



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Immateriële schadevergoeding in collectieve acties onder de AVG: terug naar de kern

van Duin, J.M.L.; Jonkers, A.L.; Wassink, J.; Meiring, K.V.

**Publication date**

2024

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

**License**

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

van Duin, J. M. L., Jonkers, A. L., Wassink, J., & Meiring, K. V. (2024). Immateriële schadevergoeding in collectieve acties onder de AVG: terug naar de kern. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2024(6), 136-146. Article 18.

[https://www.inview.nl/document/idc3e26527f0eb446f926dcb8107230f1f?ctx=WKNL\\_CSL\\_87](https://www.inview.nl/document/idc3e26527f0eb446f926dcb8107230f1f?ctx=WKNL_CSL_87)

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

*UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)*

# Immateriële schadevergoeding in collectieve acties onder de AVG: terug naar de kern

NTBR 2024/18

**Dit artikel analyseert de rol van collectieve acties bij het vorderen van immateriële schadevergoeding voor grootschalige commerciële privacy-schendingen. Het structurele karakter van deze schendingen en de daarmee samenhangende schade maakt dat immateriële schadevergoedingsclaims zich bij uitstek lenen voor bundeling. Wij betogen dat collectieve actie hier niet alleen efficiënter en effectiever is dan individuele procedures, maar ook het beste past bij de aard van de normschending en de schade. Collectieve acties dragen bij aan de doelstelling van zowel de WAMCA als de AVG om toegang tot recht en adequate compensatiemechanismen te bieden. Zonder collectieve actie zou effectieve rechtsbescherming illusoir worden.**

## 1. Inleiding

Data spelen een centrale rol in ons dagelijks leven en worden op grote schaal verzameld en verwerkt door overheidsinstaties en bedrijven. In het kielzog van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)<sup>2</sup> en de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) zijn er de afgelopen drie jaar een aantal collectieve acties ingesteld wegens inbreuken op het privacy- en gegevensbeschermingsrecht.<sup>3</sup> Deze acties, ingesteld door claimstichtingen ter behartiging van belangen van groepen gedupeerden, zien

vaak op de vergoeding van schade.<sup>4</sup> Bij AVG-schendingen kenmerkt de schade zich veelal (mede) door zijn immateriële aard,<sup>5</sup> die verband houdt met de negatieve impact op een individu als gevolg van de ongeautoriseerde verzameling, verwerking of openbaarmaking van (soms gevoelige) persoonlijke informatie, onder meer vanwege het risico op misbruik.<sup>6</sup> Dit heeft ook een maatschappelijke dimensie, bijvoorbeeld waar het – zoals in de veelbesproken *UI/Österreichische Post*-zaak<sup>7</sup> – gaat om gegevens over veronderstelde politieke voorkeuren van burgers. Wij zien echter een spanningsveld ontstaan tussen de noodzaak van effectieve handhaving van AVG-rechten enerzijds en de complexiteit die zich voordoet bij de bundeling van dergelijke (schadevergoedings)acties anderzijds. Illustratief is een uitspraak van de rechtbank Amsterdam inzake TikTok, waar in de ontvankelijkheidsfase is geoordeeld dat een vordering tot vergoeding van immateriële schade zozeer afhangt van de individuele situatie van de gebruiker dat geen sprake is van een bundelbare (voldoende gelijksoortige) vordering.<sup>8</sup> Vlak vóór publicatie van dit artikel oordeelde het hof Amsterdam anders inzake Oracle en Salesforce.<sup>9</sup>

In dit artikel verkennen wij de vraag of immateriële schadevergoedingsvorderingen effectief gebundeld kunnen worden in collectieve acties onder de AVG. Wij beogen de discussies over ontvankelijkheid, schadevaststelling en private handhaving in collectieve acties bij elkaar te brengen door terug te keren naar de kern: het type zaken en vorderingen waar het hier om gaat, sluit naadloos aan bij de doelstellingen van zowel de WAMCA als de AVG (par. 2). Daarbij is van belang dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in een aantal recente arresten een ruime

1 Citeerwijze: J.M.L. van Duin, A.L. Jonkers, J. Wassink & K.V. Meiring, 'Immateriële schadevergoeding in collectieve acties onder de AVG: terug naar de kern', *NTBR* 2024/18, afl. 6. De auteurs zijn verbonden aan de afdeling Privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam. Mr. dr. J.M.L. (Anna) van Duin legt zich o.m. toe op het burgerlijk procesrecht, aansprakelijkheidsrecht, digitalisering en effectieve rechtsbescherming in de context van het EU(-consumenten)recht. Per 1 januari 2024 is zij lid van de raad van toezicht van de Consumentenbond. Mr. dr. A.L. (Aart) Jonkers focust zich o.m. op het internationaal privaatrecht, de economische analyse van het recht en het goederen- en insolventierecht. Van september 2022 tot 2023 was hij als advocaat verbonden aan Scott+Scott. Mr. J. (Jan) Wassink doet rechtstheoretisch onderzoek naar de rol en rechtvaardiging van het relativiteitsvereiste in het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht. Mr. K.V. (Kirsten) Meiring volgt na haar master Privaatrecht aan de UvA de master Public International Law aan de Universiteit Utrecht, met als specialisatie Human Rights. De auteurs willen dr. F. Episcopo en dr. S.E. De Rey bedanken voor hun commentaar op een eerdere versie.

2 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene verordening gegevensbescherming) (*PbEU* 2016, L 119).

3 Er waren op het moment van eerste indiening van dit artikel (16 april 2024) tien WAMCA-procedures wegens AVG-schendingen aanhangig blijkens het centraal register voor collectieve vorderingen op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl). In zeven daarvan wordt immateriële schadevergoeding gevorderd.

4 Art. 82 AVG bepaalt dat eenieder die schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op deze verordening, het recht heeft om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade. Art. 80 lid 1 en 2 AVG hebben voorts betrekking op de vertegenwoordiging van betrokkenen door bepaalde organisaties, incl. de uitoefening van het recht op schadevergoeding als bedoeld in art. 82 AVG.

5 Zie ook T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens (Onderneming en Recht nr. 126)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 38.

6 HvJ EU 14 december 2023, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, r.o. 80 (*VB/Natsionalna agentsia za prihodite*). Overweging 75 bij de AVG noemt als risico's o.m. gevallen waarin de verwerking kan leiden tot discriminatie, identiteitsdiefstal of fraude, verlies van vertrouwelijkheid of ongedaanmaking van pseudonimisering en evaluatie van persoonlijke aspecten om m.n. economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, gedrag of locatie te analyseren voor het opstellen en gebruiken van persoonlijke profielen. Zie over de verhoogde kwetsbaarheid van gedupeerden en hun belang om te worden beschermd tegen de aan gegevensverwerking inherente risico's ook M.C. Samsom, 'Normering van schadevergoeding in gegevensbeschermingszaken', *AV&S* 2022/3, afl. 1, par. 3 en G. Malgieri, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford: Oxford University Press 2023.

7 HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (*UI/Österreichische Post*).

8 Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.44.4 (collectieve vordering tegen TikTok Technology Limited).

9 Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.14-4.19 en 4.25-4.27 (*Stichting The Privacy Collective/Oracle en Salesforce*).

uitleg heeft gegeven aan het schadebegrip onder de AVG. Dat werkt in het Nederlandse recht door in het recht op schadevergoeding (par. 3) en de toetsing van het gelijksoortigheidsvereiste in de ontvankelijkheidsfase (par. 4).

Wij besteden in het bijzonder aandacht aan de inzet van collectieve acties om datapraktijken aan te pakken die onderdeel zijn van het businessmodel van grote technologiebedrijven, en die mogelijk AVG-schendingen opleveren. De reden dat wij hierop inzoomen is tweeledig: het merendeel van de aanhangige WAMCA-zaken over de AVG heeft hier betrekking op, terwijl het privaatrecht in het bijzonder moeite heeft met de duiding van dergelijke structurele schendingen en de daarmee samenhangende schade.<sup>10</sup> Zoals we in dit artikel zullen toelichten, lenen vorderingen tot vergoeding van immateriële schade zich in deze context echter bij uitstek voor bundeling in collectieve actie (par. 5). Onze focus op grootschalige commerciële schendingen doet er uiteraard niet aan af dat collectieve actie ook in andere gevallen gerechtvaardigd kan zijn, en dat de vraag of sprake is van schade die voor vergoeding in aanmerking komt afhankelijk is van de specifieke zaak. Wij analyseren de vraag naar bundeling van immateriële schadeclaims op het niveau van het rechtssysteem, vanuit het perspectief van de effectieve rechtsbescherming van datasubjecten die zijn of worden getroffen door een AVG-inbreuk. Of en wanneer een inbreuk zich precies voordoet, en andere factoren die medebepalend zijn voor het al dan niet slagen van een collectieve actie, laten wij daarbij buiten beschouwing.

