en deskundigheid

438. De leden van de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht van SOMI beschikken over de ervaring en expertise die noodzakelijk is voor het instellen van deze collectieve actie, zoals hiervoor in paragraaf 11.3.2 nader toegelicht. Zij hebben juridische ervaring en expertise, waaronder op het

gebied van collectieve acties en op het gebied van gegevensbescherming, kennis van online diensten en de benodigde financiële expertise en ervaring. Daarnaast maakt SOMI gebruik van een team van gespecialiseerde advocaten met ruime ervaring in collectieve acties, gegevensbeschermingsrecht en online diensten.

11.4 SOMI voldoet aan de Claimcode 2019

439. Hiervoor heeft SOMI uiteengezet dat de belangen van de Gedupeerden waarvoor zij opkomt voldoende zijn gewaarborgd, zoals vereist door de wet. Daarnaast voldoet SOMI ook aan de belangrijkste principes en uitgangspunten van de Claimcode 2019.

Principe I – Naleving en handhaving van de code

440. De Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht van SOMI zijn verantwoordelijk voor naleving van de Claimcode 2019 en de governancestructuur. De hoofdlijnen van de governancestructuur met ingang van de statutenwijziging van mei 2021 worden op de website van SOMI uiteengezet. Daarbij ligt SOMI toe op welke wijze zij zich houdt aan de Claimcode 2019 en in hoeverre zij daarvan afwijkt. Deze informatie blijft op de website staan zolang SOMI actief is. Daarmee voldoet SOMI aan Principe I.

Principe II – SOMI heeft geen winstoogmerk

441. SOMI heeft geen winstoogmerk, zoals ook is vastgelegd in artikel 2.3 van haar statuten. Dat SOMI geen winstoogmerk heeft volgt ook uit de doelstellingen van SOMI. In overeenstemming met de uitwerking van Principe II van de Claimcode 2019 is in artikel 6.2 van de statuten van SOMI opgenomen dat twee bestuurders gezamenlijk bevoegd zijn om SOMI te vertegenwoordigen. Verder is in artikel 15.5 van de statuten bepaald dat de bestemming van een eventueel batig liquidatiesaldo zoveel mogelijk in overeenstemming met het doel van SOMI zal zijn en ten goede mag worden gebracht aan haar deelnemers dan wel aan een geschikte goede-doelenorganisatie. Hiermee wordt voldaan aan Principe II.

Principe III – Externe financiering

442. SOMI werkt momenteel niet met een externe financier. Zodra dat mocht veranderen, zal zij uw rechtbank daarover bij akte informeren, waarbij zij ook zal toelichten in hoeverre zij voldoet aan Principe III van de Claimcode 2019.

Principe IV – Onafhankelijkheid en vermijding van belangentegenstelling

443. In artikel 4.1 en 9.1 van de statuten van SOMI is opgenomen dat de Raad van Bestuur respectievelijk de Raad van Toezicht zodanig is samengesteld en waar nodig regelingen heeft getroffen dat de leden ten opzichte van elkaar, de Raad van Toezicht respectievelijk de Raad van Bestuur, een eventuele externe financier en de Gedupeerden onafhankelijk en kritisch kunnen

opereren. SOMI is met geen van de leden van de Raad van Bestuur of van de Raad van Toezicht een overeenkomst aangegaan, behoudens met een vennootschap van de heer Franke ten behoeve van de leningsovereenkomsten (paragraaf 11.3.4). Hiermee is voldaan aan principe IV.

Principe V – De samenstelling, taak en werkwijze van de Raad van Bestuur

444. De Raad van Bestuur van SOMI is evenwichtig samengesteld en bestaat uit experts op juridisch gebied, specifiek met betrekking tot collectieve acties, en op financieel gebied, die zich allen aantoonbaar voor de belangen van jongeren inzetten. In paragraaf 11.3.2 is nader uiteengezet over welke ervaring en kwaliteiten de bestuursleden beschikken. De Raad van Bestuur beschikt over specifieke juridische en financiële expertise, zoals ook in artikel 4.1. van de statuten is opgenomen.
445. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Raad van Bestuur komt overeenkomstig artikel 6 van de statuten toe aan de Raad van Bestuur in zijn geheel danwel aan twee gezamenlijk handelende bestuurders. Verder zal de Raad van Bestuur belangrijke besluiten voorleggen aan de Raad van Toezicht zoals bepaald in artikel 5.6 van de statuten en overlegt de Raad van Bestuur regelmatig met de Raad van Toezicht en voorziet haar steeds van relevante informatie (artikel 11.3 en 12.6). De Raad van Bestuur stelt de Raad van Toezicht ieder jaar schriftelijk op de hoogte van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en de gebruikte beheers- en controlesystemen (artikel 11.3 statuten). De Raad van Bestuur houdt voorts een algemeen toegankelijke website voor SOMI in stand waarop in ieder geval de informatie zoals wordt vereist op grond van artikel 3:305a BW en de Claimcode 2019 wordt vermeld. Hiermee wordt voldaan aan Principe V van de Claimcode 2019.

