

Wetenschappelijk artikel

E-mail na de dood: juridische bescherming van privacybelangen

182

Trefwoorden:

e-mail; overlijden; post mortem privacy

Aanbieders van online e-maildiensten zoals Gmail, Hot-mail en Yahoo!, bieden een steeds grotere opslagcapaciteit aan hun abonnees, hetgeen de feitelijke beschikkingsmacht van deze aanbieders over de bij hun opgeslagen communicatie vergroot. De honger naar informatie van de aanbieders van dergelijke online communicatiediensten die vaak afhankelijk zijn van advertentie-inkomsten, wordt ruimschoots gevoed door de consument die gretig gebruik maakt van de veelal gratis aangeboden en haast ongelimiteerde opslagcapaciteit die hen in staat stelt om al hun communicatie vanaf iedere gewenste plek te raadplegen. Nu de generatie abonnees die via e-mail communiceert langzamerhand ouder begint te worden, rijst de vraag wat er zal gebeuren met de e-mailcommunicatie die staat opgeslagen bij de aanbieder na overlijden van de abonnee. De centrale vraag van dit artikel luidt dan ook: in hoeverre wordt het privacybelang van de abonnee van een online e-maildienst en diens communicatiepartners beschermd en kunnen zij dit belang beschermen als de abonnee komt te overlijden? Uit onze inventarisatie van de relevante wetgeving, jurisprudentie en literatuur blijkt dat de bescherming van de privacybelangen van de overleden abonnee en zijn communicatiepartners onduidelijk en zelfs gebrekkig is.

1 Inleiding

De abonnee en zijn communicatiepartners kunnen er belang bij hebben dat over hun intieme leven niet meer bekend wordt dan wat zij zelf aan derden willen prijsgeven. Dit belang valt duidelijk binnen de reikwijdte van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM) bewust en expliciet zeer ruim op.² Het omvat mede het recht op identiteit, persoonlijke ontwikkeling en het recht om relaties aan te gaan en te onderhouden. Het moge duidelijk zijn dat vele vormen van communicatie en in het bijzonder besloten communicatie, waaronder e-mailcommunicatie, een belang-

rijke rol spelen bij de realisering van deze rechten die voortvloeien uit art. 8 EVRM.

Het geschetste probleem blijft niet beperkt tot online e-maildiensten. Het antwoord op de centrale vraag zal dan ook van belang kunnen zijn voor vele andere situaties waarin informatie van persoonlijke aard staat opgeslagen bij de aanbieders van online (communicatie)diensten, zoals Facebook of Google Docs. Sinds kort worden er dan ook diensten aangeboden om te bepalen wat er dient te gebeuren met iemands online accounts en de daarin opgeslagen persoonlijke informatie indien men overlijdt.³

Wij richten ons in dit artikel echter volledig op de geschetste situatie van de overleden abonnee en zijn communicatiepartners die hebben gecommuniceerd via e-mail en waarvan de e-mailcommunicatie staat opgeslagen bij de aanbieder van de online e-maildienst (aanbieder). In tegenstelling tot de situatie waarin men via een e-mailcliënt zoals Outlook of Thunderbird de e-mailcommunicatie van de mailserver naar de eigen computer downloadt en van de server verwijdt, blijft bij gebruikmaking van een online e-maildienst de e-mailcommunicatie in beginsel op de server van de aanbieder staan. Omdat in deze laatste situatie de feitelijke beschikkingsmacht over de e-mailcommunicatie niet alleen bij de abonnee ligt, maar tevens bij de aanbieder, staat de online e-maildienst waarbij de abonnee vrijwel altijd via een website zijn e-mailcommunicatie raadpleegt centraal in dit artikel. Als abonnee wordt beschouwd de gebruiker die een contractuele relatie heeft met de aanbieder van een online e-maildienst om deze dienst van de aanbieder af te nemen. Andere gebruikers die van deze dienst gebruik maken laten wij verder buiten beschouwing.

Allereerst zal een overzicht worden gegeven van de praktijksituatie van een aantal aanbieders aan de hand van de algemene voorwaarden die zij hanteren en de rol die het erfrecht hierbij speelt. Vervolgens komt de vraag aan bod of het recht op privacy als onderdeel van een algemeen persoonlijkheidsrecht doorwerkt of zou kunnen doorwerken na de dood. In paragraaf 5 wordt aandacht geschonken aan de rol van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) na het overlijden van de abonnee. In dat kader komt ook de zorgvuldigheidsnorm jegens de gegevens van overledenen aan bod. Vervolgens wordt de implementatiewetgeving van de Privacyrichtlijn in enkele andere lidstaten besproken, die ervoor hebben gekozen hun wetgeving van toepassing te

1 Frederik Zuiderveen Borgesius en David Korteweg zijn studenten Onderzoeksmaster Informatierecht, Universiteit van Amsterdam. Wij zijn veel dank verschuldigd aan prof. dr. N.A.N.M. van Eijk en mr. M.M.M. van Eechoud voor hun begeleiding en hulp bij het schrijven van dit artikel.

