

SOCIALE MEDIA
ANNO 2015

Actuele juridische aspecten

Eva LIEVENS
Ellen WAUTERS
Peggy VALCKE
(eds.)



intersentia

Antwerpen – Cambridge

Sociale media anno 2015. Actuele juridische aspecten
Eva Lievens, Ellen Wauters en Peggy Valcke (eds.)

© 2015 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

Coverafbeelding: © Alex Mit

ISBN 978-94-000-0670-6
D/2015/7849/106
NUR 827



Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

VOORWOORD

In 2013 werd het boek *Sociale media. Actuele juridische aspecten* gepubliceerd. Daarin werden verschillende juridische vragen belicht die waren gerezen naar aanleiding van het gebruik van sociale netwerksites door verschillende actoren in de maatschappij. Sindsdien is de populariteit van sociale media nog toegenomen. Eind augustus 2015 maakte Facebook bekend dat de kaap van 1 miljard dagelijkse gebruikers werd overschreden. Sociale media worden niet alleen vaak, door velen dagelijks, gebruikt voor persoonlijke doeleinden. Ook professioneel wordt aanwezigheid op zowel mainstream als gespecialiseerde sociale netwerken alleen maar belangrijker. Toen we de vraag kregen van Intersentia om een ‘vervolg’ samen te stellen, hebben we geen moment getwijfeld.

We hebben er opnieuw bewust voor geopteerd om zowel academici als praktijkjuristen aan het woord te laten. Ook vonden we het belangrijk om een niet-juridische bijdrage op te nemen om een beter inzicht te krijgen in sociaal- en communicatiewetenschappelijke aspecten van het gebruik van sociale media door bepaalde gebruikersgroepen. Auteurs werden niet alleen aangemoedigd relevante en recente rechtspraak uit binnen- en buitenland met betrekking tot de onderwerpen van hun respectieve bijdrage toe te lichten, maar ook om concrete voorbeelden en casussen te gebruiken. Het boek richt zich dus zowel tot wetenschappelijke onderzoekers, bedrijfsjuristen, advocaten, magistraten als tot studenten.

Bij de selectie van thema's werd onmiddellijk duidelijk dat veel meer juridische vragen dan we mogelijk konden opnemen in dit boek, relevanter zijn dan ooit. Dit boek beoogt geen allesomvattend overzicht te bieden van al deze vragen, maar wil de lezer een grondig inzicht verschaffen in een selectie van actuele juridische uitdagingen.

De eerste bijdrage geeft een stand van zaken met betrekking tot mogelijke inbreuken op auteursrecht en merkenrecht in de socialemediaomgeving en de (on)rechtmatigheid van bepaalde marketingpraktijken. De tweede bijdrage gaat in op *behavioural advertising*, een fenomeen waarin sociale media een alsmaar belangrijker rol spelen. Daarna volgt een communicatiewetenschappelijke bijdrage die de lezer een duidelijker inzicht wil bieden in hoe kinderen en jongeren omgaan met marketing in deze omgeving. Gelet op het feit dat het delen van foto's een belangrijk aspect is van het gebruik van sociale netwerksites, spitst de vierde bijdrage zich toe op het recht van afbeelding.

De geldigheid en de impact van de algemene voorwaarden van sociale netwerksites staan centraal in de vijfde bijdrage. In de zesde bijdrage staat de auteur stil bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige hotelreviews op sociale media (en bij uitbreiding booking- en reviewsites). Daarna wordt uitgebreid gefocust op vragen die rijzen in verband met de mededingingsrechtelijke positie van (zeer) populaire sociale netwerken zoals Facebook.

In de achtste bijdrage staan het belang van bewijsvoering via sociale media in burgerlijke geschillen en een aantal knelpunten die daaraan gelinkt zijn centraal. Vervolgens wordt onderzocht welke bevoegdheden en mogelijkheden speurders momenteel hebben in België in de socialemediaomgeving. In de voorlaatste bijdrage schetst de auteur de problematiek rond sociale media en internationaal privaatrecht. Ten slotte wordt in de laatste bijdrage geanalyseerd welke impact het gebruik van sociale netwerksites heeft op de erfrechtelijke nalatenschap.