Principe VI – Vergoedingen aan bestuurders

446. De Raad van Toezicht stelt een beloning vast voor de leden van de Raad van Bestuur die in redelijke verhouding staat tot de aard en intensiteit van de werkzaamheden (artikel 5.5 statuten). Ook de onkostenvergoeding wordt door de Raad van Toezicht vastgesteld (artikel 5.3 statuten). De bestuurders ontvangen daarnaast geen andere vergoeding voor hun werkzaamheden voor SOMI. In de jaarstukken worden de overeengekomen vergoedingen opgenomen en op de website van SOMI wordt het beloningsbeleid op hoofdlijnen gepubliceerd. Hiermee voldoet SOMI aan principe VI van de Claimcode 2019.

Principe VII – De Raad van Toezicht

447. In paragraaf 11.3.2 zijn de profielen van de leden van de Raad van Toezicht van SOMI beschreven. Daaruit blijkt dat de leden beschikken over financiële ervaring teneinde adequaat toezicht te kunnen houden op de Raad van Bestuur en de behartiging van de belangen zoals omschreven in de statutaire doelstelling. Voor de Raad van Toezicht zoekt SOMI nog een jurist. Zij voert momenteel een sollicitatieprocedure met een bekende privacy-jurist

448. In artikel 9.1 van de statuten is bepaald dat de leden van de Raad van Toezicht onafhankelijk zijn ten opzichte van de andere organen van en betrokken bij SOMI. De Raad van Toezicht wordt overeenkomstig artikel 11.3 van de statuten door de Raad van Bestuur voorzien van alle noodzakelijke informatie en heeft op grond van artikel 11.2 het recht om inzage te nemen in alle boeken en bescheiden van SOMI. De Raad van Toezicht vergadert tenminste driemaal per jaar (artikel 12.1 statuten) en komt ten minste eenmaal per jaar samen met de Raad van Bestuur in een gemeenschappelijke vergadering (artikel 12.6 statuten). In de gemeenschappelijke vergadering wordt een redelijke en niet bovenmatige vergoeding en vacatiegeldregeling vastgesteld (artikel 11.5 statuten). De Raad van Toezicht stelt jaarlijks een verantwoordingsdocument op over het uitgevoerde toezicht (artikel 11.1 statuten). De vergoedingsregeling en het verantwoordingsdocument worden op de website van SOMI gepubliceerd. Ook kan de Raad van Toezicht de Raad van Bestuur opdragen de balans en staat van baten en lasten te laten onderzoeken door een door haar aangewezen registeraccountant of andere deskundige (artikel 13.3 statuten).

11.5 Aanvullende ontvankelijkheidseisen

449. Artikel 3:305a lid 3 BW bevat een aantal aanvullende ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties. SOMI zal hierna toelichten dat zij ook aan deze eisen voldoet: de Raad van Bestuur heeft geen winstoogmerk, de collectieve vorderingen hebben een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer en SOMI heeft TikTok uitgenodigd voor overleg.

11.5.1 Geen winstoogmerk

450. Artikel 3:305a lid 3 sub a BW bepaalt dat bestuurders betrokken bij de oprichting van een belangenorganisatie en hun opvolgers, geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk mogen hebben, dat via de belangenorganisatie wordt verwezenlijkt. Hiervan is geen sprake. Een vennootschap van de heer Frank verstrekt leningen aan SOMI, maar ontvangt daarvoor uitsluitend een marktconforme en niet-resultaatsafhankelijke rente.

11.5.2 Voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer

451. Artikel 3:305a lid 3 sub b BW vereist dat de collectieve rechtsvordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft. Daarvan is sprake als:
- i) Het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvorderingen strekken, hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben;
 - ii) Degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, woonplaats in Nederland heeft en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer; of
 - iii) De gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden.

452. SOMI komt in deze procedure uitsluitend op voor Nederlandse minderjarigen, zodat voldaan is aan sub i). Daarnaast hebben de gebeurtenissen zich voorgedaan in Nederland omdat inbreuk wordt gemaakt op de rechten van Nederlandse minderjarigen, zodat ook voldaan is aan sub iii). De collectieve vorderingen hebben aldus een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer.

11.6 SOMI heeft TikTok uitgenodigd voor overleg

453. SOMI heeft TikTok uitgenodigd om met SOMI in overleg te treden over haar bezwaren en over het vergoeden van de schade, dit met een termijn van twee weken (paragraaf 2.3). SOMI heeft daardoor voldaan aan artikel 3:305a lid 3 sub c BW.

12 RECHTSMACHT EN TOEPASSELIJK RECHT

454. Het onderhavige geschil heeft een internationaal karakter: SOMI en de natuurlijke personen waarvoor zij optreedt hebben verblijfplaats in Nederland, TikTok is gevestigd in Ierland.