2 EHRM 17 juli 2003, nr. 63737/00, NJ 2006, 40 (Perry/VK; m.nt. E.J. Dommering).

3 Zie o.a. de dienst 'Legacy Locker' te vinden op <www.legacy-locker.com> en verder: <www.cnn.com/2009/TECH/05/18/death.online/index.html>. Alle in de voetnoten aangehaalde websites zijn voor het laatst bezocht op 12 juli 2009.

verklaren op overledenen. In paragraaf 7 zal aan de hand van een vergelijking van het communicatiegeheim met het beroepsgeheim bekeken worden of het communicatiegeheim van toepassing is als de abonnee komt te overlijden. Tot slot zal worden stilgestaan bij de mogelijkheden van de abonnee om zijn privacybelang juridisch te beschermen na zijn dood. Het zal blijken dat het privacybelang van de overleden abonnee en diens communicatiepartners naar huidig recht niet of nauwelijks wordt beschermd en dat de juridische mogelijkheden om de belangen van de abonnee en zijn communicatiepartners te beschermen beperkt zijn.

2 De situatie in de praktijk

In de praktijk hangt het lot van een e-mailaccount na overlijden van de abonnee voor een groot deel af van de algemene voorwaarden waar de abonnee mee akkoord is gegaan. In grote lijnen kan het beleid van de aanbieders in drie groepen worden onderverdeeld: de eerste groep aanbieders verstrekt na enkele formaliteiten de inhoud van de e-mailaccount van de overleden abonnee aan derden (Hotmail en Gmail) en de tweede groep geeft derden in beginsel geen inzage in de opgeslagen informatie (Yahoo!). De derde groep kenmerkt zich door een gebrek aan informatie over het beleid aangaande de account na het overlijden van de abonnee (diverse Nederlandse aanbieders). Zo lang een abonnee zijn account blijft gebruiken, wordt de opgeslagen e-mailcommunicatie bewaard. Na een bepaalde periode van inactiviteit wordt de account beëindigd.⁴ Dit zal gepaard gaan met de verwijdering van de in de account opgeslagen e-mailcommunicatie.

2.1 Aanbieders die informatie verschaffen aan derden

Google en Microsoft (respectievelijk Gmail en Hotmail) voeren grotendeels hetzelfde beleid ten aanzien van de verstrekking van e-mailcommunicatie van een overleden abonnee aan derden. Het beleid van Google komt erop neer dat degene die een verzoek doet tot inzage in de account de volgende informatie dient te verschaffen: naam- en adresgegevens, het e-mailadres van de abonnee, een kopie van een e-mailbericht dat verstuurd is vanuit de account van de abonnee, en het bewijs dat de abonnee overleden is.⁵ Google vraagt verder een bewijs van volmacht waaruit blijkt dat de

aanvrager de wettige vertegenwoordiger is van de overleden abonnee of van zijn of haar nalatenschap.⁶ Dit beleid is overigens op 12 mei 2009 veranderd. Vóór 12 mei 2009 eiste Google nog dat een 'United States court order authorising access to the specific email account' overgelegd werd. Misschien dat onder het regime van het oude beleid van Google een Amerikaanse rechter nog een belangenafweging zou maken. Tegenwoordig gelden alleen nog enkele formele vereisten. Het beleid van Microsoft komt hiermee in grote lijnen overeen, doch Microsoft vereist een kopie van de overlijdensakte.⁷ Ook dient de verzoeker een document op te sturen waarin verklaard wordt dat hij de begunstigde, de 'executor' van de nalatenschap of een naast familielid is van de overleden abonnee.⁸

De kring van personen die inzage kunnen krijgen in de e-mailcommunicatie van een overleden abonnee van Google of Microsoft is dus groter dan alleen de erfgenamen. Bedacht dient te worden dat in landen met een Angelsaksisch rechtstelsel het beheer over de nalatenschap altijd eerst overgaat op een executor of een administrator.⁹ Opmerkelijk is dat een medewerker van Microsoft op het helpforum van Hotmail aangeeft dat Microsoft niet ingaat op verzoeken van communicatiepartners om hun e-mailcommunicatie met de overleden abonnee te verwijderen, voordat de e-mailcommunicatie wordt overhandigd aan derden die hierom hebben verzocht.¹⁰ Communicatiepartners die met een Hotmail-abonnee hebben gecommuniceerd kunnen dus niet voorkomen dat de erfgenamen van de overleden abonnee beschikking krijgen over privacygevoelige informatie over de communicatiepartners die staat opgeslagen in de inbox van de overleden abonnee.