## 2. Private handhaving van privacyrechten in het digitale tijdperk

De bescherming van privacyrechten zoals gewaarborgd door de AVG moet worden gezien in het licht van de rol van data in de moderne informatiemaatschappij. Het online (en offline) gedrag van individuen wordt intensief en op grote schaal gemonitord en gecommmercialiseerd. Dit is geen randverschijnsel; we bevinden ons in een tijdperk van informatiekapitalisme.<sup>11</sup> Deze praktijk vormt de kern van het bedrijfsmodel van meerdere *Big Tech*-bedrijven, zoals Meta Platforms (Facebook) en Amazon. Wanneer zulke bedrijven de AVG schenden, heeft dat meestal een structureel karakter en is het motief niet zelden commercieel. Vaak gaat het om systemische schendingen met een hoog technologisch karakter. Zo worden veelal onzichtbare trackingtechnieken gehanteerd, die niet of nauwelijks opgemerkt of ontweken kunnen worden door gebruikers.<sup>12</sup> Het zijn voorts ook niet

zozeer de persoonsgegevens zelf die commercieel iets opleveren, maar vooral de voorspellingen van gedrag die op basis van deze data gemaakt kunnen worden, met gebruik van complexe algoritmes.<sup>13</sup> Bij voorspellingen van gedrag komen, afhankelijk van de exacte vormgeving, meerdere AVG-rechten mogelijk in het geding, zoals het verbod op geautomatiseerde verwerking en profilering (art. 22 AVG), het beginsel van minimalisering van de gegevensverwerking (art. 5 lid 1 sub c AVG) en transparantie (o.a. art. 12 AVG). Omdat de toepassing van algoritmes en de voorspellingen van gedrag in het domein van het betreffende techbedrijf of derden plaatsvinden, is het voor degenen wier persoonsgegevens verwerkt worden vaak niet goed te controleren of en in welke mate AVG-rechten geschonden worden. Wie zich goed verdiept in de methodes van Big Tech, zal vermoedelijk schrikken van de aard en omvang van verwerking van persoonlijke data, op geoorloofde en ongeoorloofde wijze.<sup>14</sup> Het grootschalige, collectieve niveau waarop dit plaatsvindt – en tot schade kan leiden – staat op gespannen voet met het idee dat individuele datasubjecten zelf voor hun rechten moeten opkomen.<sup>15</sup> Dit roept de vraag op welke handhavingsmechanismen ter beschikking staan om dergelijke structurele inbreuken te beteugelen. Het gaat dan onder meer om het niet duidelijk informeren van gebruikers, het verwerken van persoonsgegevens zonder toestemming en het niet respecteren van het recht op toegang, rectificatie of wissing.<sup>16</sup> Binnen het systeem van de AVG is vooreerst plaats voor *publiekrechtelijke* handhaving door de nationale gegevensbeschermingsautoriteiten. Dat gebeurt ook wel,<sup>17</sup> maar globaal genomen, over verschillende rechtstelsels heen, is effectieve handhaving nog lang niet binnen handbereik.<sup>18</sup> De complexiteit van digitale gegevensverwerking en het vaak grensoverschrijdende karakter ervan

10 Dit geldt meer algemeen voor de collectieve afwikkeling van immateriële schadevergoedingsvorderingen, zie S.D. Lindenberg, 'Over collectieve afdoening van smartengeldvorderingen', *NJB* 2024/1050, p. 1308-1316.

11 J.E. Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, New York: Oxford University Press 2019; S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Londen: Profile Books 2019 en J. Trzaskowski, 'Data-driven business models: Privacy and marketing', in: *Research Handbook on EU Data Protection Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2022.

12 Zie ter illustratie: S. Chouaki c.s., 'Understanding the Privacy Risks of Popular Search Engine Advertising Systems', *Proceedings of the 2023 ACM on Internet Measurement Conference 2023*, p. 370-382, doi.org/10.1145/3618257.3624823, par 7.

13 Zie ook H. Matsumi & D.J. Solove, 'The Prediction Society: AI and the Problems of Forecasting the Future', *GWU Legal Studies Research Paper* nr. 2023-58, p. 1-67, dx.doi.org/10.2139/ssrn.4453869, p. 1-67, dx.doi.org/10.2139/ssrn.4453869, p. 7.

14 Om een voorbeeld te geven: uit een recent rapport van de *Irish Council for Civil Liberties* (ICCL) kwamen de volgende kerninzichten over *Real-Time Bidding* (een technisch mechanisme dat een centrale rol speelt in de online advertentiemarkt): "RTB is the biggest data breach ever recorded. It tracks and shares what people view online and their real-world location 178 Trillion times every year in U.S. & Europe. On average, a person in the U.S. has their online activity and location exposed 747 times every day by the RTB industry. (...) In Europe, RTB exposes people's data 376 times a day. Google sends 19.6 million broadcasts about German Internet users' online behaviour every minute that they are online. Europeans and U.S. Internet users' private data is sent to firms across the globe, including to Russia and China, without any means of controlling what is then done with the data." Zie ICCL report on the scale of Real-Time Bidding data broadcasts in the U.S. and Europe, 16 mei 2022, raadpleegbaar via: www.iccl.ie/digital-data/iccl-report-on-the-scale-of-real-time-bidding-data-broadcasts-in-the-u-s-and-europe/.

15 I. Graef & B. van der Sloot, 'Collective data harms at the crossroads of data protection and competition law', *European Business Law Review* (33) 2022, afl. 4, p. 513-536.

16 Zie art. 6-7 en 12-21 AVG.

17 Zie voor een overzicht: www.enforcementtracker.com.

18 G. Gentile & O. Lynskey, 'Deficient by design? The transnational enforcement of the GDPR', *International & Comparative Law Quarterly* (71) 2022, afl. 4, p. 830. Zie ook: '5 Years of the GDPR: National Authorities let down European Legislator', noyb.eu/en/5-years-gdpr-national-authorities-let-down-european-legislator, 23 mei 2023 en J. Espinoza, 'Why Big Tech fines do not work', www.ft.com/content/ba6eb664-b981-42d7-b24a-65e7e19889f8, 10 april 2024.

maakt het lastig voor zowel publieke toezichhouders als individuele klagers om specifieke data-inbreuken te identificeren en aan te pakken.<sup>19</sup> En ook als publieke handhaving wel plaatsvindt, wordt daarmee de reeds toegebrachte schade bij individuen niet gecompenseerd.<sup>20</sup> Het kan dan bijvoorbeeld gaan om reputatieschade, emotionele schade en gevoelens van angst, schaamte of stress (zie verder par. 3) die nog worden vergroot door de snelheid en wijdverbreidheid waarmee informatie zich online verspreidt.<sup>21</sup>

Ook private handhaving komt (nog) nauwelijks van de grond. Tot deze conclusie komen wij althans voor het Nederlandse recht. In geen van de aanhangige WAMCA-zaken over deze problematiek is er een einduitspraak. Individuele gedupeerden hebben over het algemeen niet de expertise en financiële middelen om juridische stappen te ondernemen.<sup>22</sup> Bovendien gaat het vaak om strooischade: massaschade die voor elk individu zo gering is dat een individuele actie niet loont, maar waarbij de gecumuleerde collectieve schade wel een aanzienlijk belang vertegenwoordigt.<sup>23</sup> Naarmate de drempels voor het indienen van een vordering hoger zijn en de verwachte schadevergoeding lager is, wordt het minder waarschijnlijk dat individuen actie zullen ondernemen tegen een schending. Hierdoor ontstaat een kloof tussen de rechten die de AVG toekent aan individuen en de effectieve bescherming van die rechten in de praktijk. Een manier om het gesignaleerde handhavingstekort te overbruggen is collectieve actie.<sup>24</sup> De WAMCA en AVG beogen die te faciliteren door gedupeerden toegang tot de

rechter en adequate compensatiemechanismen te bieden.<sup>25</sup> Beide instrumenten delen een fundamenteel doel: de toegang tot recht vergroten en de handhaving van materiële rechten waarborgen. De WAMCA is geïntroduceerd met het oog op een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade, en streeft naar een evenwicht tussen de rechten van gedupeerden en de bescherming van aangesproken partijen tegen ongegronde claims.<sup>26</sup> De AVG streeft ernaar om individuen meer controle te geven over hun persoonsgegevens<sup>27</sup> en biedt hen de mogelijkheid hun rechten af te dwingen door compensatie te claimen.<sup>28</sup> Terwijl de WAMCA een mechanisme creëert voor de collectieve afwikkeling van schadeclaims, versterkt de AVG dit door toe te staan dat belangenorganisaties het recht van betrokkenen uitoefenen om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen.<sup>29</sup> Dit illustreert de complementaire rol van beide regelingen in de versterking van het juridisch kader voor de bescherming van collectieve belangen en individuele rechten.

### 3. Schadevergoeding in de context van de AVG

#### 3.1 Autonoom schadebegrip onder de AVG

Terwijl de WAMCA en de AVG elk hun eigen rol spelen in de waarborging van rechten op nationaal niveau, worden in de rechtspraak van het HvJ EU de eerste piketpalen geslagen om de ruimte af te bakenen die de lidstaten hebben om via het nationale recht de materiële rechten uit de AVG te effectueren. De beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid vormen daarbij een begrenzing.<sup>30</sup> In Nederland zijn het de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW die de vraag naar de vaststelling, begroting en afwikkeling van de schadevordering beheersen. Het is de vraag of en in hoeverre

19 Zie ook Gentile & Lynskey, *International & Comparative Law Quarterly* (71) 2022, p. 822 en ICCL, '5 years: GDPR's crisis point', raadpleegbaar via: [www.iccl.ie/digital-data/iccl-2023-gdpr-report/](http://www.iccl.ie/digital-data/iccl-2023-gdpr-report/).

