Utrecht University Repository

Title	Contracten tussen socialmediaplatforms en gebruikers: Biedt het BW evenwicht?
Authors	Duivenvoorde, Bram; Goanta, Catalina
Publication Date	2023-03
Link	http://hdl.handle.net/1874/427982
Citation	Duivenvoorde, B & Goanta, C 2023, Contracten tussen socialmediaplatforms en gebruikers : Biedt het BW evenwicht? in W V Boom (ed.), Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022. 1 edn, Boom Juridisch, pp. 113-127.
Versions / License	Publisher version
Rights	https://www.uu.nl/en/university-library/license-and-reuse-conditions

BURGERLIJK WETBOEK

1992-2022

GROOT BOEK

Willem van Boom	Bram Akkermans	Carlos Bollen
Tycho de Graaf	Stéphanie van Gulijk	Chris Jansen
Carla Klaassen	Marco Loos	Charlotte Pavillon
Rianka Rijnhout	Harriët Schelhaas	Marnix Snel

Boom juridisch

Vooruitgedenkboek Burgerlijk Wetboek 1992-2022

Onder redactie van:
Willem van Boom (Nijmegen)
Bram Akkermans (Maastricht)
Carlos Bollen (Aruba)
Tycho de Graaf (Leiden)
Stéphanie van Gulijk (Tilburg)
Chris Jansen (Amsterdam VU)
Carla Klaassen (Nijmegen)
Marco Loos (Amsterdam UvA)
Charlotte Pavillon (Groningen)
Rianka Rijnhout (Utrecht)
Harriët Schelhaas (Rotterdam)
Marnix Snel (Curaçao/Nijmegen)

Boom juridisch
Den Haag
2023

7 Contracten tussen socialmediaplatforms en gebruikers

Biedt het BW evenwicht?

Bram Duivenvoorde en Catalina Goanta

7.1 Inleiding

Contracten tussen socialmediaplatforms en hun gebruikers worden gekenmerkt door een grote mate van onevenwichtigheid. Zo maken gebruikers 'gratis' gebruik van een platform, maar geven ze ook allerlei toestemmingen op basis waarvan platforms geld kunnen verdienen aan hun gebruikers. Deze bijzondere en relatief nieuwe verhouding roept vragen op in relatie tot het Burgerlijk Wetboek (BW). Hoe worden de contracten tussen socialmediaplatforms en hun gebruikers gekwalificeerd volgens het BW? In hoeverre is het BW in staat evenwicht te bieden in de relatie tussen socialmediaplatforms en gebruikers?
Deze vragen komen aan de orde in deze bijdrage. Eerst bespreken we de typische eigenschappen van contracten tussen socialmediaplatforms en gebruikers die kunnen leiden tot onevenwichtigheid tussen het platform en de gebruiker (par. 7.2). Vervolgens bespreken we kort hoe socialmediacontracten te kwalificeren zijn volgens het BW en, daarmee samenhangend, hoe de geldende regels kunnen helpen om onevenwichtigheden tussen platforms en gebruikers weg te nemen (par. 7.3). Vervolgens nemen we twee specifieke knelpunten in socialmediacontracten onder de loep: de vaak zeer ruim geformuleerde licentie ten aanzien van de door de gebruiker geüploade content (par. 7.4) en de moeilijkheid om in de relatie tussen platform en gebruiker vast te stellen wat de gebruiker mag verwachten van het platform (par. 7.5). We sluiten af met een conclusie (par. 7.6).

7.2 Onevenwichtigheid in socialmediacontracten

Socialmediaplatforms hebben zich ontwikkeld als platforms die het internet 'sociaal' hebben gemaakt en menselijke connecties hebben gedigitaliseerd.[1] De term

1. Van Dijck 2013, p. 10.

'social media' zou voor het eerst zijn opgedoken in het begin van de jaren negentig, maar kreeg pas een vastomlijnde betekenis in het midden van de jaren 2000[2] met de opkomst van platforms zoals Facebook (2004). De bemiddeling van menselijke interacties door deze bedrijven betekende een verschuiving in de aard van het internet: van de passiviteit van Web 1.0 (gericht op het eenzijdig leveren van informatie) naar de participatieve aard van Web 2.0 (gericht op *peer-to-peer*-interactie, waarbij gebruikers vaak informatie delen over zichzelf).[3]
Socialmediaomgevingen zijn zeer divers en dynamisch. In 2013 identificeerde Van Dijck vier verschillende soorten social media:[4]

i. sociale netwerksites gewijd aan interpersoonlijk contact (bijv. Facebook, Twitter, LinkedIn);
ii. door gebruikers gegenereerde inhoud ter ondersteuning van creativiteit en culturele activiteit (bijv. YouTube, Wikipedia, MySpace);
iii. handels- en marketingsites gericht op commerciële verkoop- of ruiltransacties (bijv. Amazon, eBay, Craigslist); en
iv. spelomgevingen die menselijke interactie '*gamificeren*' (bijv. WordFeud, FarmVille).