2.2 Aanbieders die in beginsel geen inzage verschaffen in de e-mailcommunicatie

Yahoo! vermeldt in de Amerikaanse algemene voorwaarden expliciet dat alle rechten op de account en de daarin opgeslagen informatie (e-mailcommunicatie) eindigen bij overlijden van de abonnee. Daarnaast geeft Yahoo! aan dat zij na ontvangst van een overlijdensakte de account kunnen beëindigen en de daarin opgeslagen informatie permanent kunnen verwijderen.¹¹ De bewoording van deze bepaling sluit echter niet uit dat Yahoo! de e-mailcommunicatie niet ver-

4 Google beëindigt de Gmail-account als iemand negen maanden niet inlogt: <mail.google.com/mail/help/program_policies.html>; Microsoft, de aanbieder van Hotmail, verwijderd de inhoud van de Hotmail-account indien men 270 dagen niet inlogt. Na 360 dagen wordt de account permanent beëindigd: <windowslivehelp.com/solutions/settings/archive/2009/03/13/how-to-close-your-hot-mail-account.aspx>; Yahoo! geeft in haar Amerikaanse algemene voorwaarden aan dat zij de e-mailaccount kan opheffen als er vier maanden geen gebruik van wordt gemaakt: Art. 13 van de Yahoo! Terms of service, versie 24 November 2008 <www.yahoo.com>.

5 <mail.google.com/support/bin/answer.py?hl=en&answer=14300>. Sinds 12 mei 2009 wordt er gevraagd om 'proof of death'. Tot 12 mei 2009 werd 'a copy of the death certificate of the deceased' vereist. Het lijkt er dus op dat de bewijslast voor de erfgenamen lichter is geworden.

6 Indien de overledene onder de 18 was en de aanvrager de ouder is van de overledene, volstaat het overleggen van een kopie van de geboortakte van de overledene.

7 <windowslivehelp.com/community/p/33274/135194.aspx135194>.

8 <windowslivehelp.com/community/p/33274/135194.aspx#135194>.

9 M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 453.

10 De medewerker antwoordt op een dergelijk verzoek simpelweg met: 'I am sorry but that wont be possible'. <windowslivehelp.com/community/p/38306/156977.aspx156977>.

11 'You agree that your Yahoo! account is non-transferable and any rights to your Yahoo! ID or contents within your account terminate upon your death. Upon receipt of a copy of a death certificate, your account may be terminated and all contents therein permanently deleted.' Art. 27 van de Yahoo! Terms of service, versie 24 November 2008.

wijdt. Ervan uitgaande dat deze bepaling rechtsgeldig is komt het erop neer dat Yahoo! dus volledig vrij kan beschikken over de e-mailcommunicatie. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de Nederlandse algemene voorwaarden van Yahoo!.¹² Het is onduidelijk of dit verschil tussen de Amerikaanse en Nederlandse algemene voorwaarden een bewuste keuze is. Toch lijkt Yahoo! het beleid te voeren dat zij in beginsel de e-mailcommunicatie niet aan derden, zoals de nabestaanden of erfgenamen, verstrekken.