12.1 Rechtsmacht

455. De Nederlandse rechter is bevoegd kennis te nemen van dit geschil. Voor wat betreft de vorderingen op grond van de AVG berust deze bevoegdheid op artikel 79 lid 2 AVG en voor de vorderingen op grond van het consumentenrecht, de Telecommunicatiewet en de Mediawet op artikel 18 lid 1 Brussel I bis-Vo en artikel 6 sub d Rv.

12.1.1 Artikel 79 lid 2 AVG

456. Artikel 79 AVG voorziet in een recht voor de betrokkene om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen indien hij van mening is dat zijn rechten uit hoofde van de AVG geschonden zijn. Lid 2 bevat in dat kader een bevoegdheidsregeling:

“Een procedure tegen een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker wordt ingesteld bij de gerechten van de lidstaat waar de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker een vestiging heeft. Een dergelijke procedure kan ook worden ingesteld bij de gerechten van de lidstaat waar de betrokkene gewoonlijk verblijft, tenzij de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker een overheidsinstantie van een lidstaat is die optreedt in de uitoefening van het overheidsgezag.”

457. De twee bevoegdheidsgrondslagen zijn alternatief, de betrokkene kan dus kiezen. In overweging 145 AVG wordt deze keuzemogelijkheid benadrukt:

“Voor procedures tegen een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker dient de klager te kunnen kiezen om de zaak aanhangig te maken bij de gerechten in de lidstaat waar de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker een vestiging heeft, of dit te doen

in de lidstaat waar de betrokkene verblijft, tenzij de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie van een lidstaat is die krachtens overheidsbevoegdheid handelt.”

458. Het staat SOMI dus vrij deze zaak aanhangig te maken voor de gerechten van de lidstaat waar de door haar vertegenwoordigde betrokkenen hun verblijfplaats hebben. De Gedupeerden wiens rechten SOMI in deze zaak behartigt, hebben allemaal hun gewone verblijfplaats in Nederland. Daarmee heeft de Nederlandse rechter aldus internationale rechtsmacht in deze zaak.
459. De in de Gebruiksvoorwaarden opgenomen forumkeuze voor de Ierse rechter houdt geen stand. Deze is door TikTok niet-exclusief geformuleerd en laat bovendien de dwingende rechtsmachtregeling uit de AVG onverlet.

12.1.2 Artikel 18 lid 1 Brussel I bis-Vo en 6 sub d Rv

460. SOMI vertegenwoordigt Gedupeerden in Nederland die in hun hoedanigheid van consument een overeenkomst hebben gesloten met TikTok als professionele partij. Tussen de Gedupeerden en TikTok is dus een consumentenovereenkomst tot stand gekomen. TikTok heeft geen vestigingsplaats in Nederland. Voor de vraag naar de rechtsbevoegdheid van de Nederlandse rechter inzake consumentenovereenkomsten is daarom het Europese en nationale internationale privaatrecht leidend.
461. In dit geval is de Brussel I bis-Vo van toepassing. TikTok is immers gevestigd op het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie. Nu TikTok commerciële activiteiten ontplooit in Nederland en daartoe met Nederlandse consumenten een overeenkomst op afstand sluit, kan SOMI als vertegenwoordiger van de Nederlandse consumenten de zaak aanbrengen bij de Nederlandse rechter (artikel 17 lid 1 sub c jo. artikel 18 lid 1 Brussel I bis-Vo). Op grond van artikel 19 Brussel I bis-Vo heeft het niet-exclusieve forumkeuzebeding in de Gebruiksvoorwaarden van TikTok hierop geen invloed.

12.2 Toepasselijk recht

462. De vorderingen deze zaak dienen beoordeeld te worden naar Nederlands recht, inclusief de AVG. Voor wat betreft de vorderingen op grond van de AVG is dit het geval op grond van artikel 3 AVG, voor de vorderingen verband houdend met consumentenovereenkomsten op grond van artikel 6 van de Rome I Verordening en voor de vorderingen op grond van de overtredingen van de Telecommunicatiewet en de Mediawet op grond van artikel 4 lid 1 van de Rome II Verordening.

12.2.1 Artikel 3 AVG

463. In artikel 3 lid 1 AVG is het territoriale toepassingsbereik van de AVG geregeld. De AVG is van toepassing op verwerkingen in het kader van activiteiten van een vestiging van een verantwoordelijke in de Europese Unie. Daarover is in overweging 22 AVG het volgende opgenomen:

“(…) Een vestiging veronderstelt het effectief en daadwerkelijk uitoefenen van activiteiten via bestendige verhoudingen. De rechtsvorm van dergelijke verhoudingen, of het nu gaat om een bijkantoor of om een dochteronderneming met rechtspersoonlijkheid, is daarbij niet doorslaggevend.”

464. Nu TikTok is gevestigd in lidstaat Ierland en deze vestiging effectief en daadwerkelijk activiteiten uitoefent om de diensten van TikTok aan te bieden binnen de Europese Unie, is de AVG dus van toepassing.