20 Vgl. A. Wolfsen, 'Privacyblog Aleid Wolfsen: Smartengeld', *autoriteitpersoonsgegevens.nl*, 21 februari 2021.

21 D. Keats Citron & D.J. Solove, 'Privacy Harms', *Boston University Law Review Online* 2022, afl. 102, p. 830-859; A.B. Menezes Cordeiro, 'Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR', *European Data Protection Law Review* (5) 2019, afl. 4, p. 495; zie ook voorbeelden in overwegingen 75 en 85 bij de AVG; M. Calo, 'The Boundaries of Privacy Harm', *Indiana Law Journal* (86) 2011, afl. 3, p. 1132-1162; D. Keats Citron, 'Mainstreaming Privacy Torts', *California Law Review* (99) 2010, afl. 3, p. 1805-1852; J. van Hoboken e.a., *WODC-onderzoek: Voorziening voor verzoeken tot snelle verwijdering van onrechtmatige online content (WODC Rapport 3108)*, Amsterdam 2020, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 34602, nr. 6.

22 Dat neemt niet weg dat er wel individuele procedures worden gevoerd over AVG-schendingen, waarin ook (met wisselend succes) immateriële schadevergoeding wordt gevorderd. Een zoektocht op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) met de zoektermen 'AVG', 'schending' en 'immateriële schade' (op 16 april 2024) levert 51 uitspraken op binnen het rechtsgebied civiel recht, waarvan er 4 verwijzen naar art. 3:305a (oud) BW of de WAMCA. De overige uitspraken hebben geen betrekking op grootschalige commerciële schendingen, op een enkele uitzondering na (Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1018, zaak tegen Uber B.V.).

23 M.C. Samson, 'Normering van schadevergoeding in gegevensbeschermingszaken', *AV&S* 2022/3, afl. 1, p. 1, met verwijzing naar I.N. Tzankova, *Strooischade - Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU 2005, p. 18 en W.H. van Boom c.s., *Strooischade: een verkennend (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de mogelijkheden tot optreden tegen strooischade*, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 27879, nr. 34, p. 31, p. 10. Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 35 en S. Mulders, 'The relationship between the principle of effectiveness under Art. 47 CFR and the concept of damages under Art. 82 GDPR', *International Data Privacy Law* (13) 2023, afl. 3, p. 171 en 181.

24 Zie in het algemeen over de functie van private handhaving bij 'sluipende massaschade': I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 169-170.

25 Bovendien moet o.g.v. de Richtlijn representatieve vorderingen voor de handhaving van gegevensbescherming collectieve actie beschikbaar zijn: zie overweging 13 en art. 2 lid 1 jo. bijlage I sub 56 Richtlijn (EU) 2020/1818 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG (*PbEU* 2020, L 409).

26 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, nr. 3, p. 1 (MvT).

27 Zie overweging 1, 2, 7 en 148 bij de AVG.

28 Zie overweging 108 en 146 bij de AVG; S. Li, 'Compensation for non-material damage under Article 82 GDPR: a review of Case C-300/21', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (30) 2023, afl. 3, p. 1-2 en W. Wurmnest & M. Gömann, 'Comparing Private Enforcement of EU Competition and Data Protection Law', *Journal of European Tort Law* (13) 2022, afl. 2, p. 64.

29 Dit wordt verduidelijkt in de MvT bij de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten en de bijbehorende paragrafen over de verhouding met de AVG: *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3, p. 9. In de vakliteratuur is wel betoogd dat collectieve schadevergoedingsacties wegens AVG-schendingen niet mogelijk zouden zijn op opt-outbasis: D. Knibbeler, S. Been & A.J. Haasjes, 'Collectieve schadevergoedingsacties onder de AVG: Geen actie zonder opdracht', *MvV* 2023, afl. 11, p. 408-413. Deze argumentatie is afgewezen door de rechtbank Amsterdam, nu de Nederlandse wetgever er uitdrukkelijk voor heeft gekozen om schadevergoedingsvorderingen o.g.v. art. 82 lid 1 AVG mogelijk te maken voor WAMCA-belangenorganisaties: Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.27. Zie ook overweging 142 bij de AVG en par. 2.5 van *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3; vgl. HvJ EU 28 april 2022, C-139/20, ECLI:EU:C:2022:322 (*Meta*).

30 HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, r.o. 53-54 (*UI/Österreichische Post*).

deze bepalingen, en met name art. 6:95 en 6:106 BW, een rol spelen bij schadevergoeding wegens een inbreuk op de AVG. Uit art. 6:95 lid 1 BW volgt dat voor vergoeding in aanmerking komen vermogensschade en ander nadeel. Ander nadeel komt voor vergoeding in aanmerking voor zover de wet daar aanspraak op geeft. Art. 6:106 BW biedt een dergelijke grondslag, waarbij in het kader van schending van het gegevensbeschermingsrecht in het bijzonder art. 6:106 sub b BW relevant is: de aantasting in de persoon op andere wijze. Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de enkele inbreuk op een fundamenteel recht daarvoor niet genoeg is.<sup>31</sup> Van een aantasting in de persoon op andere wijze is in ieder geval sprake indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. De benadeelde dient dan voldoende concrete gegevens aan te voeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld.<sup>32</sup> Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde meebrengen dat van de in art. 6:106 sub b BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is.<sup>33</sup> Ook in dat geval zal de benadeelde in beginsel met voldoende concrete gegevens moeten onderbouwen dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze.<sup>34</sup>

Bij de toepassing van het schadevergoedingsrecht in de context van de AVG speelt de rechtspraak van het HvJ EU een belangrijke rol. Het schadebegrip van art. 82 AVG is een Unierechtelijk begrip dat autonoom dient te worden uitgelegd (door het HvJ EU).<sup>35</sup> Bovendien kan art. 82 AVG worden opgevat als zelfstandige grondslag voor vergoeding van ander nadeel, zoals bedoeld in art. 6:95 BW (“voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft”).<sup>36</sup> Recentelijk heeft het HvJ EU zich in een reeks arresten uitgelaten over art. 82 AVG, waarmee de contouren van het schadebegrip en de mogelijkheid voor collectieve acties binnen het Nederlandse recht langzaam duidelijker worden.

De uitspraken van het HvJ EU benadrukken dat de betrokken verwerkingsverantwoordelijke in beginsel de volledige (materiële en immateriële) schade moet vergoeden die is

veroorzaakt door de inbreuk.<sup>37</sup> Het recht op schadevergoeding van art. 82 AVG vervult uitdrukkelijk een compensatoire functie.<sup>38</sup> De enkele schending van AVG-bepalingen is niet voldoende; er moet daadwerkelijk sprake zijn van schade.<sup>39</sup> Wel dient het begrip ‘schade’ ruim te worden uitgelegd op een wijze die ten volle recht doet aan de doelstellingen van de AVG.<sup>40</sup> Dit betekent dat voor de vaststelling (en de vergoeding) van immateriële schade in de zin van art. 82 AVG geen bepaalde drempel van ernst mag bestaan in het toepasselijke nationale recht.<sup>41</sup> Er kunnen ook geen bijkomende voorwaarden worden gesteld, zoals de merkbaarheid van het nadeel of de objectieve aard van de inbreuk.<sup>42</sup> Niet vereist is dat de mate van schuld in aanmerking wordt genomen bij de vaststelling van de omvang van de vergoeding.<sup>43</sup> Art. 82 AVG maakt bovendien geen onderscheid tussen gevallen waarin de door de betrokkene gestelde immateriële schade in verband wordt gebracht met misbruik van zijn persoonsgegevens door derden dat zich op het moment van zijn vordering tot schadevergoeding reeds heeft voorgedaan, dan wel immateriële schade die wordt gekoppeld aan de angst van die persoon dat dergelijk misbruik zich in de toekomst zou kunnen voordoen. Volgens het HvJ EU valt “verlies van controle” over persoonsgegevens als gevolg van een inbreuk onder het begrip “schade”, ook al heeft er (nog) geen concreet misbruik van de betreffende gegevens plaatsgevonden.<sup>44</sup> Betrokkenen moeten (uiteraard) wel nog aantonen dat zij (immateriële) schade hebben geleden, hoe miniem ook.<sup>45</sup> Zoals hierna toegelicht in paragraaf 5, kan dat onder de WAMCA in de schadeafwikkelingsfase. Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat het recht op immateriële schadevergoeding als zodanig niet gerelateerd is aan de aard en de ernst van de inbreuk. Dat lijkt haaks te staan op de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot art. 6:106 sub b BW. In onze ogen kan de rechtspraak van het HvJ EU echter niet zo worden gelezen dat de karakteristieken van de inbreuk zoals die zich heeft voorgedaan geen enkele rol meer spelen. Het HvJ EU lijkt vooral te willen zeggen dat, enerzijds, het bedrag niet kan worden vastgesteld op een niveau dat hoger ligt dan de volledige vergoeding van de schade (omdat de schadevergoedingsactie geen punitieve functie heeft)<sup>46</sup> en, anderzijds, er geen ondergrens

31 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.2.2, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI).

32 HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2551, r.o. 3.4, NJ 1998/366.

33 Parl. Gesch. Boek 6, p. 377-378 (TM). Zie ook HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, r.o. 3.5, NJ 2012/91.

34 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.2.2, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI). Het is echter mogelijk dat “de aard en de ernst van de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan (...) zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen”, aldus HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (Aardbevingschade Groningen I). Zie ook HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, r.o. 3.3.3, NJ 2021/363, m.nt. J. Spier (Aardbevingschade Groningen II).