Sinds 2013 is de complexiteit van social media toegenomen, met name door nieuwe mogelijkheden, zoals *content monetization* en *social commerce*,[5] waardoor eerdere taxonomieën moeilijk toepasbaar zijn geworden. Anno 2022 is Instagram bijvoorbeeld een sociaal netwerk dat interpersoonlijk contact ondersteunt via zijn instantmessagingdienst, maar ook via gedeelde posts en commentaren. De afgelopen jaren is Instagram eveneens bekend geworden als platform voor talloze *social media influencers*, dat wil zeggen gebruikers die content genereren met het doel daar geld mee te verdienen. Om de zaken nog ingewikkelder te maken, stelt de in 2019 door Instagram geïntroduceerde *checkout*-knop gebruikers in staat om goederen en diensten direct aan te schaffen, zonder het platform te hoeven verlaten.[6]
Deze ontwikkelingen hebben social media gemaakt tot omgevingen waarin geen duidelijk onderscheid geldt tussen commercie, politiek en sociale interacties. Dit roept belangrijke vragen op. Wat zijn in deze relatief nieuwe context bijvoorbeeld de precieze verplichtingen van het platform en de gebruiker? Hoe is de macht verdeeld in deze contractuele relaties?[7] Om de relatie tussen het platform en de gebruiker beter te begrijpen identificeren wij, op basis van literatuur binnen de

2. Ortner, Sinner & Jadin 2018, p. 373. Zie ook Boyd & Ellison 2007.
3. Van Dijck 2013, p. 11.
4. Van Dijck 2013, p. 8.
5. Riefa 2000.
6. *Instagram Checkout Button*, https://about.instagram.com/blog/announcements/introducing-instagram-checkout (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).
7. Voor een meer algemeen begrip van privaatrecht voor het digitale domein, zie Tjong Tjin Tai 2016.

mediawetenschappen, vier specifieke kenmerken in de contracten tussen platforms en gebruikers.

Ten eerste: contracten tussen gebruikers en socialmediaplatforms zijn schijnbaar gratis voor de gebruiker,[8] in de zin dat de gebruiker geen geld betaalt voor toegang tot het platform en de daarop beschikbare content. Dit is een van de meest bediscussieerde kenmerken in de consumentenrechtelijke literatuur,[9] vanwege de relevantie ervan voor het debat over de verstrekking van gegevens als tegenprestatie, dat werd gevoerd in de context van de goedkeuring van de Richtlijn digitale inhoud.[10] Het gratis karakter houdt in dat platforms aan gebruikers toegang verschaffen tot het platform zonder dat gebruikers daarvoor hoeven te betalen. Bijgevolg is de voornaamste verplichting van de gebruiker om het platform toe te staan zijn persoonsgegevens te gebruiken.[11]

Ten tweede gaat het bij contracten tussen platforms en gebruikers om duurovereenkomsten die continu worden gewijzigd door de socialmediaplatforms. Aan de platformzijde veranderen de bedrijfsmodellen voortdurend. Het hoge innovatietempo op de digitale markten zet de platforms onder druk om nieuwe producten te ontwikkelen. Het beste voorbeeld in dit verband is de *rebranding* van Facebook naar Meta en het streven van Facebook om zich om te vormen tot een *metaverse*-platform.[12] Het platform probeert de continue veranderingen op twee manieren te ondervangen, namelijk door brede contractvoorwaarden met verstrekkende gevolgen vast te stellen en door zijn voorwaarden zeer regelmatig te wijzigen. De gebruiker heeft geen invloed op de wijziging van de algemene voorwaarden, hetgeen resulteert in een *take it or leave it*-situatie.

Ten derde hangen de waarde en functies van het platform af van de manier waarop platforms content selecteren voor individuele gebruikers en op de actieve deelname van gebruikers aan het netwerk, aangezien socialmediaplatforms zelf geen inhoud genereren. De bijdrage van socialmediaplatforms aan het online-ecosysteem bestaat onder meer uit het rangschikken en matchen van content, bijvoorbeeld via *recommender systems*.[13] Complexe techno-sociale algoritmes creëren in dat

8. Sommige platforms zijn begonnen met het aanbieden van betaalde lidmaatschappen, bijv. YouTube Premium of TikTok geschenkmunten; Van Dijck, p. 40; voor een begrip van hoe het internet een 'gratis cultuur' creëerde, zie ook Mandiberg 2012, p. 178.
9. Narciso 2017. Zie hierover ook Op Heij 2021, p. 47; Loos 2011 en Op Heij 2017, p. 163.
10. Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten [2019] OJ L 136. Zie ook Custers & Malgieri 2022 en Spierings 2019.
11. 'Instead of paying to use Instagram, by using the Service covered by these Terms, you acknowledge that we can show you ads that businesses and organisations pay us to promote on and off the Meta Company Products. We use your personal data, such as information about your activity and interests, to show you ads that are more relevant to you', Instagram Terms of Service, https://help.instagram.com/581066165581870, (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).
12. 'Mark Zuckerberg is spending billions on the metaverse. Wall Street wants him to fix Facebook and Instagram first', *Fortune*, 28 april 2022, https://fortune.com/2022/04/28/meta-earnings-metaverse-facebook-instagram-zuckerberg/, (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).
13. Anandhan c.s. 2018.

kader gepersonaliseerde gebruikerservaringen. Daarbij vindt een verschuiving plaats van *recommender systems* op basis van content uit het eigen sociale netwerk van de gebruiker[14] naar *recommender systems* op basis van *machine learning* en profilering van gebruikersvoorkeuren. De resulterende personalisering van de social-media-ervaring maakt dat deze sterk verschilt van gebruiker tot gebruiker.
Ten vierde maakt de relatie tussen gebruikers en socialmediaplatforms deel uit van een complex en ondoorzichtig netwerk van contracten,[15] waarbij verschillende soorten partijen onderworpen zijn aan verschillende voorwaarden. Zo maken individuele *web developers* gebruik van de Meta Graph *Application Programming Interface* (API) om apps te ontwikkelen die relevant kunnen zijn voor het Meta-ecosysteem.[16] De API is de *data funnel* van een platform, een *developer interface* die op industrieel niveau toegang biedt tot persoonlijke informatie.[17] Voor de API zullen specifieke voorwaarden van toepassing zijn. Op dezelfde manier sluiten platforms ook contracten met andere rechtspersonen (bijv. voor toegang tot advertentieproducten). Al deze contracten hangen met elkaar samen, maar zijn tegelijkertijd onzichtbaar voor gewone gebruikers.[18]
Nu we de specifieke kenmerken van de relatie tussen platforms en gebruikers hebben vastgesteld, richten we onze aandacht op de juridische kwalificatie van dergelijke contracten. Welke regels zijn van toepassing en wat hebben die te bieden aan gebruikers?