12.2.2 Artikel 6 Rome I

465. Voor de vorderingen die voortvloeien uit de tussen de Gedupeerden en TikTok gesloten consumentenovereenkomsten geldt dat de vraag naar het toepasselijk recht wordt beheerst door Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (“**Rome I Verordening**”).
466. Het toepasselijk recht wordt op grond van artikel 6 beheerst door het recht van de woonplaats van de consument, op voorwaarde dat (i) de verkoper zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in het land waar de consument woonplaats heeft, of dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op dat land of op verscheidene landen, met inbegrip van dat land, en (ii) de overeenkomst onder die activiteiten valt. Een fysieke band met het woonland van de consument is niet vereist, maar de verkoper moet zich wel gericht hebben op de consumentenmarkt van dat land, bijvoorbeeld door middel van gedrukte reclame-uitingen, of via telemarketing, internetactiviteiten of andere media. Aan deze vereisten is voldaan nu TikTok zich met haar Nederlandse app en Nederlandse website richt op de Nederlandse consument en in het kader van het gebruik van de TikTok App een overeenkomst sluit met Nederlandse gebruikers.
467. Artikel 6 lid 2 Rome I Verordening bepaalt dat partijen een rechtskeuze overeen kunnen komen, behoudens de bescherming welke de consument geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken volgens het recht dat overeenkomstig lid 1 toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze. Dit betekent dat de rechtskeuze voor lers recht in de Gebruiksvoorwaarden, de toepasselijkheid van de dwingendrechtelijke bepalingen uit het Nederlandse consumentenrecht onverlet laat.

12.2.3 Artikel 4 lid 1 Rome II

468. Op grond van de hoofdregel in artikel 4 lid 1 van Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“**Rome II Verordening**”) geldt dat het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht van het land is waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen

de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen. In deze zaak hebben de Gedupeerden allen hun gewone verblijfplaats hebben in Nederland, en de schade doet zich aldus in Nederland voor.

469. De rechtskeuze voor lers recht in artikel 13 van de Gebruiksvoorwaarden houdt geen stand. Partijen zijn de rechtskeuze immers niet overeengekomen *nadat* de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en de Gedupeerden verrichten geen handelsactiviteiten (zie artikel 14 lid 1 Rome II Verordening).

13 VERWEER TIKTOK

470. Aan SOMI zijn geen andere verweren van TikTok bekend dan die welke reeds in deze dagvaarding zijn behandeld. In haar brief van 9 oktober 2020 (**productie 2b**) verweert zij zich slechts in zeer algemene zin:

“At the outset, we reject SOMI’s generic claim that TikTok has “violated user privacy in numerous ways”. At TikTok, we are driven to maintain a positive and safe environment for our users where creativity and expression thrive. It goes without saying that, as part of this drive, we are committed to protecting and respecting the privacy of our users. TikTok takes compliance with applicable data protection laws – including the General Data Protection Regulation (“GDPR”) – very seriously.”

471. Ook in haar brief van 20 mei 2021 komt zij niet verder dan de opmerking dat zij het standpunt afwijst dat zij op enige manier in strijd handelt met het recht (**productie 2d**):

“Our mission at TikTok is to inspire creativity and bring joy. As we work to bring this mission to life, we have consistently sought to prioritise the privacy and safety of our community. TikTok has robust policies, processes and technologies in place to help protect its users, especially minors. We respectfully disagree with your conclusion that TikTok violates data protection and consumer protection law, including audio-visual media services legislation. We strongly reject these generic claims as unsubstantiated and lacking any factual basis.”

14 PETITUM

472. SOMI verzoekt gezien al het voorgaande dat het uw rechtbank moge behagen om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Exclusieve belangenbehartiger

- I. SOMI aan te wijzen als exclusieve belangenbehartiger in de zin van artikel 1018e lid 1 Rv;

Vertegenwoordigde gedupeerden

Primair

- II. Te bepalen dat SOMI in deze collectieve vordering de belangen behartigt van de navolgende nauw omschreven groepen van personen in de zin van artikel 1018e lid 2 Rv (gezamenlijk de **“Nauw Omschreven Groepen”**):
 - a. Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 nog niet de leeftijd van 13 jaar hadden bereikt (**“Nauw Omschreven Groep A”**);
 - b. Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 13, 14 of 15 jaar hadden (**“Nauw Omschreven Groep B”**);
 - c. Alle natuurlijke personen met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 16 of 17 jaar hadden (**“Nauw Omschreven Groep C”**);

Subsidiair

- III. Te bepalen dat SOMI in deze collectieve vordering de belangen behartigt van de bij haar door middel van de Deelnemersovereenkomst aangesloten gedupeerden (**“Aangemelde Gedupeerden”**), waarbij de Aangemelde Gedupeerden zijn onderverdeeld in de volgende groepen:
 - a. Alle Aangemelde Gedupeerden met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 nog niet de leeftijd van 13 jaar hadden bereikt (**“Aangemelde Gedupeerden Groep A”**);
 - b. Alle Aangemelde Gedupeerden met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 13, 14 of 15 jaar hadden (**“Aangemelde Gedupeerden Groep B”**);
 - c. Alle Aangemelde Gedupeerden met gewone verblijfplaats in Nederland die de TikTok App hebben gebruikt na 25 mei 2018 en die op het moment van eerste gebruik na 25 mei 2018 de leeftijd van 16 of 17 jaar hadden (**“Aangemelde Gedupeerden Groep C”**);