Onze bijzondere dank gaat uit naar alle auteurs voor het aanleveren van hun waardevolle bijdragen en voor het respecteren van de deadlines. Ook bedanken wij uitgeverij Intersentia, en in het bijzonder Pascale Van Houtte, van harte om ook deze tweede uitgave mogelijk te maken. Ten slotte zijn we ook het IWT, het FWO Vlaanderen, de KU Leuven en iMinds dankbaarheid verschuldigd voor de financiering van diverse projecten die ons toelaten om juridische aspecten omtrent sociale media te blijven onderzoeken.

Eva Lievens, Ellen Wauters en Peggy Valcke
Leuven, 3 september 2015

INHOUD

<i>Voorwoord</i>	v
Hoofdstuk I.	
Marketing, intellectuele rechten en sociale media	
Tom HEREMANS EN Lisbeth DEPYPERE.....	1
I. Inleiding.....	1
II. Intellectuele eigendom en sociale media.....	2
§ 1. Merkenrechten.....	2
A. Wat is een merk?.....	2
B. Welke rechten heeft de merkhouder en wanneer is er een inbreuk?.....	3
§ 2. Auteursrechten.....	4
A. Wanneer heeft men auteursrechten?.....	4
B. Wanneer is er sprake van een auteursrechtelijke inbreuk?.....	5
§ 3. Link met de eerlijke marktpraktijken.....	6
§ 4. Merken en auteursrechten en sociale media.....	7
A. Facebook-fanpagina's.....	8
B. Inbreuk op merkenrecht via Facebook.....	11
C. Rechten op de 'likes' die worden gecreëerd door een Facebook-account.....	11
D. <i>AdWords</i> – Trefwoorden in sociale media.....	13
E. Het recht op afbeelding.....	18
III. Oneerlijke marktpraktijken en consumentenrechten en sociale media.....	19
§ 1. Reclame.....	19
A. Misleidende reclame.....	20
B. Vergelijkende reclame.....	21
1. Vergelijkende reclame mag niet misleidend zijn.....	22
2. Vergelijkende reclame moet goederen of diensten vergelijken die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd.....	22
3. Vergelijkende reclame moet op objectieve wijze één of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijken.....	23

4.	Vergelijkende reclame mag er niet toe leiden dat de adverteerder met een concurrent wordt verward, noch dat de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward	24
5.	Vergelijkende reclame mag niet de goede naam schaden van en zich niet kleinerend uitlaten over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent	24
6.	Vergelijkende reclame moet voor goederen met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking hebben op goederen met dezelfde benaming	25
7.	Vergelijkende reclame mag geen oneerlijk voordeel opleveren ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende goederen . . .	25
8.	Vergelijkende reclame mag goederen of diensten niet voorstellen als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam	25
C.	Hyperbolische reclame of superlatiefreclame.	26
D.	Reclame die niet als dusdanig herkenbaar is	26
E.	Betalende reclame op Facebook – Kan het gebruik van de trefwoorden (‘interesses’) op zich als reclame worden beschouwd, naar analogie met <i>metatags</i> ?	28
§ 2.	Direct marketing.	30
A.	Regel: voorafgaande, vrije, specifieke toestemming vereist	30
B.	<i>Tell a friend</i> -marketing – Gratis ‘vind ik leuk’-reclame op Facebook.	31
§ 3.	Wedstrijden	33
§ 4.	Verkoop op afstand	35
IV.	Algemene voorwaarden van sociale media	37
V.	Conclusie	38

Hoofdstuk II.**Sociale netwerksites als advertentienetwerk: uitdagingen en mogelijkheden voor het verkrijgen van geïnformeerde toestemming**