7.3 Kwalificatie van socialmediacontracten: welke regels zijn van toepassing?

De discussie over de juridische verplichtingen van socialmediaplatforms heeft zich tot nu toe vooral toegespitst op de (vrijstelling van) aansprakelijkheid van socialmediaplatforms als onlinetussenpersonen en de rol van socialmediaplatforms ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting.[19] Tot nu toe is verrassend weinig aandacht besteed aan consumentenbeschermingsregels.[20] Ook platforms zelf proberen zich afzijdig te houden van het consumentenrecht. Zo blijkt uit recent onderzoek dat socialmediaplatforms Twitch, Facebook, Twitter en TikTok bijvoorbeeld geen meldingsmechanismen hebben voor content die in strijd is met consumentenbeschermingsregels, zoals socialmedia-accounts waarop reclame niet als zodanig her-

14. Op Heij 2021, p. 48-49.
15. Elkin-Koren, De Gregorio & Perel 2022.
16. Van der Vlist c.s. 2022.
17. Goanta & Mulders 2019, p. 137. Zie ook 'The Graph API: Key Points in the Facebook and Cambridge Analytica Debacle', Medium, 20 maart 2018, https://medium.com/tow-center/the-graph-api-key-points-in-the-facebook-and-cam-bridge-analytica-debacle-b69fe692d747, (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).
18. Elkin-Koren, De Gregorio & Perel 2022, p. 987.
19. Ortolani & Goanta 2021.
20. Zie voor uitzonderingen hierop: Van den Hoven van Genderen 2010; Riefa 2000.

kenbaar is of waarop consumentenrechtelijke informatieplichten niet worden nageleefd.[21] Ook worden contractuele praktijken van socialmediaplatforms, zoals de praktijken die door het Cambridge Analytica-schandaal aan het licht zijn gekomen, vaak alleen bestempeld als inbreuk op privacywetgeving en niet als oneerlijke handelspraktijken.[22]

Toch biedt het BW een heel scala aan regels die de gebruiker kunnen beschermen in zijn contractuele relatie tot een socialmediaplatform. Een contract tussen een socialmediaplatform en een gebruiker is in de eerste plaats een overeenkomst in de zin van artikel 6:213 BW. Dat de gebruiker geen geld betaalt voor de diensten van het platform doet hieraan niet af: voldoende voor kwalificatie als overeenkomst in het BW is wanneer partijen een verbintenis aangaan.[23] Bij een socialmediacontract bestaat die verbintenis onder meer uit het beschikbaar stellen van de functionaliteiten van het platform door het platform en het delen van data en het geven van bepaalde toestemmingen door de gebruiker. Als gevolg van deze kwalificatie zijn de regels uit titel 5 van Boek 6 BW van toepassing. Een aantal van die regels kan bijdragen aan het brengen van evenwicht in de relatie tussen platform en gebruiker. Denk bijvoorbeeld aan regels ten aanzien van aanbod en aanvaarding (art. 6:227 BW), dwaling (art. 6:228 BW) en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

Op de algemene voorwaarden die door het platform ten opzichte van de gebruiker worden gehanteerd is ook de regeling over algemene voorwaarden van toepassing (afdeling 3 van Boek 6 BW), inclusief de bepalingen die specifiek strekken tot bescherming van de consument. Deze regeling is deels afkomstig uit Europa: Nederland kende al een regeling voor algemene voorwaarden, die op details is aangepast aan de hand van de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen.[24] De regeling ten aanzien van algemene voorwaarden kan bijdragen tot het bereiken van meer evenwicht, met name door de eis dat algemene voorwaarden duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld (art. 6:238 lid 2 BW), uitleg *contra proferentem* van onduidelijke bedingen (art. 6:238 lid 2 BW) en de ongeldigheid van onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:233 onder a BW). Daarnaast kan ook de van oorsprong Europese regeling omtrent oneerlijke handelspraktijken bijdragen tot meer evenwicht, mits sprake is van een misleidende, agressieve of anderszins oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193a BW e.v.). Overigens kunnen de diensten die worden geleverd door een socialmediaplatform ook worden gekwalificeerd als een 'dienst van de informatiemaatschappij' in de zin van artikel 3:15d lid 3 BW en Richtlijn

21. Ortolani & Goanta 2021.
22. Goanta & Mulders 2019, p. 145.
23. Zie vanuit Europees perspectief ook Mak 2020, p. 76-77.
24. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie over de verhouding tussen het Nederlandse en het Europese recht Hijma 2016, nr. 8.

2000/31/EG (Richtlijn elektronische handel) en als 'dienst' in de zin van artikel 6:230b BW en Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn).[25]

Daarnaast kent het BW sinds 2022 specifieke regels voor digitale inhoud en diensten, afkomstig uit de Richtlijn digitale inhoud.[26] Deze richtlijn is van toepassing op een breed spectrum van verschillende soorten digitale inhoud, digitale diensten en de levering daarvan.[27] De Preambule bij de richtlijn maakt duidelijk dat de regels niet alleen traditionele digitale producten omvat (zoals computerprogramma's, applicaties, videobestanden, audiobestanden, muziekbestanden en digitale spellen),[28] maar ook van toepassing is op de diensten van socialmediaplatforms.[29] Ook worden de diensten van socialmediaplatforms genoemd als voorbeeld van 'continue levering' van digitale inhoud.[30] Daarbij is van belang dat de Richtlijn digitale inhoud niet alleen van toepassing is op betaalde digitale inhoud en diensten, maar ook op digitale inhoud en diensten waarvoor de consument 'betaalt' door het delen van zijn persoonsgegevens.[31] Diensten van socialmediaplatforms zijn daarvan een typisch voorbeeld. Op basis van de richtlijn is dus duidelijk dat de daarin opgenomen regels ook van toepassing zijn op diensten van socialmediaplatforms.

