

Reclame gericht op kinderen en de DSA: wel een wezenlijke beperking, maar geen volledig verbod op het targeten van minderjarigen

De Digital Services Act legt het targeten van minderjarigen met online reclame aan banden. Toch blijft het targeten van minderjarigen met online reclame mogelijk, doordat het verbod zich slechts richt op targeting op basis van 'profilieren'. Een andere belangrijke beperking is dat het verbod alleen ziet op reclame die getoond wordt op online platforms, en niet ook andere vormen van online reclame.

1. Inleiding

Op 19 oktober 2022 heeft de Europese wetgever de Digital Services Act ('DSA') aangenomen.¹ De DSA brengt onder andere nieuwe regels voor digitale marketing, die moeten bijdragen aan de bescherming van de consument. Eén van deze regels, namelijk artikel 28 lid 2 DSA, ziet specifiek op de bescherming van minderjarigen ten opzichte van op hen gerichte online reclame. Begrijpelijk, want het targeten van minderjarigen met online reclame kan rekenen op de nodige kritiek in de maatschappij,² onder andere omdat kinderen minder goed in staat zijn om online targeting te doorzien.³ Artikel 28 lid 2 DSA is in de (online) pers gepresenteerd als een verbod om reclame te richten op minderjarigen. Dat is in essentie ook wat het Europees Parlement voor ogen had.⁴ Maar in hoeverre beschermt artikel 28 lid 2 DSA minderjarigen daadwerkelijk tegen targeting van online reclame?⁵

2. Alleen verbod op targeting op basis van 'profilieren'

Een eerste belangrijke beperking is dat artikel 28 lid 2 DSA slechts een verbod inhoudt op het targeten van reclame op basis van profilering, zoals gedefinieerd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).⁶ Volgens artikel 4 lid 4 AVG betekent profilering 'elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoons-

gegevens 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'.⁷ In essentie vereist profilering daarmee (1) een geautomatiseerde vorm van gegevensverwerking, (2) die wordt uitgevoerd op persoonsgegevens en (3) die tot doel heeft om persoonlijke aspecten te beoordelen van een natuurlijke persoon.⁸ Bij profilering worden 'nieuwe' persoonsgegevens gecreëerd die niet rechtstreeks door de betrokkenen zelf zijn verstrekt.⁹

Wanneer reclame wordt gericht op specifieke (groepen) consumenten op basis van hun online gedrag (*online behavioural targeting*), wordt doorgaans profilering toegepast.¹⁰ Toch is bij online targeting niet altijd sprake van profilering. Neem bijvoorbeeld het speciale platform van

* Universitair hoofddocent Molengraaff Instituut voor privaatrecht.

- Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaal dienstenverordening) (*PbEU* 2022, L 277).
- Zie bijvoorbeeld ten aanzien van reclame op YouTube Kids: A. Flaherty, 'The new YouTube kids app is being criticized for "unfair and deceptive" advertising', *businessinsider.com* 8 april 2015 en R. Mardon, 'YouTube's child viewers may struggle to recognise adverts in videos from "virtual play dates"', *theconversation.com* 28 maart 2019.
- Zie hierover bijvoorbeeld E.A. van Reijmersdal e.a., 'Processes and effects of targeted online advertising among children', *International Journal of Advertising* 2017, afl. 3, p. 396-414.
- Zie amendement 500 van het Europees Parlement (P9_TA(2022)0014): 'Targeting or amplification techniques that process, reveal or infer personal data of minors or personal data referred to in Article 9(1) of Regulation (EU) 2016/679 for the purpose of displaying advertisements are prohibited.' In de uiteindelijk vastgestelde versie van de DSA moet echter sprake zijn van profilering, zie par. 2 van dit redactioneel.
- Dit artikel betreft een korte voorproef van een artikel dat door de auteur wordt geschreven met Catalina Goanta, met de werktitel 'The Regulation of Digital Advertising under the DSA: A Critical Assessment'.
- 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).
- Zie over de definitie van profilieren ook Article 29 Data Protection Working Party, 'Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679' (17/EN WP251rev.01), p. 6-8.
- Idem, p. 6-7.
- Idem, p. 9. Zie ook K. Wiedemann, 'Profiling and (automated) decision-making under the GDPR: a two-step approach', *Computer Law & Security Review* 2022/105662, p. 1-17.
- F. Galli, 'Online behavioural advertising and unfair manipulation between the GDPR and the UCPD', in: M. Ebers & M. Cantero Gamito (red.), *Algorithmic governance and governance of algorithms*, Cham: Springer 2021, p. 113-135.

YouTube voor kinderen: YouTube Kids.¹¹ In YouTube Kids worden (net als op het reguliere YouTube-platform) zogenaamde *pre-roll*-reclamevideo's getoond voordat de gebruiker geselecteerde video's kan bekijken.¹² YouTube staat naar eigen zeggen in YouTube Kids geen reclame toe die is afgestemd op de interesses van de gebruiker of die gebruikmaakt van *remarketing* of andere tracking-pixels.¹³ Daarmee impliceert het bedrijf dat in YouTube Kids geen gebruik wordt gemaakt van profilering in de zin van artikel 4 lid 4 AVG. YouTube staat adverteerders echter wel toe specifieke kanalen, afspeellijsten of video's op YouTube Kids te selecteren voor hun advertenties.¹⁴ Hierdoor kunnen bedrijven alsnog een specifiek (minderjarig) publiek selecteren voor hun reclamevideo's, bijvoorbeeld door kanalen te selecteren die veel worden bekeken door kinderen met bepaalde kenmerken (zoals een bepaalde leeftijdsgroep, een bepaald geslacht en/of een bepaalde interesse). Dat gebeurt dan zonder profilering: hier wordt simpelweg afgestemd op kanalen en afspeellijsten. En zolang de targeting niet is gebaseerd op profilering in de zin van artikel 4 lid 4 AVG, is dit toegestaan op grond van artikel 28 lid 2 DSA.¹⁵ In die zin is van een algemeen verbod op het targeten van kinderen met online reclame dus geen sprake.