Natalie BERTELS.....	41
I. Inleiding.....	41
II. Gerichte, op surfgedrag gebaseerde reclame (<i>'behavioural advertising'</i>).....	43
§ 1. Actoren en interacties	43
§ 2. "Persoonsgegevens ... die verwerken we (haast) niet!": misvattingen over het concept 'persoonsgegeven' en de anonymisering ervan	44
§ 3. Nog een <i>cookie</i> ? Of eerder <i>device fingerprinting</i> ?	48
III. Van sociale netwerksite tot advertentienetwerk	50
§ 1. Sociale netwerkprofielen	50
§ 2. <i>Tracking</i> door <i>social plug-ins</i>	52
IV. Verplichting van voorafgaande geïnformeerde toestemming.....	53
§ 1. De verplichting om informatie te geven	54
§ 2. De verplichting om voorafgaande toestemming van de betrokkene te verkrijgen	56
V. Besluit.....	61

Hoofdstuk III.**Reclamewijsheid 2.0: hoe kinderen en jongeren omgaan met sociale-
mediamarketing**

Michel WALRAVE, Joris VAN OUYTSEL, Brahim ZAROUALI, Koen PONNET EN Karolien POELS.....	63
I. Inleiding.....	63
II. Een belangrijke doelgroep.....	64
III. De ontwikkeling van persuasieve kennis	66
IV. Games vermengd met reclame.....	70
V. Sociaalnetwerkgames.....	73
VI. Bannerreclame op de proef.....	77
VII. Toevertrouwen van persoonsgegevens	77
VIII. Conclusie	80
Bibliografie	82

Hoofdstuk IV.

Sociale media en het recht op afbeelding

Linde DIERICKX.	91
I. Inleiding.	91
II. Recht op afbeelding: algemene principes van dit persoonlijkheidsrecht	91
§ 1. Toepassingsgebied van het recht op afbeelding.	92
§ 2. Inhoud van het recht op afbeelding.	93
A. Principe.	93
1. Basisregel.	93
2. Specifiek karakter van de toelating en restrictieve interpretatie van de toelating.	93
3. Bewijslast.	95
4. Intrekking van de toelating?	95
B. Bijzondere gevallen	96
1. Publieke figuren	96
2. Fotomodellen en artiesten, atleten die tijdens de uitoefening van hun professionele activiteiten poseren	99
3. Publieke plaats	100
4. Afbeeldingen van een menigte	101
5. Parodie – recht op humor.	102
III. Recht op afbeelding en sociale media	103
§ 1. Toepassing van de klassieke rechtsregels inzake het recht op afbeelding.	103
A. Principe.	103
B. Uitzonderingen	104
1. Foto's en films van publieke figuren	104
2. Foto's en films van een publieke plaats.	105
3. Foto's en films van menigten	105
4. Humoristische, parodiërende en satirische foto's en films	106
C. Slotbedenkingen	106
§ 2. Tekortkomingen en leemten met betrekking tot de bestaande rechtsregels inzake het recht op afbeelding	107
A. Toename van de actoren	107
1. Sociale media	107
2. Diverse gebruikers van afbeeldingen verspreid op sociale media	109
B. Burgerjournalistiek: evolutie naar ethiek en zelfregulering	113
C. Ruime territoriale verspreiding.	117

D. Problemen van identificatie en opsporing	120
E. Online recht op vergetelheid	121
IV. <i>De lege ferenda</i>	122

Hoofdstuk V.

'Ik ga akkoord'. Maar waarmee? Sociale netwerksites en hun algemene voorwaarden

Ellen WAUTERS, Eva LIEVENS EN Peggy VALCKE	125
I. Toetredingscontracten en algemene voorwaarden	126
II. Consumenten en informatie	127
III. Algemene voorwaarden in een SNS-omgeving	128
IV. Casestudy: analyse van de algemene voorwaarden van Facebook	130
§ 1. Inhoud en informatie delen	132
§ 2. Wijzigingen	137
§ 3. Beëindiging	139
§ 4. Rechtsbevoegdheid	142
§ 5. Toepasselijk recht	147
§ 6. Aansprakelijkheid	149
V. Besluit	152

Hoofdstuk VI.