De vraag hoe de Richtlijn digitale inhoud het beste geïmplementeerd kon worden in het BW heeft tot de nodige discussie geleid.[32] Uiteindelijk is ervoor gekozen om overeenkomsten inzake digitale inhoud en diensten te regelen als een nieuwe bijzondere overeenkomst in titel 1aa van Boek 7 (art. 7:50aa t/m 7:50ap BW). De Richtlijn digitale inhoud heeft nieuwe verplichtingen voor handelaren en remedies voor consumenten gebracht. Zo moeten handelaren (zoals socialmediaplatforms) zonder onnodige vertraging toegang verlenen tot de digitale inhoud (art. 7:50ac BW) en zijn zij verplicht digitale inhoud te leveren in overeenstemming met de overeenkomst (Arts. 7:50ad-af BW). Bij non-conformiteit heeft de consument de beschikking over remedies zoals nakoming, prijsvermindering of ontbinding (art. 7:50ai BW).

---

25. Deze kwalificaties zijn echter van ondergeschikt belang in het brengen van evenwicht tussen platform en gebruiker en zullen daarom in deze bijdrage buiten beschouwing worden gelaten. Zie voor de kwalificatie van socialmediaplatform Facebook als 'dienst van de informatiemaatschappij' bijvoorbeeld Vzr. Rb. Amsterdam 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415 (*John de Mol/Facebook*), r.o. 4.14.
26. Zie ook Schaub 2019.
27. Beale 2021. Zie ook Sein & Spindler 2019; Schulze, Staudenmayer & Losse 2017; Lehmann 2016; Vanherpe 2020; Wolters 2019.
28. Zie overweging 19. Dit zijn categorieën die zo kunnen worden uitgelegd dat zij vallen onder de levering van gestandaardiseerde software, waarvoor de Hoge Raad heeft erkend dat het recht inzake consumentenkoop van overeenkomstige toepassing is; zie Loos 2021.
29. Zie overweging 24.
30. Zie overweging 57.
31. Art. 3 lid 1 Richtlijn digitale inhoud en art. 7:50ab lid 1 BW.
32. Deze discussie volgde op een bestaand debat ten aanzien van de analoge toepassing van het consumentenkooprecht op overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, zie Loos 2021. Zie ook Beek & Schelhaas 2019.

7.4 Knelpunt onder de loep: ruime gebruikerscontentlicenties

Een specifiek knelpunt in de contracten tussen socialmediaplatforms en hun gebruikers betreft de vaak zeer ruime licentie die de gebruiker verleent aan het platform ten aanzien van de door hem geüploade content.[33] Denk bijvoorbeeld aan de door gebruikers gemaakte en geüploade video's, die op basis van de door de gebruiker geaccepteerde voorwaarden regelmatig vrijwel ongelimiteerd mogen worden gebruikt door het socialmediaplatform (zie concrete voorbeelden van gebruikersvoorwaarden hieronder). In dit knelpunt zien we de vier in par. 7.2 besproken typische kenmerken in de relatie tussen platform en gebruiker (in meer of mindere mate) terugkomen. Zo is de ruime gebruikerscontentlicentie een uitvloeisel van de wijze waarop de gebruiker 'betaalt' voor het 'gratis' product dat hij ontvangt: hij geeft toestemmingen in ruil voor het gebruikmaken van het socialmediaplatform (zie het eerste en het derde kenmerk). Daarnaast vormt de ruime gebruikerscontentlicentie een knelpunt, mede doordat het platform waarvoor de content gebruikt kan worden continu aan verandering onderhevig is (zie het tweede kenmerk): waarvoor geeft de gebruiker dan precies toestemming? Tot slot vormt de ruime gebruikerscontentlicentie een knelpunt doordat die vaak niet alleen is opgesteld ten behoeve van de platforms zelf, maar ook ten aanzien van het complexe en ondoorzichtige netwerk van partners (zie het vierde kenmerk).
Hoe zien de uitgebreide gebruikerscontentlicenties er dan concreet uit? De gebruikersvoorwaarden van TikTok bepalen bijvoorbeeld dat de gebruiker aan TikTok, zijn partners en aan TikTok gelieerde bedrijven een onvoorwaardelijke, niet-exclusieve, royaltyvrije, volledig overdraagbare en eeuwigdurende wereldwijde licentie geven om alle door de gebruiker geüploade content (en alle elementen daarin, inclusief bijvoorbeeld muziek) te gebruiken, aan te passen, er afgeleide werken mee te maken, te publiceren (waar dan ook en met welk doel dan ook), over te dragen, enzovoorts.[34] Kortom: TikTok en zijn partners kunnen doen met de content wat ze maar willen, waar ze maar willen en voor hoe lang ze maar willen. Daarbij doet de gebruiker ook nog eens expliciet afstand van 'alle rechten op voorafgaande goedkeuring van marketing- of promotiematerialen' ten aanzien van de door de gebruiker geüploade content en omvat de toestemming uitdrukkelijk ook eventuele muziek die onderdeel vormt van de gebruikerscontent. Deze toestemming gaat vanzelfsprekend veel verder dan wat nodig is voor publicatie van de gebruikerscontent via het TikTok-platform. Deze zeer uitgebreide licentie blijkt overigens geen dode letter: TikTok is in het verleden bekritiseerd voor het gebruiken van