35 HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, r.o. 30 (UI/Österreichische Post). Zie hierover uitgebreid F. Episcopo, ‘UI v. Österreichische Post: A first brick in the wall for a European interpretation of Art. 82 GDPR’, *EuCML* 2024/2, p. 88-97.

36 S.D. Lindenbergh & M.C. Samsom, ‘Smartengeld wegens AVG-inbreuken na Österreichische Post’, *NJB* 2023, afl. 23, p. 1898.

37 HvJ EU 14 december 2023, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, r.o. 69 (VB/Natsionalna agentsia za prihodite).

38 HvJ EU 25 januari 2024, C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72, r.o. 48 en 50 (BL/MediaMarkt Saturn).

39 HvJ EU 11 april 2024, C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288, r.o. 34 en 40 (GP/juris).

40 HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, r.o. 46-47 (UI/Österreichische Post), met verwijzing naar overweging 146, derde volzin AVG.

41 HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, r.o. 49 (UI/Österreichische Post).

42 HvJ EU 14 december 2023, C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988, r.o. 17 (VX en AT/Gemeinde Ummendorf).

43 HvJ EU 21 december 2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022, r.o. 103 (ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein).

44 HvJ EU 14 december 2023, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, r.o. 79-82 (VB/Natsionalna agentsia za prihodite).

45 HvJ EU 14 december 2023, C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988, r.o. 22 (VX en AT/Gemeinde Ummendorf).

46 HvJ EU 21 december 2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022, r.o. 86 (ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein).

geldt voordat de schade kan worden vergoed.<sup>47</sup> Binnen die kaders kan en moet er bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding wel degelijk rekening worden gehouden met de aard en ernst van de normschending, en de aard en ernst van de schade. Iets anders is ook moeilijk voorstelbaar, waar het gaat om (een inbreuk op) een norm die mede beoogt bescherming te bieden tegen immateriële schade en er een remedie bestaat tot vergoeding van die schade. Lindenbergh en Samsom merken terecht op dat de gezichtspunten van de Hoge Raad in het kader van art. 6:106 sub b BW nog steeds een rol kunnen spelen bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding op grond van art. 82 AVG.<sup>48</sup> Daarbij is van belang dat ander nadeel naar Nederlands recht naar billijkheid wordt vastgesteld. Bovendien kunnen deze gezichtspunten ook in bewijsrechtelijke zin relevant zijn: op basis daarvan kunnen “*rechters oordelen dat relevante nadelige gevolgen van de normschending voor de hand liggen*”,<sup>49</sup> bijvoorbeeld vanwege de aard van de persoonsgegevens (zoals locatiegegevens, bankgegevens of medische gegevens).<sup>50</sup>

### 3.2 *Rechtshandhaving als doel van het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht*

De private handhaving van de AVG heeft geleid tot controverse over de vraag of het bij schadevergoeding wegens AVG-inbreuken gaat over compensatie of rechtshandhaving. Het HvJ EU legt weliswaar de nadruk op de gedachte van compensatie, maar lijkt een mogelijk handhavend effect ook te verwelkomen.<sup>51</sup> In de literatuur worden beide benaderingen verdedigd. Sommige auteurs stellen dat het enkel gaat om compensatie voor concreet geleden nadeel en niet om de normschending als zodanig.<sup>52</sup> Anderen stellen dat het gaat om rechtshandhaving, waarbij rechtshandhaving vooral lijkt te worden gezien als een substituuut voor publiekrechtelijke handhavingsmechanismen.<sup>53</sup> Beide visies leiden tot problemen bij de vormgeving van de verbintenis tot schadevergoeding. Ligt de nadruk eenzijdig op *compensatie* in de zin van herstel van concrete nadelige gevolgen, dan ontstaan problemen ten aanzien van het schadebegrip. Immateriële schade, zoals zo vaak aan de orde in AVG-zaken, laat zich niet goed individueel

identificeren en kwantificeren (zie hierna ook par. 5).<sup>54</sup> Hoe moeten we deze schade conceptualiseren en begroten? Ligt de nadruk eenzijdig op *rechtshandhaving*, in het bijzonder als substituuut voor publieke handhaving, dan bestaat het gevaar dat uit het oog wordt verloren dat het bij de vormgeving van de verbintenis tot schadevergoeding primair moet gaan om herstel in de situatie zonder normschending.<sup>55</sup> Er sluipen dan al snel punitieve en preventieve overwegingen in de vormgeving van de remedie. Dit is problematisch nu de AVG en het HvJ EU uitgaan van een compensatoire gedachte: het moet gaan om niet minder, maar ook niet meer dan het volledig herstellen van de daadwerkelijk geleden schade.<sup>56</sup>

Onzes inziens worden beide benaderingen ten onrechte tegenover elkaar geplaatst, terwijl zij in werkelijkheid in elkaars verlengde liggen. Compensatie is een middel om een bepaald doel te verwezenlijken, te weten de handhaving van privaatrechtelijke aanspraken of het herstel van de juridische status quo.<sup>57</sup> Op inbreuken van deze aanspraken kan worden gereageerd door middel van privaatrechtelijke sancties of remedies, zoals de schadevergoeding.<sup>58</sup> Het recht kent materiële (subjectieve) rechten toe aan justitiabelen, maar zonder de mogelijkheid om deze effectief en adequaat te kunnen afdwingen worden zij illusoir.<sup>59</sup> De toekenning van een subjectief recht moet daarom altijd gepaard gaan met de toekenning van een remedie; *ubi ius ibi remedium*.<sup>60</sup> Dat is niet alleen een Unierechtelijk adagium, maar geldt ook voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Van Dam geeft de volgende omschrijving van rechtshandhaving: “*Het aansprakelijkheidsrecht vervult hier drie functies: (a) vaststellen welke rechten en belangen voor bescherming in aanmerking komen; (b) in hoeverre deze rechten en belangen behoren te worden beschermd, en (c) hoe geschonden rechten en belangen moeten worden hersteld. Deze drie functies zorgen tezamen voor de handhaving van rechten en belangen.*”<sup>61</sup> Het

47 HvJ EU 14 december 2023, C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988, r.o. 18 (VX en AT/Gemeinde Ummendorf).

48 Lindenbergh & Samsom 2023, p. 1901.

49 Lindenbergh & Samsom 2023, p. 1901. Dit volgt ook uit HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (Aardbevingschade Groningen I) en HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, r.o. 3.3.3, NJ 2021/363, m.nt. J. Spier (Aardbevingschade Groningen II). Vgl. ook Walree 2021, par. 6.2.2.1.

50 Lindenbergh 2024, p. 1315.

51 Het recht van eenieder om schadevergoeding te vorderen kan inbreukplegers weerhouden van herhaling van onrechtmatig gedrag (en daarmee de werking van de beschermende bepalingen van de AVG vergroten): zie HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, r.o. 40 (UI/Österreichische Post) en HvJ EU 21 december 2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022, r.o. 85-86 (ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein).

52 Zie m.n. D.A. van der Kooij & J. van Kralingen, ‘Schadevergoeding op grond van de AVG: ter compensatie en/of handhaving?’, NTBR 2022/9, afl. 3, p. 63-76.

53 M.n. T.F. Walree, ‘Reactie op artikel Van der Kooij & Van Kralingen’, NTBR 2022/9, afl. 8, p. 295-297, par. 3.

54 Lindenbergh 2024, p. 1316, met verwijzing naar C.J.M. van Doorn, *De mensen achter de grote getallen. Een empirisch-juridisch onderzoek naar de belangen van benadeelden in situaties van massaschade* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2024, p. 430 e.v.

55 Vgl. W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 23-26.

56 HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, r.o. 59 (UI/Österreichische Post).

57 M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 39, met verwijzing naar S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW. nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 5.

58 Franke 2022, p. 39.

59 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Ars Aequi Libri 2002, nr. 361. Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 35: “*Dikwijls is individuele schade ook te gering om het vorderen van vergoeding ervan lonend te laten zijn. Niettemin is doorgaans wel aanneemelijk dat er (enige) schade is geleden en bestaat er een behoefte om de schending rechtens niet onbeantwoord te laten, omdat het recht anders in feite inhoudsloos is.*”

60 W. van Gerven, ‘Of Rights, Remedies and Procedures’, *Common Market Law Review* (37) 2000, afl. 3, p. 501 en 503.

61 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2023, nr. 102. Ook Hartlief zoekt het doel van het aansprakelijkheidsrecht in de handhaving van de juridische status quo: T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, nr. 6. Zie ook concl. A-G Hartlief 26 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1295, onder 3.8 en 4.4 bij HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI).

is niet moeilijk deze drie functies te ontwaren binnen de context van de AVG. De AVG kent een veelheid aan materiële (subjectieve) rechten toe aan justitiabelen (functie a). Aan deze materiële rechten is een remedie gekoppeld, te weten een recht op schadevergoeding bij een inbreuk op deze rechten (functie c). De vraag in hoeverre immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt en welke eisen het recht stelt voor het aannemen van immateriële schade is een normatieve vraag die onder functie b kan worden geschaard.