In 2005 kwam het namelijk tot een rechtszaak, omdat Yahoo! aanvankelijk weigerde om aan de ouders van een overleden abonnee – de in Irak gesneuvelde Amerikaanse soldaat Justin Ellsworth – het wachtwoord tot zijn e-mailaccount te verschaffen.¹³ De ouders, die blijkbaar zelf de e-mails van hun zoon niet hadden bewaard, wilden toegang tot zijn account omdat zij een plakboek wilden maken over hun zoon en zij de e-mails die de zoon aan de ouders had gestuurd hierin wilden verwerken. Yahoo! beriep zich op haar algemene voorwaarden en op de privacy van de overledene en weigerde de ouders het wachtwoord te verstrekken.¹⁴ De ouders hebben Yahoo! gedagvaard, maar tot een inhoudelijke behandeling van de zaak is het niet gekomen. De rechter gaf een bevel aan Yahoo! om de inhoud van de e-mailaccount aan de ouders te verschaffen en Yahoo heeft deze beslissing niet aangevochten.¹⁵ Uiteindelijk heeft het bedrijf een cd aan de ouders verschaft met daarop de door Ellsworth ontvangen e-mailcommunicatie. Het betrof voornamelijk spam. Niet duidelijk is waarom de door Ellsworth verzonden e-mails niet aan de ouders zijn gegeven. Voorstelbaar is dat Ellsworth zijn account zo had ingericht dat verstuurd berichten niet werden opgeslagen. Naar aanleiding van deze zaak – die veel publiciteit genereerde – werd in de Verenigde Staten geopperd om dit soort situaties te voorkomen door de accountgegevens en de opdracht wat er na overlijden met de e-mailaccount moet gebeuren schriftelijk vast te leggen en dit aan een persoon die men kan vertrouwen te overhandigen.¹⁶ Voor een abonnee die niet wil dat zijn erfgenamen inzage krijgen in zijn opgeslagen e-mail, is het naar Nederlands recht echter twijfelachtig of deze oplossing het gewenste effect zou hebben. Zie hierover meer in paragraaf 8.

2.3 Aanbieders zonder kenbaar beleid

Van de Nederlandse aanbieders hebben wij de algemene voorwaarden van XS4All, Ziggo, UPC en KPN onderzocht. In tegenstelling tot de hierboven besproken aanbieders biedt geen van deze bedrijven een gratis online e-maildienst aan. Vaak wordt een dergelijke dienst in combinatie met een internetabonnement aangeboden en zal de online e-maildienst ophouden bij het stopzetten van het abonnement. Aannemelijk is dat de opgeslagen informatie dan verwijderd wordt.

Deze Nederlandse aanbieders hebben allen een clausule in de algemene voorwaarden waarin het de abonnee – kort gezegd – wordt verboden de overeenkomst aan een derde over te dragen.¹⁷ Een dergelijke clausule heeft echter geen invloed op het vererven van een overeenkomst.¹⁸ Voorts vermelden een aantal aanbieders dat het abonnement per direct kan worden opgezegd door de erfgenamen na het overlijden van de abonnee.¹⁹ Het lot van de overeenkomst tussen de abonnee en de aanbieder wordt kortom volledig bepaald door het erfrecht.

3 De rol van het erfrecht bij versterf

Nu niet alle aanbieders specifieke bepalingen in hun algemene voorwaarden hebben opgenomen, is een relevante vraag wat het erfrecht voorschrijft in de situatie dat de abonnee komt te overlijden en hij niets heeft geregeld. Het gaat daarbij om het erfrecht bij versterf (intestaat erfrecht); het recht dat geldt als er geen testament is. Met het overlijden van de erflater volgen zijn erfgenamen van rechtswege op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap.²⁰ De erfgenamen verkrijgen alle goederen van de overledene onder algemene titel.²¹ Informatie zelf valt niet onder het goederenrechtelijke begrip 'zaak'. De informatie en de drager die deze informatie bevat dienen dus goed van

12 In de Nederlandse Servicevoorwaarden van Yahoo! staat niet vermeld dat bij tegenstrijdige bepalingen de Engelstalige algemene voorwaarden prevaleren. Ook staat niet vermeld wanneer de Nederlandse algemene voorwaarden voor het laatst zijn veranderd. De vermelding 'copyright Yahoo 2005', is wellicht een indicatie dat dit voor het laatst in 2005 is gebeurd. 'UK Limited ('Yahoo!') is partij bij de overeenkomst, en Nederlands recht wordt in art. 24 van toepassing verklaard. Te vinden op <www.yahoo.nl>. De Britse Yahoo! Terms of Service bevatten daarentegen weer wel de 'No Right of Survivorship'-clausule.

13 State of Michigan in the sixth Circuit Court for the county of Oakland, Family Division, in the matter of the estate of Justin M. Ellsworth, File number 2005 296, 651 DE.

14 '[T]he commitment we've made to every person who signs up for a Yahoo Mail account is to treat their e-mail as a private communication and to treat the content of their messages as confidential', aldus Mary Osako van Yahoo!. <www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html>.

15 State of Michigan in the sixth Circuit Court for the county of Oakland, Family Division, in the matter of the estate of Justin M. Ellsworth, File number 2005 296, 651 DE.

16 <w2.eff.org/Privacy/Email_Internet_Web/memo_to_soldiers.php>.