33. Zie hierover – in een voor socialmediabegrippen ver verleden – ook Van den Hoven van Genderen 2010. Zie meer recent de klacht die de Europese consumentenorganisatie BEUC bij de Europese Commissie indiende tegen TikTok. Hierin stelt BEUC onder meer dat de ruime gebruikerslicentie van TikTok een oneerlijk beding is. Zie www.beuc.eu/publications/beuc-files-complaint-against-tiktok-multiple-eu-consumer-law-breaches/html (laatst geraadpleegd: 1 december 2022).
34. www.tiktok.com/legal/terms-of-service-eea?lang=nl (laatst geraadpleegd: 1 december 2022).

gebruikerscontent in reclamecampagnes voor TikTok, zonder dat de gebruikers in kwestie (buiten de gebruikersvoorwaarden om) toestemming hadden gegeven voor dit gebruik. Verraste gebruikers deden hierover hun beklag.[35]
Ook de voorwaarden van Snapchat voorzien in een zeer ruime gebruikerscontent-licentie.[36] Ook hier zien we behalve een ruime licentie ten aanzien van de content zelf een zeer uitgebreide toestemming voor het gebruik van onder andere de naam, het portret en de stem van de gebruiker door Snapchat en zijn partners voor zowel commerciële als niet-commerciële doeleinden. Ook Snapchat dwingt dus een licentie af die veel verder gaat dan nodig is voor publicatie van de gebruikerscontent via het platform.
De Instagram-voorwaarden gaan minder ver.[37] Zo is de licentie ten aanzien van de gebruikerscontent in essentie beperkt tot gebruik op het platform zelf en eindigt deze licentie zodra de gebruiker de content verwijdert van het platform. Ook het gebruik van bijvoorbeeld de naam en het portret van de gebruiker is beperkt tot de dienstverlening van Instagram. De licentie omvat dus bijvoorbeeld niet het gebruik in reclame voor het platform zelf.
Wat heeft het BW te bieden in dergelijke situaties? Allereerst: dat consumenten de algemene voorwaarden van socialmediaplatforms in de regel niet zullen lezen helpt de consument niet, ook al zijn socialmediaplatforms zich hiervan ongetwijfeld bewust. In de regel is sprake van aanbod en aanvaarding, ook al zijn de voorwaarden niet gelezen.[38] In die zin helpt het BW de gebruiker niet.
Een in de algemene voorwaarden opgenomen licentie op gebruikerscontent kan mogelijk wél succesvol worden aangevallen wanneer deze valt te kwalificeren als 'verrassend beding' en daarmee onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 onder a BW.[39] Dat zal in het bijzonder het geval kunnen zijn wanneer de licentie zo breed is geformuleerd dat deze bijvoorbeeld ook het gebruik van gebruikerscontent in reclame voor het socialmediaplatform omvat.[40] Hieraan doet onzes inziens niet af dat verschillende socialmediaplatforms dit verrassende beding hanteren; dat een onredelijk beding veel voorkomt in een bepaalde branche betekent immers

35. Zie www.socialmediatoday.com/news/tiktoks-turning-user-submitted-content-into-ads-without-user-knowledge/564518/ en https://adage.com/article/digital/tiktok-users-are-surprised-find-themselves-ads-app/2204996 (beide bronnen laatst geraadpleegd op 1 december 2022).
36. Art. 3 van de voorwaarden van Snapchat. Zie https://snap.com/nl-NL/terms#terms-row (laatst geraadpleegd op 1 december 2022).
37. Zie https://help.instagram.com/581066165581870 (laatst geraadpleegd 1 december 2022).
38. Zie ook Jongeneel 2019, p. 82 en Hijma 2016, nr. 19. De gebondenheid aan de algemene voorwaarden volgt ook uit art. 6:232 BW.
39. Zie over verrassende bedingen o.a. Pavillon 2017 en Jongeneel 2019, p. 82.
40. Zie in deze zin ook de klacht van BEUC bij de Europese Commissie ten aanzien van de TikTok-voorwaarden. Zie www.beuc.eu/publications/beuc-files-complaint-against-tiktok-multiple-eu-consumer-law-breaches/html (laatst geraadpleegd: 1 december 2022).

nog niet dat het beding daardoor niet als onredelijk bezwarend kan gelden.[41] Daarmee is overigens niet gezegd dat een gebruikerscontentlicentie op zichzelf een verrassend en daarmee onredelijk beding is: het verlenen van gebruikerslicenties via algemene voorwaarden is niet ongebruikelijk en is in veel gevallen – zo ook in de relatie tussen socialmediaplatform en gebruiker – logisch in het kader van de verrichte diensten.[42] De aantastbaarheid van de voorwaarden zal dus vooral gezocht moeten worden in de het feit dat de licentie aanzienlijk ruimer is dan nodig voor de dienstverlening van het platform. Bij een algemeen geformuleerde ruime licentie (zoals we die tegenkomen in de voorwaarden van Snapchat) wordt de gebruiker mogelijk nog gesteund door het oordeel van het HvJ EU in *Kásler*.[43] In die uitspraak maakt het Hof duidelijk dat voor het vaststellen of een beding 'duidelijk en begrijpelijk' is in de zin van artikel 5 van de Richtlijn oneerlijke bedingen (geïmplementeerd in art. 6:238 lid 2 BW) bepalend is of de gemiddelde consument in de gegeven omstandigheden het beding kan begrijpen en de economische gevolgen daarvan kan inzien.[44] Een vaag geformuleerde brede gebruikerscontentlicentie is vanuit dat perspectief mogelijk vernietigbaar, of dient op grond van de *contra proferentem*-regel beperkt worden uitgelegd.[45]