Verklaringen voor recht

- IV. Voor recht te verklaren dat TikTok, om de redenen zoals in het lichaam van deze dagvaarding gesteld, in strijd handelt met het EU Handvest van de grondrechten, de EU Algemene Verordening Gegevensbescherming, de Telecommunicatiewet, dwingende bepalingen van consumentenrecht en/of de Mediawet;
- V. Voor recht te verklaren dat TikTok op grond van artikel 82 AVG en/of artikel 6:162 BW aansprakelijk is jegens ieder lid van de Nauw Omschreven Groepen, subsidiair jegens iedere Aangemelde Gedupeerde, voor de door dat lid of door die Aangemelde Gedupeerde geleden en nog te lijden schade;
- VI. Voor recht te verklaren dat:
 - a. Het Privacybeleid, de Gebruiksvoorwaarden en de Virtual Items Policy van TikTok voor de Gedupeerden in zijn geheel onbegrijpelijk en onduidelijk zijn, althans dat de door uw rechtbank te oordelen bedingen daarin voor de Gedupeerden onbegrijpelijk en onduidelijk zijn, en aldus vernietigbaar;
 - b. Artikel 6, artikel 9 en artikel 12 van de Gebruiksvoorwaarden en de volledige Virtual Items Policy van TikTok onredelijk bezwarend zijn, en aldus vernietigbaar;
 - c. TikTok zich met haar handelspraktijken inzake Coins, Gifts en Diamonds schuldig maakt aan misleidende en oneerlijke handelspraktijken;
 - d. TikTok in strijd handelt met artikel 3:15e en 6:193b BW en artikel 3a.5 Mediawet door commerciële communicatie in de TikTok App niet als zodanig herkenbaar te maken;
 - e. TikTok passende maatregelen moet treffen om ervoor te zorgen dat minderjarigen worden beschermd tegen video's die hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling kunnen aantasten;

Vernietiging van voorwaarden

- VII. De volledige overeenkomst ter zake het gebruik van de TikTok App tussen TikTok en Gedupeerden die op het moment van het wijzen van vonnis in deze zaak de leeftijd van 16 jaar nog niet hebben bereikt, te vernietigen;
- VIII. Artikel 6, 9 en 12 van de Gebruiksvoorwaarden en de volledige Virtual Items Policy van TikTok, zoals die gelden tussen de Gedupeerden en TikTok, te vernietigen, zulks ten aanzien van de Gedupeerden genoemd in vordering VIII: subsidiair aan die vordering;

Wissen van persoonsgegevens

- IX. TikTok te bevelen om alle persoonsgegevens van Gedupeerden die op het moment van het wijzen van vonnis in deze zaak de leeftijd van 16 jaar nog niet hebben bereikt, onomkeerbaar te (laten) wissen en daarvan bewijs te verstrekken aan SOMI;

Bevelen ter bescherming van minderjarigen

- X. TikTok te bevelen om:
- a. Een effectief systeem te implementeren waarmee zij de leeftijd van personen die zich registreren voor gebruik van de TikTok App kan verifiëren en waarmee zij waarborgt dat kinderen die de leeftijd van 13 jaar nog niet hebben bereikt, de TikTok App niet kunnen gebruiken;
 - b. Een effectief systeem te implementeren waarmee zij waarborgt dat voor verwerkingen van persoonsgegevens van kinderen die de leeftijd van 16 jaar nog niet bereikt hebben, waarvoor toestemming als wettelijke grondslag vereist is, deze toestemming uitsluitend kan worden verleend door de ouders of wettelijk vertegenwoordigers van het kind;
 - c. Een effectief systeem te implementeren waarmee zij waarborgt dat minderjarigen geen video's kunnen bekijken die hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling kunnen aantasten, waaronder een systeem waarmee ouders of wettelijk vertegenwoordigers van minderjarigen op effectieve wijze kunnen controleren en beheren welke video's deze minderjarigen kunnen bekijken, zonder dat TikTok daardoor meer persoonsgegevens van deze ouders of wettelijk vertegenwoordigers zal verwerken dan strikt noodzakelijk voor dat doel;
 - d. Passende maatregelen te nemen om commerciële communicatie in de TikTok App als zodanig herkenbaar te maken;
 - e. Een gedragscode overeenkomstig artikel 3a.3 Mediawet op te stellen en te publiceren;

Schadevergoeding

- XI. TikTok te veroordelen de immateriële schade van ieder lid van de Nauw Omschreven Groepen, subsidiair van iedere Aangemelde Gedupeerde, te vergoeden;

Primair

- XII. De schade te begroten op:

- a. Een bedrag van € 2.000,- (zegge: tweeduizend euro) per lid van Nauw Omschreven Groep A, subsidiair per lid van Aangemelde Gedupeerden Groep A;
- b. Een bedrag van € 1.000,- (zegge: duizend euro) per lid van Nauw Omschreven Groep B, subsidiair per lid van Aangemelde Gedupeerden Groep B;
- c. Een bedrag van € 500,- (zegge: vijfhonderd euro) per lid van Nauw Omschreven Groep C, subsidiair per lid van Aangemelde Gedupeerden Groep C,

te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het in deze zaak te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening;

Subsidiair

- XIII. De schade te begroten op een bedrag of bedragen door uw rechtbank in goede justitie te bepalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het in deze zaak te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening;

Meer-subsidiair

- XIV. Te bepalen dat de door de leden van de Nauw Omschreven Groepen, subsidiair de Aangemelde Gedupeerden, geleden schade nader zal worden opgemaakt bij staat en zal worden vereffend volgens de wet;

Schadeafwikkeling

Primair

- XV. TikTok te veroordelen om binnen zes weken na de datum van het in deze zaak te wijzen vonnis aan SOMI te betalen:

Primair

- a. Alle op grond van het in deze zaak te wijzen vonnis aan de leden van de Nauw Omschreven Groepen toegekende schadevergoedingen, uitgaande van 510.000 leden in Nauw Omschreven Groep A, 298.000 leden in Nauw Omschreven Groep B en 196.000 leden in Nauw Omschreven Groep C, en aldus een totaalbedrag van € 1.416.000.000,- (zegge: één miljard vierhonderd zestien miljoen euro), althans een nader door uw rechtbank in goede justitie vast te stellen aantal leden en/of vast te stellen bedrag, en daarbij te bepalen dat enig deel van het totale bedrag dat vierentwintig maanden na betaling door TikTok, althans een door uw rechtbank in goede justitie te bepalen termijn, nog resteert, door SOMI zal mogen worden

uitgekeerd aan één of meer door SOMI aan te wijzen organisaties zonder winstoogmerk die actief zijn op het gebied van minderjarigen-, privacy- en/of consumentenbescherming;

Subsidiair

- b. Alle op grond van het in deze zaak te wijzen vonnis aan de Aangemelde Gedupeerden toegekende schadevergoedingen, uitgaande van het nader door SOMI te specificeren aantal leden in de verschillende groepen Aangemelde Gedupeerden, althans een nader door uw rechtbank in goede justitie vast te stellen aantal leden, en daarbij te bepalen dat enig deel van het totale bedrag dat vierentwintig maanden na betaling door TikTok, althans een door uw rechtbank in goede justitie te bepalen termijn, nog resteert, door SOMI zal mogen worden uitgekeerd aan één of meer door SOMI aan te wijzen organisaties zonder winstoogmerk die actief zijn op het gebied van minderjarigen-, privacy- of consumentenbescherming;

Primair en subsidiair

- c. Een bedrag van € 5.000.000,- (zegge: vijf miljoen euro), althans een nader door SOMI te specificeren bedrag, althans een door uw rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, dat zal dienen tot vergoeding van de door SOMI te maken kosten van verdeling van schadevergoedingen onder de leden van de Nauw Omschreven Groepen, subsidiair de Aangemelde Gedupeerden, en daarbij te bepalen dat enig deel van dit bedrag dat zal resterende nadat de verdeling van de schadevergoedingen is voltooid en alle daarmee samenhangende kosten van SOMI zijn vergoed, binnen zestig dagen aan TikTok zal worden terugbetaald, subsidiair te bepalen dat SOMI de kosten van verdeling van schadevergoedingen onder de leden van de Nauw Omschreven Groepen, subsidiair de Aangemelde Gedupeerden, in mindering zal mogen brengen op de door of namens haar uit te betalen schadevergoedingen;
- XVI. Te bepalen dat SOMI op de door of namens haar uit te betalen schadevergoedingen aan de leden van de Nauw Omschreven Groepen een nader door SOMI te specificeren marktconforme vergoeding voor door SOMI geleverde diensten in mindering mag brengen, met inbegrip van een redelijke opslag ten behoeve van (toekomstige) collectieve belangenbehartiging en van kosten voor gebruik van eigen vermogen of vreemd vermogen;
- XVII. Te bepalen dat SOMI de bijstand van een betrouwbare en professionele claimafhandelaar zal inschakelen om de juiste verdeling van de door TikTok te betalen schadevergoedingen te verzorgen;

- XVIII. Te bepalen dat de leden van de Nauw Omschreven Groepen, subsidiair de Aangemelde Gedupeerden, die in aanmerking wensen te komen voor betaling van schadevergoeding, daarvoor dienen in te stemmen met een bindendadviesprocedure met betrekking tot de vaststelling door de claimafhandelaar van het recht op schadevergoeding en met betrekking tot de verdeling van de schadevergoeding, waarbij een door uw rechtbank, na overleg met partijen, aan te wijzen onafhankelijke persoon met voldoende deskundigheid als bindend adviseur zal optreden;