De aansprakelijkheid voor onrechtmatige reviews over hotels op Facebook en op booking- en reviewsites

Sofie DE POURCQ	155
I. Inleiding	155
§ 1. Reviews als vorm van <i>user generated content</i>	155
§ 2. Onrechtmatige reviews en de vraag naar aansprakelijkheid	156
II. Aansprakelijkheid reviewer	157
§ 1. Onrechtmatige reviews	157
A. Oorzaak onrechtmatigheid	157
B. Vrijheid van meningsuiting	158
§ 2. Anonieme reviews en reviews onder pseudoniem	159
A. Belang	159
B. Booking- en reviewsites	160
C. Facebook	160
§ 3. Bekendmaking gegevens reviewer	161
A. Relevante gegevens	161
B. Verplichting tegenover gerechtelijke of administratieve autoriteiten	161
C. Verenigbaarheid rechten internetgebruiker	163

III.	Aansprakelijkheid booking- of reviewsite of Facebook	165
§ 1.	Nut.....	165
§ 2.	Aansprakelijkheidsvrijstelling Richtlijn Elektronische Handel	165
A.	Draagwijdte aansprakelijkheidsvrijstelling	165
B.	Dienst van de informatiemaatschappij	167
1.	Algemeen	167
2.	Booking- en reviewsites	168
3.	Facebook.....	168
C.	Kwalificatie als hostprovider.....	169
1.	Algemeen	169
2.	Booking- en reviewsites	171
3.	Facebook.....	173
4.	Kritiek	174
D.	Voorwaarden aansprakelijkheidsvrijstelling voor hostproviders.....	175
1.	Overzicht.....	175
2.	Daadwerkelijke kennis of kennis van feiten of omstandigheden waaruit onrechtmatige activiteit of informatie duidelijk blijkt.....	175
3.	Kennisgeving door benadeelde	176
4.	Kennis van onrechtmatige activiteit of informatie	178
5.	Prompte reactie	181
IV.	Besluit.....	182

Hoofdstuk VII.

Sociale media en mededinging: is het Europese concurrentietoezicht opgewassen tegen Facebook en consorten?

	Inge GRAEF.....	185
I.	Inleiding.....	185
II.	Mededingingsrecht en de ICT-sector	186
§ 1.	Focus op technologie	186
A.	Restrictieve praktijken in de markt voor e-books	187
B.	Machtsmisbruik inzake Microsoft en Google	190
C.	Europese fusiebesluiten in onlinemarkten.....	193
§ 2.	Economische eigenschappen van de ‘nieuwe economie’ en hun invloed op de toepassing van het mededingingsrecht	196
A.	Dynamische concurrentie	196
B.	Kenmerken van netwerksectoren.....	197
1.	Netwerkeffecten	198
2.	Overstapkosten.....	199
3.	Toetredingsdrempels.....	202
C.	Meerzijdige platforms.....	204

III.	Kartelovereenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen: uitwisselen van informatie via sociale media	206
IV.	Misbruik van economische machtspositie en sociale media.	208
§ 1.	Afbakening van de relevante markt.	208
A.	Aanpak	208
B.	Relevante markt aan de gebruikerskant	210
C.	Relevante markt aan de adverteerderskant.	213
D.	Geografische markt voor de gebruikers- en adverteerderskant	216
§ 2.	Heeft Facebook een economische machtspositie in een potentiële markt voor online sociale netwerken?	216
§ 3.	Misbruik.	220
A.	Koppelverkoop en bundeling	220
B.	Beperkingen op de overdraagbaarheid van gebruikersgegevens	221
C.	Weigering om concurrenten toegang te geven tot gebruikersgegevens.	224
V.	Fusietoezicht en sociale media	227
§ 1.	Geschiktheid omzetrempels voor bepaling EU-dimensie van concentraties	227
§ 2.	Dataconcentratie.	228
§ 3.	Privacy als mededingingsrechtelijk belang	230
VI.	Besluit.	232

Hoofdstuk VIII.