41. Pavillon 2017, p. 54-55. Daarbij merkt Pavillon op dat – anders dan tussen professionele partijen onderling – tussen consument en professionele partij doorgaans geen vaste (handels)gebruiken gelden.
42. Ook buiten de context van de relatie tussen socialmediaplatform en gebruiker worden licenties met regelmaat verleend via algemene voorwaarden. Zie ten aanzien van de culturele sector bijvoorbeeld Schieveld & De Jonge 2018, par. 1a.6.
43. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13,ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*). Zie over *Kásler* ook Jongeneel 2019, p. 80.
44. Zie voor de toepassing ten aanzien van deze uitspraak op overeenkomsten van digitale inhoud ook Op Heij 2021, p. 56.
45. Over de vraag welke sanctie rust op overtreding van de regel dat algemene voorwaarden duidelijk en begrijpelijk moeten zijn bestaat discussie. Loos wijst er onder verwijzing naar HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*) op dat het Europees Hof van Justitie het transparantievereiste lijkt te zien in de beoordeling van de oneerlijkheid van het beding. Zie Loos 2018, nr. 242. Zie ook HvJ EU 7 november 2019, C-419/18 en 483/18, ECLI:EU:C:2019:930 (*Profi Credit Polska*), waarin het Europees Hof in het kader van de oneerlijkheidstoets stelt dat het '*van doorslaggevend belang [is] of het betrokken contractuele beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld en of de consument daadwerkelijk gelegenheid heeft gehad om kennis te nemen van de inhoud ervan*'. Dit pleit ervoor om de onduidelijkheid en/of onbegrijpelijkheid mee te nemen in de oneerlijkheidstoets, met als mogelijk gevolg vernietiging. Wanneer geen sprake is van een onredelijk bezwarend beding, kan de onduidelijkheid en/of onbegrijpelijkheid mogelijk alsnog leiden tot toepassing van de sanctie van *contra proferentem*-uitleg van het beding. Zie eerder in de literatuur Hijma 2016, nr. 23a en Pavillon 2017, p. 57. Zie over het meewegen van de (on)duidelijkheid van een beding in de toetsing van de onredelijkheid van een beding ook HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1388.

Een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid biedt mogelijk vergelijkbare resultaten,[46] maar biedt in bovengenoemde gevallen weinig meerwaarde ten opzichte van de regeling voor algemene voorwaarden. Verder ligt een beroep op dwaling of oneerlijke handelspraktijken in bovengenoemde gevallen minder voor de hand. Dit kan uiteraard anders zijn wanneer de algemene voorwaarden een onjuist beeld geven ten opzichte van het daadwerkelijke gebruik door een platform van de door de gebruiker geüploade content. Dan zal al snel sprake zijn van een misleidende handelspraktijk (art. 6:193c BW) of dwaling (art. 6:228 BW).[47]

7.5 Knelpunt onder de loep: de redelijke verwachtingen van gebruikers ten aanzien van socialmediadiensten

Een ander knelpunt betreft de moeilijkheid om vast te stellen wat gebruikers redelijkerwijs mogen verwachten van socialmediaplatforms. Dit knelpunt speelt specifiek ten aanzien van de conformiteitsvraag in de Richtlijn digitale inhoud en de implementatie daarvan in het BW. In potentie zou de eis dat socialmediadiensten moeten voldoen aan de verwachtingen van de consument (zie art. 50ad BW) een belangrijk middel kunnen zijn om socialmediaplatforms te dwingen een goed werkend product te leveren, net als de conformiteitsregels in het kader van de consumentenkoop dat ook doen voor roerende zaken (denk bijvoorbeeld aan de koop van een mountainbike, waarbij de consument onder andere redelijkerwijs mag verwachten dat de fiets beschikt over goede remmen, een sterk frame en soepel schakelende versnellingen).[48] Maar wat mag de consument verwachten ten aanzien van socialmediadiensten?

Hier is het probleem dat de werking en functionaliteit van socialmediaplatforms bijzonder moeilijk is te doorzien voor consumenten. Daarin zien we meerdere van de in par. 7.2 besproken typische kenmerken in de relatie tussen platform en gebruiker terugkomen. Zo vloeit de moeilijkheid om vast te stellen wat gebruikers redelijkerwijs mogen verwachten van socialmediaplatforms mede voort uit de continu veranderende bedrijfsmodellen en het hoge innovatietempo van socialmediaplatforms (zie het tweede kenmerk). Ook speelt hier een rol dat de toegevoegde waarde van socialmediaplatforms met name ligt in de complexe werking van

46. De Hoge Raad heeft bepaald dat een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van algemene voorwaarden mogelijk is, zie HR 14 juni 2002, *NJ* 2003/112 m.nt. Hijma (*Bramer/Colpro*). De Hoge Raad week hiermee af van de stelling in de memorie van toelichting bij de invoering van Boek 6 BW dat de regeling voor algemene voorwaarden als lex specialis zou hebben te gelden ten opzichte van art. 6:248 lid 2 BW.
47. Zie over de mogelijkheid tot het aanwenden van dwaling en de regels over oneerlijke handelspraktijken naast de regeling voor algemene voorwaarden Hijma 2016, nr. 52. Zie over de toepassing van de regels omtrent dwaling en oneerlijke handelspraktijken bij de levering van digitale inhoud en diensten Op Heij 2021, p. 60-64.
48. Zie voor de vaststelling van (non-)conformiteit de koop van roerende zaken met name art. 7:17 en 7:18 BW.

gepersonaliseerde contentselectie (zie het derde kenmerk) en dat socialmediaplatforms deel uitmaken van een complex en ondoorzichtig netwerk van contracten (zie het vierde kenmerk).