Het is bij de derde door Van Dam gesignaleerde functie dat de compensatiegedachte een belangrijke rol speelt. Het schadevergoedingsrecht is in zekere zin het sluitstuk van de aansprakelijkheid, aldus Hebly: “[S]chadevergoeding kan in dat verband worden gezien als een van de sancties waarmee die rechtshandhaving concreet gestalte krijgt.”<sup>62</sup> Nuninga voegt hieraan toe: “[D]e schadevergoeding is in deze benadering een instrument dat het oorspronkelijke recht van de gerechtigde ‘handhaaft’ door de schending daarvan te beantwoorden met een schadevergoeding.”<sup>63</sup> Rechtshandhaving aldus opgevat heeft weinig te maken met (een substituut voor) publiekrechtelijke handhaving. Preventieve en punitieve elementen spelen geen rol, al is het zeer wel mogelijk dat er in de praktijk toch een dergelijke werking van uitgaat. Hieruit volgt dat het bij de vormgeving van de remedie, in dit geval de vordering tot schadevergoeding, van groot belang is acht te slaan op de aard en ratio van het geschonden materiële recht. De materiële rechten die de AVG in het leven roept zijn er niet alleen om vermogensrechtelijke belangen te beschermen; het gaat ook en vooral om de bescherming van andersoortige belangen. Dit heeft gevolgen voor de vormgeving van de remedie, waarbij het wel degelijk gaat om de vergoeding van schade. Dat de schade zich naar zijn aard niet steeds goed in geld laat uitdrukken, staat de compensatie ervan niet in de weg. Integendeel: ook naar Nederlands recht komt ‘ander nadeel’ voor vergoeding in aanmerking. Wij delen de visie van Lindenbergh dat, waar het gaat om een aantasting in de persoon op andere wijze, de rechtvaardiging daarvan primair is gelegen in de aard en de ernst van de normschending; eventuele feitelijke gevolgen voor de benadeelde dienen vooral ter ondersteuning van de impact ervan.<sup>64</sup>

## 4. Efficiëntie en effectiviteit van collectieve acties in de context van de AVG

### 4.1 Gelijksortigheid als relatief vereiste

De rechter toetst in de ontvankelijkheidsfase of de vorderingen voldoende gelijksoortig zijn. De eiser moet aannemelijk maken dat het instellen van een collectieve vordering

efficiënter en effectiever is dan een individuele vordering, omdat de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn.<sup>65</sup> Als niet van een collectief belang gesproken kan worden, is er ook weinig reden tot een collectieve actie.<sup>66</sup> Dogmatisch is het gelijksoortigheidsvereiste daarmee een centraal vereiste voor de collectieve actie, maar een hoge drempel is het niet, of zou het althans niet moeten zijn. Essentieel is te onderkennen dat het een relatief vereiste is.<sup>67</sup> Dat volgt in de eerste plaats uit de wettekst. Het gaat erom of het voeren van de collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan een individuele vordering (art. 1018c lid 5 sub b Rv, eerste zinsdeel).<sup>68</sup> Dat een collectieve vordering in een bepaald geval complex is, dat er individuele omstandigheden spelen (die zijn er altijd) en dat deze mogelijk schuren met bundeling in een collectieve actie (dit is eigen aan bundeling),<sup>69</sup> is niet voldoende om een vordering af te wijzen op grond van het gelijksoortigheidsvereiste. De collectieve vordering moet steeds worden gezien *in relatie tot* het hypothetische geval waarin alle groepsleden de vordering individueel instellen: hoe effectief en efficiënt is dat?

Ook het volgende zinsdeel in art. 1018c lid 5 sub b Rv benadrukt het relatieve karakter van de gelijksoortigheid: de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen moeten *in voldoende mate* gemeenschappelijk zijn. Dat betekent niet dat sprake moet zijn van een volstrekt homogene groep of homogene belangen.<sup>70</sup> Wat in de specifieke omstandigheden voldoende is om een collectieve actie te rechtvaardigen, hangt mede af van de vraag in hoeverre individuele vorderingen haalbaar zouden zijn.<sup>71</sup> Naarmate individuele actie minder haalbaar is, is er een groter belang bij het voeren van een collectieve actie en dus een groter gemeenschappelijk belang. Dit loopt parallel aan het compromis dat aan de WAMCA als geheel ten grondslag ligt. De WAMCA staat schadevergoeding in collectieve vorderingen toe, juist omdat individuele vorderingen in veel gevallen niet efficiënt en effectief zijn, waarbij op de koop toe wordt genomen dat minder goed

62 M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 29-30.

63 Nuninga 2021, p. 26-27. Deze private handhavingsgedachte is iets anders dan de publieke handhavingsgedachte, aldus Nuninga: “De term rechtshandhaving lijkt te impliceren dat er een verwantschap bestaat met instrumentalistische visies, maar over het algemeen is het tegendeel het geval. Meestal wordt er namelijk mee bedoeld dat de schadevergoeding een middel is om het geschonden recht te herstellen.”

64 Lindenbergh 2024, p. 1313.

65 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, r.o. 4.2, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Sniijders (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*). Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39 (MvT).

66 Vgl. P. Wissink, ‘De preliminaire ontvankelijkheidsbeslissing onder de WAMCA: hoe ‘inhoudelijk’ mag de voorfase zijn?’, *TCR* 2021, afl. 1, p. 3.

67 In de literatuur wordt het relatieve karakter van de gelijksoortigheid vaak over het hoofd gezien. Zo bespreken Beenders en Gijsbers alleen in absolute zin of in een collectieve actie makkelijk geabstraheerd zou kunnen worden van de individuele omstandigheden, zonder daarbij te vergelijken met hoe effectief en efficiënt individuele vorderingen zouden zijn: D.J. Beenders & J.A.M. Gijsbers, ‘Immateriële schadevergoeding in collectieve actie’, *MvV* 2023, afl. 12, p. 425.

68 Zie ook het reeds aangehaalde arrest HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, r.o. 4.2, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Sniijders (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*).

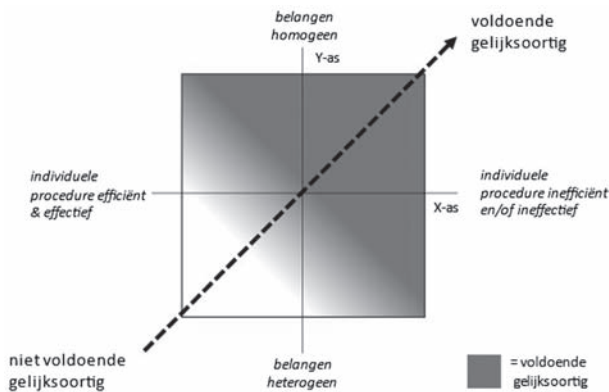
69 Zie ook Wissink 2021, p. 3: “Dat veroorzaakt wrijving, omdat die normen toegesneden zijn op individuele rechtsverhoudingen en, zeer strikt genomen, altijd een beoordeling van de omstandigheden van het individuele geval veronderstellen. Een collectieve actie beoogt dat niveau naar haar aard te overstijgen. (...) Het is portretten schilderen met een verfroller.” Vgl. Hof Den Haag 20 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2429, r.o. 8.3, aangehaald door A.V.H. Boitelle & P.D. Olden, ‘Een handleiding voor de WAMCA’, *Ondernemingsrecht* 2024/18, afl. 4, p. 104.

70 Zie ook Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.17-4.18 (*Stichting The Privacy Collective/Oracle en Salesforce*).

71 Boitelle & Olden 2024, p. 105 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

naar de individuele omstandigheden kan worden gekeken.<sup>72</sup> Dat bij schadevergoeding vrijwel altijd ook individuele omstandigheden een rol zullen spelen was voorheen voor de wetgever reden om schadevergoedingsvorderingen niet toe te staan in collectieve acties.<sup>73</sup> Nu heeft de wetgever die afweging anders gemaakt en daarmee geaccepteerd dat in dergelijke collectieve procedures minder goed recht aan de individuele omstandigheden kan worden gedaan, juist met het oog op de verhoogde efficiëntie en effectiviteit.

De ratio om een collectieve vordering toe te staan, gaat zwaarder wegen naarmate individuele vorderingen minder effectief en efficiënt zijn.<sup>74</sup> Dan kan ook meer abstrahering van de precieze individuele omstandigheden worden toegestaan, omdat er dan meer gemeenschappelijk belang bij een collectieve actie bestaat. Het niet volledig recht kunnen doen aan de individuele omstandigheden wordt dan gerechtvaardigd door het feit dat individuele procedures in dat geval (nog) minder effectief en efficiënt zouden zijn.<sup>75</sup> Het relatieve karakter van de gelijksoortigheid komt goed tot uitdrukking in een schematische voorstelling. De gelijksoortigheid bevindt zich immers niet op een eendimensionaal spectrum tussen homogeniteit en heterogeniteit van de belangen binnen de groep, maar op een tweedimensionaal spectrum. In dit spectrum is de mate van homogeniteit de Y-as. De X-as geeft de mate waarin een individuele vordering efficiënt en effectief zou zijn weer. De mate van gelijksoortigheid beweegt zich over de diagonale as in dit tweedimensionale spectrum als volgt:



De twee extremen zijn duidelijk: bij homogene belangen én ineffektiviteit van individuele vorderingen (in de figuur rechtsboven), bestaat de hoogste mate van gelijksoortigheid. Bij heterogeniteit van belangen én efficiëntie van individuele acties (linksonder), is er daarentegen geen gelijksoortigheid. Een vordering die hoog op de X-as scoort

(individuele procedure is inefficiënt en ineffectief), zal ook bij enige heterogeniteit van belangen nog tot voldoende gelijksoortigheid kunnen leiden (hoek rechtsonder).<sup>76</sup> Zo zal bij een grotere groep belanghebbenden eerder aan gelijksoortigheid zijn voldaan, omdat honderdduizend individuele rechtszaken niet snel effectiever en efficiënter zullen zijn dan een collectieve actie, ook niet als de omstandigheden binnen die groep van 100.000 aanzienlijk uiteenlopen.<sup>77</sup> Ook zal naarmate de individuele vordering kleiner is, eerder aan gelijksoortigheid zijn voldaan, met name als de te verwachten proceskosten hoger zijn dan het schadebedrag.<sup>78</sup> Met een collectieve vordering zijn de leden van de groep hoe dan ook beter af dan met een individuele. Hetzelfde geldt naarmate de vordering juridisch, technisch en/of bewijstechnisch complexer is. Dat hangt samen met het schaalvoordeel van een collectieve vordering, dat zwaarder gaat wegen naarmate de moeite die gedaan moet worden om de vordering in rechte af te dwingen groter is. Een relevant gezichtspunt hierbij is *equality of arms*, begrepen in materiële zin. Als daar bij een individuele vordering geen sprake van is, bijvoorbeeld omdat de gedaagde aanzienlijk meer middelen ter beschikking heeft en zich dus beter kan laten bijstaan, dan kan immers minder snel van een effectieve rechtsgang voor de individuele eiser worden gesproken.