Bewijs en sociale media in burgerlijke geschillen

	Kurt WILLEMS en Pieter Jan VALGAEREN	235
I.	Meest voorkomende gevallen van sociale media in de rechtbank: inleiding	236
II.	Typologie van bewijsvoering via sociale media.	240
§ 1.	Aard van de aangewende sociale media	240
§ 2.	Aard van het gepresenteerde bewijsmateriaal	240
§ 3.	Aard van wat bewezen wordt	241
§ 4.	Aard van het rechtsdomein en het daaraan gekoppelde bewijsrecht.	242
§ 5.	Functie van sociale media in rechtsgeschillen.	243
§ 6.	Wat betreft de aard van de procesverhoudingen.	244
III.	Knelpunten bij bewijsvoering via sociale media	244
§ 1.	Knelpunten eigen aan bewijsvoering via geschrift	244
A.	Handtekening	245
B.	Begin van bewijs door geschrift	247

1.	Kan aan sociale media gerelateerd bewijs een geschrift zijn?	248
2.	Uitgaan van de persoon tegen wie het bewijs wordt aangewend	253
3.	Aannemelijk maken van het te bewijzen feit of de te bewijzen rechtshandeling	254
§ 2.	Knelpunten eigen aan karakteristieke sociale media	255
A.	Statische bewijsvoering via fotokopieën – het ontbreken van context	255
B.	Vergankelijkheid van informatie	256
C.	Bewijs van verzending en ontvangst	257
D.	Vaststelling van identiteit afzender en ontvanger	258
E.	Betrouwbaarheid van bewijsmateriaal	260
F.	Toegang tot het bewijsmateriaal	260
G.	Rechtmatige toegang tot bewijsmateriaal	262
1.	Rechtmatige toegang	262
2.	Het lot van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal ...	265

Hoofdstuk IX.

Statusupdate: Belgische opsporing – 😞 voelt zich #verward bij het speuren in sociale media

	Charlotte CONINGS	267
I.	Inleiding	267
II.	Private socialemediaomgevingen en hun beschermenswaardig karakter	268
III.	Open en heimelijk speuren in private onlineplaatsen	273
§ 1.	Het recht op privacy en de wijze van toegang	273
§ 2.	Het huidige juridische kader	276
A.	Openlijk speuren	276
B.	Heimelijk speuren	280
1.	De netwerkzoeking	280
2.	De offline en online inblikoperatie	282
3.	Hacken in het kader van BOM	287
IV.	De ontsleutelplicht en het <i>nemo tenetur</i> -beginsel	288
§ 1.	De Belgische plicht tot ontsleuteling	288
§ 2.	Het <i>nemo tenetur</i> -beginsel en het zwijgrecht	290
A.	Stap 1 in de beoordeling van het EHRM: komt <i>nemo tenetur</i> in het gedrang?	291
B.	Stap 2 in de beoordeling van het EHRM: ‘fatale’ inmenging?	294
C.	Stap 3 in de beoordeling van het EHRM: rechtvaardiging. ...	297

§ 3. Het EHRM over de Belgische ontsleutelplicht: een poging tot voorspelling	299
V. Conclusie	304

Hoofdstuk X.

Sociale media en internationaal privaatrecht

Cedric VANLEENHOVE	305
I. Inleiding	305
II. De fictieve casus	306
III. Internationale bevoegdheid	307
§ 1. Het juridische kader	307
§ 2. Het arrest <i>Bier</i> : een ontdubbeld forum	308
§ 3. De <i>Shevill</i> -zaak: beperking <i>locus damni</i>	309
§ 4. <i>eDate</i> en <i>Martinez</i> : <i>quid</i> met internetpublicaties?	310
A. Feiten	311
B. Toegankelijkheid website volstaat voor <i>locus damni</i>	312
C. Creatie <i>forum actoris</i>	313
IV. Toepasselijk recht	314
V. Besluit: oplossing casus	318

Hoofdstuk XI.

De erfrechtelijke nalatenschap 2.0: digitaal en sociaal

Elisabeth ADRIAENS	321
I. Inleiding	321
II. De erfrechtelijke nalatenschap 2.0: digitaal	323
§ 1. Patrimoniale rechten en schuldvorderingen	324
§ 2. Auteursrechten	325
§ 3. Extrapatrimoniale rechten	326
§ 4. Persoonlijkheidsrechten	326
III. De digitale nalatenschap: complex	327
IV. De digitale nalatenschap: sociaal, ook na overlijden	331
§ 1. Individuele dienstverleners	331
A. Facebook	331
B. Google	333
C. Twitter	333
D. Yahoo	333
§ 2. Commerciële initiatieven	334
§ 3. Digitale testamentuitvoerder	334
V. Conclusie	336