Subsidiair

- XIX. De collectieve schadeafwikkeling zodanig vorm te geven als uw rechtbank geraden acht op basis van (een) door SOMI en TikTok op grond van artikel 1018i Rv over te leggen voorstel(len) voor een collectieve schadeafwikkeling;

Proceskosten en buitengerechtelijke kosten

Primair

- XX. TikTok te veroordelen in de kosten van dit geding, inclusief de redelijke en evenredige proceskosten, de buitengerechtelijke kosten en andere kosten die SOMI heeft gemaakt, waaronder begrepen de eventueel door SOMI aan een financier te betalen vergoeding, zulks op grond van artikel 1018l lid 2 Rv, althans op grond van artikel 237 Rv, althans op grond van artikel 6:96 BW, één en ander zoals nader door SOMI te begroten en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het in deze zaak te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening;

Subsidiair

- XXI. Te bepalen dat SOMI de kosten van dit geding, inclusief de redelijke en evenredige proceskosten, de buitengerechtelijke kosten en andere kosten die SOMI heeft gemaakt, waaronder begrepen de eventueel door SOMI aan een financier te betalen vergoeding, in mindering zal mogen brengen op de door of namens haar uit te betalen schadevergoedingen,

De kosten dezes van mij deurwaarder bedragen:

Deurwaarder

Deze zaak wordt behandeld door:

SOLV Advocaten

mr. D.M. Linders

mr. Y. van den Winkel

mr. L. Mourcous

T: 020-5300160 | F: 020-5300170 | E: linders@solv.nl

Anne Frankstraat 121, 1018 BZ Amsterdam

PRODUCTIEOVERZICHT

Productie 1 Statuten SOMI d.d. 31 mei 2021

Productie 2 Correspondentie tussen SOMI en TikTok

- a. Brief van SOMI aan TikTok d.d. 8 september 2020
- b. Brief van TikTok aan SOMI d.d. 9 oktober 2020
- c. Brief van de advocaat van SOMI aan TikTok d.d. 7 mei 2021
- d. Brief van TikTok aan de advocaat van SOMI d.d. 20 mei 2021
- e. Brief van de advocaat van SOMI aan TikTok d.d. 21 mei 2021
- f. Brief van TikTok aan de advocaat van SOMI d.d. 25 mei 2021
- g. E-mail van de advocaat van SOMI aan TikTok d.d. 25 mei 2021
- h. E-mail van TikTok aan de advocaat van SOMI d.d. 27 mei 2021
- i. E-mail van de advocaat van SOMI aan TikTok d.d. 2 juni 2021

Productie 3 Verschillende versies van de Gebruiksvoorwaarden van TikTok

- a. Huidige versie van de Gebruiksvoorwaarden gedateerd juli 2020 (Nederlandstalig, eerstesignaleerde datum: 16 februari 2021)
- b. Terms of Service gedateerd juli 2020 (Engelstalig)
- c. Terms of Service gedateerd februari 2020 (Engelstalig)
- d. Terms of Service gedateerd februari 2019 (Engelstalig)
- e. Terms of Service voor de EU zoals online op 22 oktober 2018 (Engelstalig)
- f. Terms of Service voor de EU zoals online op 5 september 2018 (Engelstalig)
- g. Terms of Service voor de VS gedateerd augustus 2018 (Engelstalig)

Productie 4 Verschillende versies van het Privacybeleid van TikTok

- a. Huidige versie van het Privacybeleid gedateerd juli 2020 (Nederlandstalig)
- b. Privacy Policy gedateerd januari 2020 (Engelstalig)

- c. Huidige versie van de Privacy Policy for Younger Users gedateerd januari 2020 (Engelstalig)
- d. Privacy Policy gedateerd oktober 2019 (Engelstalig)
- e. Privacy Policy gedateerd januari 2019 (Engelstalig)
- f. Privacy Policy gedateerd augustus 2018 (Engelstalig)

- Productie 5** Huidige versie van de Virtual Items Policy gedateerd december 2019 (Engelstalig)
- Productie 6** Huidige versie van de TikTok Platform Cookies Policy gedateerd 5 november 2020 (Engelstalig)
- Productie 7** Huidige versie van het Cookiebeleid voor de websites van TikTok gedateerd 3 augustus 2020 (Nederlandstalig)
- Productie 8** Cookiebanner in de TikTok App
- Productie 9** TikTok Privacy Policy voor inwoners van de VS gedateerd december 2020 en TikTok Privacy Policy voor inwoners buiten de VS, de EER, het VK of Zwitserland gedateerd februari 2021
- Productie 10** Website TikTok Business Help Center: “Ad Targeting”
- Productie 11** Website TikTok Business Help Center: “Advertising on TikTok Ads Manager”
- Productie 12** Website TikTok for Business: “Advertising Solutions”
- Productie 13** Website TikTok for Business: “Promoting the Doritos Truth or Dare game to a young Dutch audience”
- Productie 14** Screenshots van de reclamevideo van Doritos
- Productie 15** Screenshots van de pop-up in de TikTok App voor het geven van toestemming voor gepersonaliseerde advertenties en het “Beheren in Instellingen”
- Productie 16** E-mail van TikTok met registratiebevestiging
- Productie 17** Screenshots van het aankoopproces van Gifts in de TikTok App
- Productie 18** Bericht op de website SpendMeNot.com: “TikTok Revenue Statistics That Will Amaze You”
- Productie 19** Bericht op de website SensorTower.com: “Top Grossing Apps Worldwide for February 2021”
- Productie 20** Bericht op de website Multiscopes.nl: “1 Miljoen TikTok gebruikers in Nederland”