Een voorbeeld ter illustratie: stellen en bewijzen dat een provider van een online *Data Management Platform* (DMP) heeft gehandeld in strijd met de AVG en dat daardoor schade is opgetreden bij internetgebruikers,<sup>79</sup> vereist specialistische kennis op veel vlakken. Zo is technische expertise ten aanzien van de praktijken van DMP's en de rol daarvan in de *adtech*-wereld nodig, en uitgebreid feitenonderzoek naar het exacte gedrag van de DMP (welke cookies zijn geplaatst, door wie zijn die geplaatst, hoelang worden die bewaard, etc.). Bij een dergelijk complexe vordering over technisch complexe materie, gaan de schaalvoordelen van een collectieve vordering zwaarder wegen. Bij een dergelijke vordering zal het vrijwel nooit het geval zijn dat het individueel instellen van vorderingen effectiever en efficiënter is, en zal dus snel aan het gelijksoortigheidsvereiste zijn voldaan, ook al zijn de belangen binnen de groep niet homogeen.

Als we het bovenstaande raamwerk toepassen op AVG-inbreuken door grote techbedrijven, zal in het gros van de gevallen een individuele rechtsgang niet efficiënt, laat staan

72 Zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 2 (MvT): "Een collectieve schadeafwikkeling voorziet in een behoefte wanneer sprake is van massaschade en de verwezenlijking van rechten in een individuele procedure op problemen stuit of wanneer collectieve afwikkeling een effectiever en efficiënter middel biedt om tot toekenning van schadevergoeding te komen aan een grote groep gedupeerden."

73 Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 29-30 (MvT). Zie ook Walree 2021, p. 43.

74 Vgl. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.26 (Stichting The Privacy Collective/Oracle en Salesforce).

75 Zie ook Samsom 2022, par. 6.

76 Uiteraard is dit een gesimplificeerde weergave. De grafiek laat enkel de dynamiek zien rond de relativiteit van het gelijksoortigheidsvereiste.

77 Zie bijv. Rb. Amsterdam 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307, r.o. 7.18 (Data Privacy Stichting/Facebook c.s.).

78 Beenders & Gijsbers 2023, p. 423.

79 Zie bijv. de WAMCA-procedures inzake Stichting Data Bescherming Nederland v. Adobe Inc. en Adobe Systems Software Irl. Ltd. (13-12-2023) en The Privacy Collective tegen Oracle en Salesforce (28-3-2022).



effectief, zijn voor de leden van de groep.<sup>80</sup> Uit de rechtspraak blijkt immers dat gedupeerden bij een veroordelend vonnis in een individuele procedure (slechts) kunnen rekenen op een geringe immateriële schadevergoeding, voor zover die al wordt toegekend.<sup>81</sup> Met dit in het vooruitzicht is het voor gedupeerden niet aantrekkelijk om op eigen initiatief de juridische strijd aan te gaan met economische grootmachten als Meta Platforms, Google en TikTok. Daar komt nog bij dat, zoals hierna in paragraaf 5 zal worden besproken, de schade juist beter op een collectief niveau dan op een individueel niveau te duiden is gezien de collectieve, structurele en complexe aard van de schending en schade. Een collectieve vordering voor dergelijke AVG-schendingen zit op de X-as in bovenstaand figuur doorgaans aan de uiterste kant van de rechterzijde. Zonder collectieve actie – waarbij de gecumuleerde (immateriële) schade wel degelijk een aanzienlijk bedrag vertegenwoordigt – dreigt het recht op gegevensbescherming illusoir te worden. Dat de groep wellicht niet homogeen is en dat er mogelijk ook individuele omstandigheden spelen, doet dan niet of nauwelijks ter zake, omdat er geen realistisch alternatief is voor een collectieve vordering. Uiteraard moet er in de basis wel van enige gemeenschappelijkheid sprake zijn, bijvoorbeeld doordat de benadeelden voor hetzelfde complex aan schendingen opkomen.

#### 4.2 Toetsing in de ontvankelijkheidsfase

De beoordeling van de gelijksoortigheid wordt in de ontvankelijkheidsfase verricht, omdat het onwenselijk zou zijn dat “eerst de hele inhoudelijke behandeling van de vordering plaatsvindt, voordat de rechter alsnog tot niet ontvankelijkheid concludeert of de vordering als summierlijk ondeugdelijk afwijst”.<sup>82</sup> Het gaat om gevallen waarin evident niet uitgebreid inhoudelijk behandeld hoeft te worden, omdat zij zo evident niet gelijksoortig zijn of naar hun inhoud zo evident niet tot een gunstige uitspraak kunnen leiden dat ze niet-ontvankelijk verklaard moeten worden.<sup>83</sup> Na inhoudelijke behandeling kan alsnog geoordeeld worden dat de vorderingen toch niet voldoende gelijksoortig zijn.<sup>84</sup> In dat specifieke geval was het dan, achteraf gezien, efficiënter geweest al eerder tot dat oordeel te komen, maar daar staan wellicht andere gevallen tegenover die anders ten onrechte helemaal

niet aan inhoudelijke behandeling toekomen. Als de ontvankelijkheidstoets te uitgebreid wordt gedaan, betekent dit voorts dat alle zaken vertraging oplopen. Art. 1018c lid 5 sub b Rv moet dan ook niet gelezen worden als een uitnodiging het debat ten gronde alvast ‘aan de voorkant’ te voeren. Vooruitblikken, en de inhoudelijke behandeling dus deels naar voren schuiven, is in het kader van de gelijksoortigheidseis vaak niet nodig.<sup>85</sup>

Bovendien moet ervoor gewaakt worden dat art. 1018c lid 5 sub b Rv een zodanige drempel opwerpt dat vorderingen die niet snel individueel ingesteld zullen worden, evenmin ten gronde behandeld kunnen worden in een collectieve actie. Zo overwoog het hof Amsterdam inzake Oracle en Salesforce: “Het niet reeds in de ontvankelijkheidsfase laten stranden van het schadevergoedingsonderdeel past bij de ratio van de huidige WAMCA.”<sup>86</sup> Een hoge drempel zou vooral in het belang van gedaagden zijn,<sup>87</sup> terwijl art. 1018c lid 5 sub b Rv een regel is die in de kern de belangen van de leden van de groep beschermt,<sup>88</sup> reden waarom een verweer op dit punt met enige argwaan tegemoet moet worden getreden.

Uiteraard kan heterogeniteit aan belangen en rechtsvragen binnen de groep praktische problemen opleveren. Dat hoeft niet onoverkomelijk te zijn. In een collectieve procedure kan op verschillende manieren rekening gehouden worden met heterogeniteit. Zo biedt de WAMCA de mogelijkheid de groep in subgroepen op te delen (art. 1018i lid 2 Rv), door middel van categorisering van gedupeerden, en dit is in massazaken inzake gegevensbescherming meestal goed mogelijk.<sup>89</sup> Voor zover de kwestie waarover in de collectieve acties gestreden wordt verschillende groepen in verschillende mate getroffen heeft, kan daar dus rekening mee gehouden worden. Voor zover ook bepaalde individuele gegevens nodig zijn, kan voor het schadeafwikkelingsmechanisme bepaald worden dat bepaalde stukken overgelegd moeten worden voordat schadevergoeding wordt uitgekeerd.<sup>90</sup> Dan kan het bijvoorbeeld gaan om gegevens die aantonen dat een bepaalde dienst inderdaad gebruikt is, waarbij eventueel ook factoren als gebruiksduur of -intensiteit een rol kunnen spelen.

80 Zie uitgebreid Walree 2021, p. 36 e.v. Vgl. M. Gülcür, ‘Collectieve acties wegens inbreuk op de Algemene verordening gegevensbescherming’, MvV 2022, afl. 9, p. 297. Zie ook Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.26 (Stichting The Privacy Collective/Oracle en Salesforce): “Voorts geldt dat juist in een kwestie als deze, waar het gaat om grote tech-bedrijven en het aan de orde gestelde gedrag betrekkelijk alledaags is, te verwachten valt dat er een aanzienlijke drempel voor individuele procedures bestaat. Een collectieve actie als deze voorziet dan in een effectieve en efficiënte rechtsbescherming die anders zou ontbreken.”