3. Beperkte reikwijdte: verbod ziet alleen op platformreclame

Een tweede beperking is inherent aan de keuze van de Europese wetgever om het verbod op het targeten van minderjarigen op te nemen in de DSA (en niet in bijvoorbeeld de AVG of de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). De DSA richt zich alleen op online tussenpersonen¹⁶ en de regels betreffende digitale reclame richten zich alleen op aanbieders van online platforms die reclame tonen op de interface van het platform (zoals YouTube, Instagram en TikTok).¹⁷ De interface van die platforms is in de praktijk een belangrijke, maar zeker

niet de enige plek waar minderjarigen kunnen worden getarget met online reclame. Ook buiten deze context wordt reclame gericht op minderjarigen, bijvoorbeeld via websites en apps die zich (mede) richten op minderjarigen. Door de plaatsing van het verbod in de DSA blijven dergelijke vormen van het targeten van minderjarigen met online reclame – ook wanneer sprake is van profilering – buiten schot, terwijl de problemen daar niet wezenlijk anders zijn.¹⁸

4. Tot slot: wél meer bescherming

Ondanks de genoemde beperkingen brengt artikel 28 lid 2 DSA wél een verbetering van de bescherming van minderjarigen tegen online targeting van reclame. De AVG kent op dit moment geen verbod op het profileren van minderjarigen, hoewel de Article 29 Working Party (voorganger van de European Data Protection Board) het profileren van minderjarigen voor marketingdoeleinden al wel afraadde.¹⁹ Ook de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken kent geen verbod op het richten van reclame op minderjarigen: het is slechts verboden om kinderen er in reclame rechtstreeks toe aan te zetten om geadverteerde producten te kopen of om hun ouders of andere volwassenen ertoe over te halen die producten voor hen te kopen.²⁰ Kortom: artikel 28 lid 2 DSA brengt wél meer bescherming voor minderjarigen, maar kent ook zijn beperkingen.

11. [youtubekids.com](https://www.youtube.com/kids).

12. 'Advertising on YouTube Kids' (*YouTube Help*), support.google.com/youtube/answer/6168681.

13. Idem. Zie meer in het algemeen over beperkingen van het targeten van minderjarigen via Google: E. Culliford, 'Google restricts ad targeting of under-18s', *reuters.com* 10 augustus 2021.

14. Zie Barbara Ortutay, 'Lawmakers call YouTube Kids a "wasteland of vapid" content', [abcnews.go.com](https://abcnews.go.com/7-april-2021) 7 april 2021. Zie ook de op adverteerders gerichte uitleg van *digital marketing agency* Labelium, "'YouTube Kids' Role as an Advertising Platform in Online Video Strategies", labelium.com 2 april 2020. Labelium geeft hierin aan dat marketeers ervoor kunnen kiezen om reclame te laten zien via specifieke kanalen of afspeellijsten, om zo kinderen van de juiste leeftijd te bereiken.

15. Hiermee is overigens ook – buitenom dit specifieke voorbeeld – nog altijd toegestaan dat kinderen getarget worden met reclame indien die targeting is gebaseerd op de persoonsgegevens (zoals leeftijd) die zijn verstrekt door de gebruikers zelf, zonder dat daarbij sprake is van profilering.

16. Zie de reikwijdte in art. 2 DSA en de definities van verschillende soorten online tussenpersonen in art. 3 DSA.

17. Dit geldt voor art. 28 lid 2 DSA, maar bijvoorbeeld ook voor art. 26 lid 1 DSA (transparantievereisten bij reclame op onlineplatforms) en art. 26 lid 3 DSA (het verbod op het tonen van reclame op basis van profilering met gebruikmaking van bijzondere categorieën persoonsgegevens).

18. Wellicht komt hierin verandering naar aanleiding van de *fitness check* van (onder meer) de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het kader van digitale rechtvaardigheid. Zie ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digitale-rechtvaardigheid-geschiktheidscontrole-van-het-EU-consumentenrecht_nl.

19. Article 29 Data Protection Working Party, 'Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679' (17/EN WP251rev.01), p. 28-29. Zie ook: Valerie Verdoodt & Eva Lievens, 'Targeting children with personalised advertising – how to reconcile the (best) interests of children and advertisers', in: G. Vermeulen & E. Lievens (red.), *Data protection and privacy under pressure – transatlantic tensions, EU surveillance, and big data*, Apeldoorn: Maklu 2017, p. 329.

20. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken) (*PbEU* 2005, L 149), punt 28 van Bijlage 1. Daarnaast kan reclame gericht op kinderen uiteraard onder omstandigheden ook oneerlijk zijn op grond van de open normen in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Bij de beoordeling van de oneerlijkheid van de handelspraktijk kan rekening gehouden worden met het beperkte vermogen van kinderen om reclame te herkennen en te begrijpen (zie art. 5 lid 3 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).