De conformiteit van digitale inhoud en diensten wordt op grond van artikel 7:50ae BW, net als bij consumentenkoop, vastgesteld op basis van objectieve en subjectieve criteria. Hierbij is onder meer van belang dat de digitale inhoud of dienst de kwaliteiten moet hebben die de consument gezien de aard van de digitale inhoud of digitale dienst redelijkerwijs mag verwachten.[49] Zoals in paragraaf 7.2 naar voren is gekomen zijn socialmediadiensten echter zeer veranderlijk. Daardoor is het moeilijk te bepalen wat de consument redelijkerwijs van de socialmediadiensten mag verwachten. Waarschijnlijk heeft de gebruiker gezien de complexe achterliggende werking van socialmediadiensten ten aanzien van veel aspecten van socialmediadiensten überhaupt weinig concrete verwachtingen. De algemene voorwaarden van socialmediaplatforms helpen de gebruiker wat dat betreft ook niet: afgezien van een zeer generieke beschrijving van de diensten doen platforms weinig tot geen concrete toezeggingen over het functioneren daarvan.[50]

Ter illustratie een voorbeeld ten aanzien van de *recommender systems* van socialmediaplatforms. Consumenten hebben er belang bij dat zij alleen advertenties te zien krijgen van legitieme ondernemingen en niet worden geconfronteerd met advertenties van oplichters. Via de *recommender systems* van socialmediaplatforms wordt reclame van oplichters vaak gefilterd. Maar wat als het algoritme van een specifiek platform niet goed functioneert – is dan sprake van non-conformiteit? Heeft de consument überhaupt verwachtingen ten aanzien van de werking van de *recommender systems* op dit vlak? En zo ja: wat mag de consument dan redelijkerwijs verwachten van het platform? Een bijkomend probleem is overigens dat het in de praktijk, ook al kunnen bepaalde redelijke verwachtingen worden vastgesteld, zeer moeilijk zal zijn voor de gebruiker om de non-conformiteit van de diensten van het socialmediaplatform vast te stellen. De non-conformiteit van een mountainbike kan vaak gemakkelijk worden vastgesteld door de consument zelf, doordat hij merkt dat de remmen niet goed werken of het versnellingssysteem niet soepel werkt. Voor een *recommender system* is dat veel lastiger te bepalen. Hiervoor is immers inzicht nodig in de werking van het betreffende algoritme. Socialmediaplatforms verrichten weliswaar audits die de effectiviteit van dit soort algoritmes meten, maar maken die niet openbaar.

49. Art. 7:50ae lid 2 BW.
50. Zie bijvoorbeeld de voorwaarden van Snapchat (https://snap.com/nl-NL/terms#terms-row; laatst geraadpleegd: 1 december 2022) en TikTok (https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service-eea?lang=nl; laatst geraadpleegd: 1 december 2022).

7.6 Conclusie

Technologische innovaties stellen het juridisch kader voortdurend ter discussie. Socialmediaplatforms bestaan inmiddels al twee decennia. In die tijd zijn hun bedrijfsmodellen fundamenteel veranderd. Ondanks een steeds ontwikkelend regime van consumentenbeschermingsregels op Europees niveau, blijft de relatie tussen platform en gebruiker zich kenmerken door een grote mate van onevenwichtigheid. Dit komt mede door de hoge complexiteit van de werking van socialmediaplatforms, die ondoorzichtig blijft voor zowel de wetgever als de gebruiker.
Deze bijdrage heeft laten zien dat het BW de gebruikers weliswaar handvatten geeft om onevenwichtigheden in hun relatie tot socialmediaplatforms aan te pakken, maar dat de toepassing van de betreffende regels in het BW ook leidt tot complexe vragen. Een bijkomend probleem is bovendien dat gebruikers zich vaak niet bewust zullen zijn van hun kwetsbaarheden ten opzichte van platforms. Waar dat wel zo is en de gebruiker actie wil ondernemen helpt het de gebruiker niet dat hij veelal een beroep zal moeten doen op algemene regels, die geen duidelijk antwoord geven ten aanzien van de specifieke problematiek tussen platform en gebruiker.
Hier ligt mogelijk alsnog een taak voor de wetgever – al zal een antwoord gezien de dominante rol op het gebied van zowel consumentenbescherming als digitalisering eerder uit Europa komen dan uit Nederland. Daarbij denken wij bijvoorbeeld aan een aanpassing van de Richtlijn digitale inhoud, waarin een verdere invulling gegeven zou kunnen worden aan de redelijke verwachtingen van de consument ten aanzien van socialmediaplatforms. Daarnaast zouden specifieke knelpunten ten aanzien van de gebruikersvoorwaarden van socialmediaplatforms als (vermoedelijk) onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt. Omdat digitalisering overwegend op EU-niveau wordt gereguleerd, ligt ook hier voor de hand dat de Europese wetgever (via aanpassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen) actie zou ondernemen.[51]
De in mei 2022 door de Europese Commissie aangekondigde 'fairness fitness check' van het consumentenrecht biedt hiervoor een concrete ingang.[52] Via deze fitness check wordt onderzocht in hoeverre het nodig is om consumenten online beter te beschermen. Daarbij ligt de nadruk op de Richtlijn oneerlijke bedingen, de Richtlijn consumentenrechten en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Hoewel de fitness check geen betrekking heeft op de Richtlijn digitale inhoud, zal deze wel ingaan op kwesties van machtsonevenwichtigheid en biedt deze de mogelijkheid tot het (vermoedelijk) onredelijk bezwarend aanmerken van specifieke gebruikers-

51. Door toevoeging van bepaalde voorwaarden aan de 'blauwe lijst' bij de Richtlijn oneerlijke bedingen. Zie art. 3 lid 3 Richtlijn oneerlijke bedingen en de bij die richtlijn horende bijlage.
52. European Commission, 'Fairness Fitness check', https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en (laatst geraadpleegd: 2 augustus 2022).

voorwaarden van socialmediaplatforms. Gezien het minimumharmonisatiekarakter van de Richtlijn oneerlijke bedingen zou echter ook de Nederlandse wetgever actie kunnen ondernemen, met name door bepaalde praktijken (zoals de in par. 7.4 besproken zeer ruim geformuleerde gebruikerscontentlicenties) toe te voegen aan de grijze of zwarte lijst.