81 Walree 2021, p. 40.

82 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 40 (MvT).

83 Tekenend is het voorbeeld dat in de MvT (p. 39) gegeven wordt ten aanzien van de ontvankelijkheidsgrond van art. 1018c lid 5 sub c Rv (inhoudende dat blijkt dat de vordering summierlijk ondeugdelijk is), p. 39: “Een voorbeeld zou kunnen zijn het geval dat een collectieve vordering wordt ingesteld voor de burgerlijke rechter terwijl overduidelijk is dat alleen de bestuursrechter over de vordering kan oordelen op basis van de regels voor de scheiding tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter.”

84 Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617, r.o. 19.15 (Stichting Volkswagen Car Claim/Volkswagen).

85 Vooruitblikken kan in beperkte mate nodig zijn voor plaatsing op de Y-as in de figuur, maar alleen voor zover de vordering zich op de X-as niet uiterst rechts bevindt. Vooruitblikken is, in zeer beperkte mate, wel nodig in het kader van art. 1018c lid 5 sub c Rv, maar dan gaat het alleen om evidente gevallen zoals die waarin de bestuursrechter bevoegd is en niet de burgerlijke rechter: vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 40 (MvT).

86 Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.18 (Stichting The Privacy Collective/Oracle en Salesforce).

87 Zie in gelijke zin C.J.M. Klaassen, ‘De afwikkeling van massaschade op de voet van de Wamca: werkt het?’, AV&S 2024/2, afl. 1, par. 5.

88 Bij de toetsing aan het gelijksoortigheidsvereiste en art. 1018c lid 5 sub b Rv dient zorgvuldig afgewogen te worden of het belang van de groep of van meer vertegenwoordigde subgroepen maakt dat voor bepaalde groepsleden een individuele vordering beter aan hun belangen tegemoetkomt. Maar ook als de belangen uiteenlopen, kan een collectieve vordering nog altijd effectiever en efficiënter zijn, bijv. in het geval dat individuele verhaalsrechten hoe dan ook praktisch illusoir zijn.

89 Samsom 2022, par. 5. Vgl. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.18 (Stichting The Privacy Collective/Oracle en Salesforce).

90 Vgl. D.L. Barbiers, ‘Beoordeling van schadevergoedingsvorderingen door de rechter in collectieve actie’, NTBR 2020/35, afl. 8, par. 5.3.

## 5. Compensatie voor (commerciële) privacy-schendingen: waarom collectief?

Hoewel bij de verzameling van persoonsgegevens vaak commerciële belangen spelen, blijkt het privaatrecht in het bijzonder moeite te hebben met het duiden van de schade die ontstaat door grootschalige privacy-schendingen.<sup>91</sup> Veel heeft te maken met de immateriële aard van de schade. Het verlies van controle over persoonsgegevens en de toegenomen kwetsbaarheid voor online misbruik en daarmee samenhangende gevoelens van angst, stress en onzekerheid worden in dit verband vaak genoemd (zie ook par. 1 en 2).<sup>92</sup> Bij immateriële schadevergoeding wordt vaak in de eerste plaats gedacht aan gevallen als individueel geestelijk en lichamelijk letsel, verlies van een naaste en seksueel misbruik.<sup>93</sup> Heden ten dage worden deze gevalstypen in aantal overschaduwed door de talrijke AVG-schendingen die alleen al in Nederland vermoedelijk dagelijks plaatsvinden.<sup>94</sup> Ook naar Nederlands recht wordt smartengeld voor AVG-schendingen echter nog altijd niet algemeen als voor de hand liggend beschouwd.<sup>95</sup> Er zijn uitspraken waarin immateriële schadevergoeding is toegekend wegens het ongeoorloofd delen van persoonsgegevens,<sup>96</sup> maar ook die blijven uiterst beperkt in aantal.

Dat er bij de ongeoorloofde verzameling en verwerking van persoonsgegevens, naast eventuele materiële schade, ook immateriële schade wordt geleden, is niet onaannemelijk.<sup>97</sup> Een indicatie daarvoor kan bijvoorbeeld zijn dat uit onderzoeken blijkt dat een aanzienlijk deel van de internetgebruikers niet bereid is privacy op te geven tegen betaling.<sup>98</sup> Dat duidt erop dat zij (immaterieel) nadeel ervaren als hun privacy geschonden wordt. Voor zover die bereidheid wel bestaat, willen sommige internetgebruikers daar een aanzienlijk bedrag per maand voor.<sup>99</sup> Tegelijk bemoeilijkt de zogenoemde 'privacy-paradox' het zicht op de schade. Die paradox houdt in dat, hoewel gebruikers bezorgd zijn over hun privacy en die ook tegen betaling vaak niet op willen geven, zij in de praktijk zelf vaak onvoorzichtig omgaan met hun privacy. Daar zijn mogelijke verklaringen voor aangedragen, zoals gebrek aan begrip en kennis, maar ook cynisme en apathie: veel gebruikers zijn er inmiddels van overtuigd dat hun privacy toch wel geschonden wordt en denken dat een opt-out daar weinig aan af zal doen.<sup>100</sup> Ook leiden AVG-schendingen meestal niet tot objectieverbaar geestelijk letsel.<sup>101</sup> Toch zou dit niet al op voorhand in de weg mogen staan aan de toekenning van smartengeld. De vaststelling van immateriële schade is per definitie een paradoxale en intuïtieve bezigheid; deze vorm van schade is naar zijn aard niet op geld waardeerbaar en wordt naar billijkheid vastgesteld, waarbij de rechter grote vrijheid heeft.<sup>102</sup> Het 'hoogst persoonlijke karakter' van immateriële schade<sup>103</sup> is daarom volgens ons niet problematisch voor de bundeling van immateriële schadevorderingen bij AVG-schendingen.<sup>104</sup> De schadeberekening gaat, ook in een individuele procedure, niet door iemands leed exact te meten,

91 Samsom 2022, par. 2. Zie ook D.K. Citron & D.J. Solove, 'Privacy Harms', *Boston University Law Review Online* (102) 2022, p. 816: "Privacy harms often involve the aggregation of many small harms to each individual, which is compounded by the aggregation of all these harms to many individuals. The result makes privacy violations large-scale problems that cause a significant societal impact but do not readily fit into the traditional way the law assesses harm." Het recht reageert over het algemeen traag op de razendsnelle ontwikkeling van het informatiekapitalisme. Zie hierover meer algemeen R. Calo, 'Digital Market Manipulation', *George Washington Law Review* (82) 2014, p. 995 en N. Helberger c.s., 'Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability', *Journal of Consumer Policy* (45) 2022, afl. 2, p. 175-200.

92 Zie bijv. de dagvaardingen inzake Stichting Data Bescherming Nederland v. Adobe Inc. en Adobe Systems Software Irl. Ltd., par. 9.4; Stichting Onderzoek Marktinformatie tegen Meta, par. 42-44; Stichting Data Bescherming Nederland tegen Amazon, par. 134 en Stichting ICAM tegen de Staat der Nederlanden, par. 5.31-5.3.1.3.

93 Zie o.a. Lindenbergh 2023, p. 29 e.v., die deze drie categorieën behandelt als normaaltypen waarin het recht op smartengeld bestaat, alvorens in te gaan op de schending van de persoonlijke levenssfeer als vierde type.

94 Zie (de meest recente) datalekkenrapportage van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), waarin staat dat over een periode van vijf jaar gemiddeld meer dan 20.000 datalekken per jaar zijn gemeld: [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/2023-06/AP\\_Rapportage\\_datalekken\\_2022.pdf](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/2023-06/AP_Rapportage_datalekken_2022.pdf). In de rapportage van 2021 staat dat naar schatting 28 datalekken bij IT-leveranciers hebben geleid tot minimaal 7 miljoen slachtoffers. Dit betreft nog slechts datalekken. Overtreding van de AVG met commercieel oogmerk komt vermoedelijk ook op grote, zo niet grotere, schaal voor. In de boetebeschikking tegen TikTok van 9 april 2021, waarin de AP vaststelt dat TikTok in strijd met de AVG heeft gehandeld, staat vermeld dat TikTok in Nederland 4,5 miljoen actieve gebruikers heeft, waarvan 1,2 miljoen in de leeftijdscategorie van 13 t/m 17 jaar (par. 74). Deze boetebeschikking is raadpleegbaar via: [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/documenten/boete-tiktok-recht-op-informatie](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/documenten/boete-tiktok-recht-op-informatie).

95 In dat verband is het opvallend dat bij de parlementaire behandeling van art. 6:106 lid 1 sub b BW juist werd gewezen op de relevantie van dit artikel voor inbreuken op de privacy, zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 380 (MvA II).

96 Zie voor een overzicht bijv. S.D. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:106 BW, aant. 2.8.6.5 (online, bijgewerkt 15 juli 2022).

97 Lindenbergh 2024, p. 35 en Walree 2021, p. 31.

98 Zo volgt uit onderzoek dat 41% van de Europese respondenten en 45% van Noord-Amerikaanse respondenten niet bereid is tegen betaling privacy op te geven: C. Véliz, *Data, Privacy, and the Individual: Views on privacy, a survey*, Madrid: Center for the Governance of Change, IE University 2020, p. 30-31. Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat 88% van de respondenten vindt dat schending van privacyrechten een van de belangrijkste gevaren is in het digitale tijdperk, en dat 92% slechte ervaringen heeft gehad met online privacy: Véliz 2020, p. 21.