- Productie 21** Het Nationale Social Media Onderzoek 2020 van Newcom Research & Consultancy B.V. d.d. januari 2020
- Productie 22** Het Nationale Social Media Onderzoek 2021 van Newcom Research & Consultancy B.V. d.d. januari 2021
- Productie 23** Bericht op de website NYTimes.com: “A Third of TikTok’s U.S. Users May Be 14 or Under, Raising Safety Questions”
- Productie 24** Bericht op de website BBC.com: “TikTok’s young fans ‘exploited’ for digital gifts”
- Productie 25** Verschillende nieuwsberichten over incidenten bij “challenges” op TikTok:
- a. Ad.nl: “Italië blokkeert TikTok na dood 10-jarig meisje”
 - b. Newsweek.com: “TikTok Blackout Choking Challenge Leads to 12-Year-Old Boy Becoming Brain Dead”
 - c. Dailymail.co.uk: “FDA issues ‘Benadryl Challenge’ warning as it investigates reports of teen deaths and injuries linked to a TikTok craze and urges the social media site to remove videos”
 - d. Parool.nl: “Waarschuwing voor ‘zelfmoordspel’ Blue Whale Challenge”
 - e. Ad.nl: “Artsen waarschuwen voor levensgevaarlijke ‘skull-breaker challenge’ op TikTok”
- Productie 26** Bericht op de website Volkskrant.nl: “Op TikTok ligt de pro-anacontent voor het oprapen”
- Productie 27** Bericht op de website FTC.gov: “Video Social Networking App Musical.ly Agrees to Settle FTC Allegations That it Violated Children’s Privacy Law”
- Productie 28** De schikking tussen de Federal Trade Commission en Musical.ly d.d. 27 februari 2019
- Productie 29** De schikking van TikTok inzake Consumer Privacy Litigation d.d. 25 februari 2021
- Productie 30** Bericht op de website BBC.com: “TikTok sued for billions over use of children’s data”
- Productie 31** Bericht op de website Autoriteitpersoonsgegevens.nl: “AP start onderzoek naar TikTok”
- Productie 32** Bericht op de website EDPB.europa.eu: “Europees Comité voor gegevensbescherming – Eenendertigste plenaire vergadering: oprichting van een taskforce inzake TikTok”
- Productie 33** Bericht op de website RTLNieuws.nl: “TikTok beboet in Zuid-Korea na verzamelen data kinderen”

- Productie 34** Bericht op de website Research.checkpoint.com: “Tik or Tok? Is TikTok secure enough?”
- Productie 35** Beveiligingsanalyse van Penetrum: “Penetrum Security Analysis of TikTok versions 10.0.8 - 15.2.3” d.d. april 2020
- Productie 36** Rapport van BEUC “TikTok without filters” d.d. februari 2021
- Productie 37** Rapport van BEUC: “Confusing By Design” d.d. februari 2021
- Productie 38** Bericht op de website BEUC.eu: “BEUC files complaint against TikTok for multiple EU consumer law breaches”
- Productie 39** Bericht op de website TheIntercept.com: “Invisible censorship. TikTok Told Moderators to Suppress Posts by “Ugly” People and the Poor to Attract New Users”
- Productie 40** Bericht op de website TheGuardian.com: “Revealed: how TikTok censors videos that do not please Beijing”
- Productie 41** Bericht op de website Netzpolitik.org: “Cheerfulness and censorship”
- Productie 42** Bericht op de website Netzpolitik.org: “TikTok curbed reach for people with disabilities”
- Productie 43** Website Newsroom.tiktok.com/nl: “Verbeterde privacy en veiligheid voor jongeren op TikTok”
- Productie 44** Website Newsroom.tiktok.com/nl: “Ondersteuning van jongeren en gezinnen op TikTok”
- Productie 45** Screenshots van de Muziekbibliotheek in de TikTok App
- Productie 46** Website van SOMI
- Productie 47** Campagnewebsites van SOMI voor collectieve acties
- Productie 48** Screenshot over de app van SOMI
- Productie 49** Artikelen en blogs van SOMI over privacy-gerelateerde onderwerpen
- Productie 50** Berichten in de media over SOMI en TikTok
- Productie 51** De Deelnemersovereenkomst en volmacht van SOMI