Verkort aangehaalde literatuur

Anandhan c.s. 2018
A. Anandhan, L. Shuib, M.A. Ismail & G. Mujtaba, 'Social Media Recommender Systems: Review and Open Research Issues', *IEEE Access* 2018, p. 15608-15628.

Beale 2021
H. Beale, 'Digital Content Directive and Rules for Contracts on Continuous Supply', *Journal of Intellectual Property, Information Technology & Electronic Commerce Law* 2021, afl. 2, p. 96-110.

Beek & Schelhaas 2019
S. van Beek & H.N. Schelhaas, 'De invloed van het EU-recht op het Nederlandse consumentenkooprecht', *Maandblad voor vermogensrecht* 2019, afl. 7-8, p. 270-278.

Boyd & Ellison 2007
D. Boyd & N. Ellison, 'Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship', *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, afl. 1, p. 210–230.

Custers & Malgieri 2022
B. Custers & G. Malgieri, 'Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data', *Computer Law & Security Review,* 2022, 105683.

Van Dijck 2013
J. van Dijck, *A History of Connectivity,* New York: Oxford University Press 2013.

Goanta & Mulders 2019
C. Goanta & S. Mulders, '"Move fast and break things": Unfair commercial practices and consent on Social Media', *Journal of European Consumer and Market Law* 2019, afl. 4, p. 136-146.

Hijma 2016
J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van den Hoven van Genderen 2010
R. van den Hoven van Genderen, 'Sociale netwerken: vloek of zegen? Algemene voorwaarden tot het gebruik van persoonlijke informatie', *Computerrecht* 2010/71.

Jongeneel 2019
R.H.C. Jongeneel, 'Begrijpt u wat u niet leest?', *TvC* 2019, afl. 2, p. 80-84.

Lehmann 2016
M. Lehmann, 'A Question of Coherence: The Proposals on EU Contract Law Rules on Digital Content and Online Sales', *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 2016, afl. 5, p. 752-774.

Loos 2011
M. Loos, 'Overeenkomsten tot levering van digitale inhoud', *NTBR* 2011/81.

Loos 2018
Marco B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Loos 2021
Marco B. M. Loos, 'The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands', 12 *Journal of Intellectual Property, Information Technology & Electronic Commerce Law* 2021, afl. 2, p. 229-240.

Mak 2020
V. Mak, 'Challenges for digitalisation for consumer contracts', *Annuario Di Diritto Comparato E Di Studi Legislativi* 2020, p. 63-84.

Mandiberg 2012
M. Mandiberg, *The Social Media Reader*, New York: NYU Press 2012.

Narciso 2017
M. Narciso, '"Gratuitous" Digital Content Contracts in EU Consumer Law', *Journal of European Consumer and Market* Law 2017, afl. 5, p. 198-206.

Op Heij 2017
D. Op Heij, 'De gebruiksfunctie voor de consument als uitgangspunt bij de definiëring van het begrip "digitale inhoud"', *TvC* 2017, afl. 4, p. 157-165.

Op Heij 2021
D. Op Heij, *De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding: een onderzoek naar het juridisch kader ter bescherming van de consument*, Zutphen: Paris 2021.

Ortner, Sinner & Jadin 2018
C. Ortner, P. Sinner & T. Jadin, 'The History of Online Social Media', in: N. Brugger en I. Milligan (red.), *The SAGE Handbook of Web History,* London: Sage 2018, p. 372-384.

Ortolani & Goanta 2021
P. Ortolani & C. Goanta, 'Content moderation als digitale conflictoplossing. Zijn socialemediaplatforms de rechtbanken van het internet?', in: P.T.J. Wolters & R. Hermans (red.), *Digitalisering en Conflictoplossing,* Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 171-188.

Pavillon 2017
C.M.D.S. Pavillon, 'De aanpak van verrassende bedingen onder het nieuw BW: de mazen van afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden', *WPNR* 2017/7133, p. 53-60.

Elkin-Koren, De Gregorio & Perel 2022
N. Elkin-Koren, G. De Gregorio & M. Perel, 'Social Media as Contractual Networks: A Bottom up Check on Content Moderation', *Iowa Law Review* 2022, afl. 3, p. 987-1049.

Riefa 2000
C. Riefa, 'Consumer Protection on Social Media Platforms: Tackling the Challenges of Social Commerce', in: T. Synodinou, Ph. Jougleux, C. Markou & Th. Prastitou (red.), *EU Internet Law in the Digital Era*, Cham: Springer 2000, p. 321-345.

Schaub 2019
M.Y. Schaub, 'Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2019, afl. 9-10, p. 243-249.

Schieveld & De Jonge 2018
E.M.M. Schieveld & P.E. de Jonge, *Handboek recht voor de culturele sector*, Deventer: Kluwer 2018.

Schulze, Staudenmayer & Losse 2017
R. Schulze, D. Staudenmayer & S. Losse, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, London: Hart 2017.

Sein & Spindler 2019
K. Sein & G. Spindler, 'The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1', *European Review of Contract Law* 2019, afl. 3, p. 257-279.

Spierings 2019
C. Spierings, 'Het nieuwe goud: betalen met data', *MvV* 2019, afl. 6, p. 207-214.

Tjong Tjin Tai 2016
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving', voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging, 10 juni 2016 te Haarlem, Handelingen NJV, 146e jaargang/2016-1, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 241-306.

Vanherpe 2020
J. Vanherpe, 'White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content', *European Review of Private Law* 2020, afl. 2, p. 251-274.

Van der Vlist c.s. 2022
F.N. van der Vlist, A. Helmond, M. Burkhardt & T. Seitz, 'API Governance: The Case of Facebook's Evolution', *Social Media + Society* 2022, afl. 2, p. 1-24.

Wolters 2019
P.T.J. Wolters, 'Valt een "gewone" website onder de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2019, afl. 6, p. 254-256.