99 Een onderzoek in de VS komt uit op 80 dollar per maand: A.G. Winegar & C.R. Sunstein, 'How much is data privacy worth? A preliminary investigation', *Journal of Consumer Policy* (42) 2019, p. 425-440. Véliz 2020 komt op 958 euro per maand voor Europese gebruikers. Wellicht speelt daarin mee dat enkele respondenten hele hoge bedragen hebben opgegeven. Punt blijft dat veel respondenten een substantieel bedrag eisen.

100 E. Hargittai & A. Marwick, "What can I really do?" Explaining the privacy paradox with online apathy', *International journal of communication* 2016, 10, p. 21 e.v.

101 Walree 2021, p. 38-39.

102 Lindenbergh 2023, p. 1; G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld (Meijer-reeks)* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 2 en p. 95 e.v. Zie ook HR 15 oktober 2021, r.o. 3.3.7, *NJ 2021/363*, m.nt. J. Spier, par. 4.

103 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6, *NJ 2020/391*, m.nt. J. Spier (*Aardbevingschade Groningen I*) en HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, r.o. 3.3.3, *NJ 2021/363*, m.nt. J. Spier (*Aardbevingschade Groningen II*). Cruciaal verschil met aardbevingschade is dat het daar om grote individuele bedragen kan gaan en een aanzienlijk minder grote groep dan bij AVG-schendingen.

104 Zie in gelijke zin Samsom 2022, par. 6. Vgl. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.17-4.18 (*Stichting The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce*).

maar door gevalsvergelijking.<sup>105</sup> Dat leent zich juist voor collectieve afdoening aan de hand van groepskenmerken.<sup>106</sup> Zo heeft de rechtbank Amsterdam in een uitspraak inzake Allergan geoordeeld dat de gevorderde gestandaardiseerde bedragen aan immateriële schadevergoeding in beginsel bundelbaar zijn. Als de rechtbank in een latere fase aan deze schadevergoedingen toekomt, dan kan in voldoende mate worden geabstraheerd van de individuele omstandigheden.<sup>107</sup> Waar die zaak betrekking heeft op lichamelijk en geestelijk letsel, gaat deze redenering ook (en wellicht zelfs nog meer) op voor AVG-schendingen die grote groepen gebruikers op soortgelijke wijze treffen, bijvoorbeeld omdat zij de controle over hun persoonsgegevens hebben verloren.<sup>108</sup>

De collectieve, structurele en technologisch complexe aard van de schendingen leidt bovendien tot moeilijkheden als getracht wordt de schade op individueel niveau vast te stellen.<sup>109</sup> Dit kan geïllustreerd worden met een analogie van een tsunamigolf. De golf bestaat uit watermoleculen. Terwijl de golf en haar destructieve kracht duidelijk waarneembaar zijn voor het blote oog, verdwijnt dit beeld als je inzoomt op de moleculen. Om de moleculen waar te nemen en de bewegingsenergie daarin vast te leggen, zijn geavanceerde instrumenten nodig. Ook als je dat doet, mis je het gevolg in het complexe systeem van de oceaan die de veelheid aan bewegende moleculen samen veroorzaakt. Evenzo is vaststellen van de individuele materiële en immateriële schade door collectieve, structurele en complexe AVG-schendingen lastig en zijn daar geavanceerde instrumenten bij nodig, zoals uitgekende economische- en causaliteitstheorieën en gedetailleerd feitenonderzoek. Tegelijk is op het individuele niveau inzoomen niet zinnig, omdat je daarmee het beeld en effect van de complexe, structurele en collectieve schending dreigt te missen.<sup>110</sup> De schade hangt af

van hoe data precies gebruikt wordt, al dan niet in combinatie met andere data en algoritmes.<sup>111</sup> Ogenscheinlijk onbelangrijke data kunnen bijvoorbeeld een belangrijke link zijn in combinatie met data die van een andere partij verkregen werden, waardoor een algoritme een bepaalde voorspelling kan maken. Inzoomen op individuele omstandigheden geeft paradoxaal genoeg juist minder goed zicht op de schade die veroorzaakt wordt.

Dat neemt niet weg dat het uiteindelijk wel degelijk gaat om compensatie en rechtshandhaving op het niveau van de individuele benadeelde, zij het dat deels wordt geabstraheerd van de individuele omstandigheden van het geval. Voor een geslaagde vordering is dan ook gewoon een normschending jegens de betreffende datasubjecten nodig en het bestaan van immateriële schade moet gewoon bewezen worden.<sup>112</sup> Voor het in kaart brengen van normschending en schade zijn, zoals gezegd, vaak geavanceerde methoden nodig,<sup>113</sup> maar uiteindelijk is de centrale vraag voor de toekenning van immateriële schade in de kern normatief: hoe erg vinden we het toegebrachte leed, zoals het gevoel constant bekeken te worden, gevoelens van angst en het verlies van controle over (persoonlijke) gegevens?<sup>114</sup> Hoe erg is het dat op massaal niveau onze privacyrechten worden geschonden door grote techbedrijven die daar hun bedrijfsmodel van maken? Het antwoord op die vraag, gespecificeerd naar de omstandigheden van de concrete zaak die voorligt, bepaalt in de kern in hoeverre immateriële schadevergoeding als remedie gepast is.

## 6. Conclusie

In het digitale tijdperk vragen grootschalige commerciële schendingen om een collectieve aanpak vanwege hun complexiteit en impact. Collectieve acties maken het mogelijk om claims van grote groepen individuen die op vergelijkbare wijze getroffen zijn door privacyinbreuken, gebundeld te behandelen. Dit is van cruciaal belang voor het handhaven van AVG-rechten en het verkrijgen van compensatie voor gedupeerden. Indien de collectieve route niet openstaat in dit soort gevallen, dreigt het recht op schadevergoeding bij AVG-schendingen, zoals neergelegd in art. 82 AVG, illusoir te worden. Bundeling van immateriële

105 Verburg 2009, p. 178. Ook de Hoge Raad onderkent deze mogelijkheid. Zo kan in het kader van de vaststelling van smartengeld wegens aantasting in de persoon op andere wijze onder omstandigheden worden uitgegaan van een *lowest common denominator*: "Dat laat onverlet dat de rechter kan oordelen dat de aard en de ernst van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor bewoners van een bepaald gebied boven het Groningenveld zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen en dat de rechter daarbij aannemelijk kan achten dat de door deze aantasting in de persoon geleden schade voor deze bewoners ten minste een bepaald bedrag belooft." Zie HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, r.o. 3.3.3, NJ 2021/363, m.nt. J. Spier (*Aardbevingsschade Groningen II*).

106 Lindenbergh 2024, p. 1316.

107 Rb. Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.62 (*Stichting Bureau Clara Wichmann/Allergan e.a.*).

108 Zie par. 3.1. Dit voorbeeld wordt ook genoemd door J. Doerga in zijn noot bij Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694 (collectieve vordering tegen TikTok Technology Limited), *Computerrecht* 2024/63, punt 13.

109 Vgl. DJ. Solove, 'Privacy Self-Management and the Consent Dilemma', *Harvard Law Review* (126) 2013, afl. 7, p. 1890. Vgl. meer algemeen over 'sluipende massaschade' ook Tzankova 2007, p. 167 e.v.

110 Vgl. Matsumi & Solove 2023, p. 48-49: "With modern machine learning algorithms, it is nearly impossible for individuals to understand the particular risks to them that an algorithm might create. Knowing the "logic involved" in an algorithm is not enough – one needs to know the data that the algorithm is trained on. This data can amount to personal data on millions of people – sometimes billions of people – and for privacy reasons, it cannot be disclosed to data subjects or to the public at large."

111 Citron & Solove 2022, p. 818: "Privacy harms are highly contextual, with the harm depending upon how the data is used, what data is involved, and how the data might be combined with other data. Sharing an innocuous piece of data with another company might provide a key link to other data or allow for certain inferences to be made."

112 HvJ EU 4 mei 2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, r.o. 50 (*UI/Oostenrijkse Post*). Vgl. ABRvS 5 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2311, r.o. 18. Het gaat dan ook expliciet niet om een verkapt vorm van publieke handhaving.

113 Zie bijv. European Union Agency for Fundamental Rights, *Access to Data Protection Remedies in EU Member States* (Publication Office of the European Union 2013), p. 28; I. Kilovaty, 'Psychological Data Breach Harms', in: *North Carolina Journal of Law & Technology* 2021, (23) 2021, afl. 1, p. 18 en 19; L.I. Labrecque c.s., "When data security goes wrong: Examining the impact of stress, social contract violation, and data type on consumer coping responses following a data breach", *Journal of Business Research* (135) 2021, p. 559-571, raadpleegbaar via: [www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0148296321004653?via%3Dihub%3Dihub](http://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0148296321004653?via%3Dihub%3Dihub).

114 Het is afhankelijk van het specifieke geval in hoeverre het optreden van deze gevoelens aannemelijk is en toe te schrijven is aan bepaalde schendingen.

---

schadevergoedingsvorderingen in collectieve acties is niet alleen mogelijk, maar ook noodzakelijk om recht te doen aan de doelstellingen van de AVG en de WAMCA. Een ruime interpretatie van het schadebegrip en een relatieve benadering van gelijksoortigheid van belangen dragen bij aan het dichten van de kloof tussen AVG-rechten en de effectieve rechtsbescherming ervan.