17 Art. 17.1 van de Algemene van XS4All, versie 1 mei 2009, <www.xs4all.nl/overxs4all/voorwaarden>; Art. 20 sub 1 Algemene Basisvoorwaarden, versie 18 mei 2008 Ziggo, <www.ziggo.nl/alle-voorwaarden>; Art. 9.1 Algemene voorwaarden UPC, Versie 4 april 2008, <www.upc.nl/voorwaarden>; Art. 16.1 Algemene Voorwaarden Elektronische Communicatie Diensten KPN, versie augustus 2008, <www.kpn.com>.

18 Bij rechtsopvolging onder algemene titel – zoals bij vererven – is geen contractsoverneming of levering vereist (M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 454).

19 Art. 4 sub 7 Algemene Basisvoorwaarden Ziggo, versie van 18 mei 2008; Art. 4.9 Algemene voorwaarden UPC, versie 4 april 2008; Art. 4.2 Algemene Voorwaarden Elektronische Communicatie Diensten KPN, versie augustus 2008. Alleen bij XS4All ontbreekt een dergelijke clausule in haar algemene voorwaarden.

20 Art. 4:182 lid 1 BW.

21 Art. 3:80 lid 2 BW.

elkaar onderscheiden te worden.²² De wetgever heeft voorts expliciet aangegeven dat de subjectieve rechten op grond van het privacyrecht geen deel uitmaken van de nalatenschap en dus niet vererven.²³ De ratio hierachter moet worden gezocht in het persoonlijke karakter van deze rechten die voortvloeien uit een algemeen persoonlijkheidsrecht.²⁴

Hoewel de erfgenamen de zaken van de overledene verkrijgen onder algemene titel, betekent dit niet dat de erfgenamen alles mogen doen met de informatie die deze zaken kunnen bevatten. Als het bijvoorbeeld gaat om brieven of afgedrukte e-mails van derden aan de overledene waar auteursrecht op rust, dan dienen de erfgenamen dat auteursrecht te respecteren. Ook dienen de erfgenamen privacybelangen van derden die brieven of e-mails aan de overledene hebben gestuurd te respecteren. Beide scenario's – privacybelangen van derden en auteursrecht van derden – kunnen ertoe leiden dat de erfgenamen niet gerechtigd zijn de informatie openbaar te maken, te reproduceren of te verspreiden. Voor erfgenamen die zaken erven waarin beroepsgeheimen of bedrijfsgeheimen worden vermeld, geldt mutatis mutandis hetzelfde. Kortom, de informatie wordt niet vogelvrij omdat zij is opgeslagen in of op fysieke zaken die vererven. Dit alles neemt echter niet weg dat de erfgenamen kennis kunnen nemen van de informatie.

Ook vorderingsrechten uit een overeenkomst gaan over op de erfgenamen.²⁵ De hoofdregel is dat goederen en vermogensrechtelijke rechten ongewijzigd onder algemene titel krachtens erfrecht overgaan.²⁶ Erfgenamen volgen de overledene op als partij bij een overeenkomst, tenzij partijen zijn overeengekomen dat een overeenkomst niet vererft. Hieruit volgt dat de erfgenamen in beginsel het recht hebben om een e-mailaccount in te zien. Zij erven immers de vorderingen die voortvloeien uit de overeenkomst.²⁷ Zoals gezegd heffen veel aanbieders een e-mailaccount op na een bepaalde periode van inactiviteit. Volgens Visser zouden erfgenamen met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW kunnen proberen te voorkomen dat een aanbieder de account van een overledene opheft na een periode van inactiviteit.²⁸ Wat hier ook van zij, geconcludeerd kan worden dat het intestaat erfrecht de vertrouwelijkheid van de bij de aanbieder opgeslagen e-mailcommunicatie en dus het privacybelang van de abonnee en zijn communicatiepartners niet beschermt. Het erfrecht is nu

eenmaal niet ontwikkeld ter bescherming van privacybelangen van de overledene.²⁹

4 Post mortem privacybelang?

De vraag dringt zich op of de juridische bescherming van de persoonlijke levenssfeer zich uitstrekt tot na de dood. In een zaak uit 2007 lijkt de voorzieningenrechter deze vraag bevestigend te beantwoorden, door in een kort geding aangaande een verzoek op grond van de Wet openbaar van bestuur (WOB) eerst vast te stellen dat het begrip 'persoonlijke levenssfeer' in de WOB niet op dezelfde manier moet worden uitgelegd als in de Wbp en vervolgens te oordelen dat de persoonlijke levenssfeer van de overledene door middel van anonimisering voldoende werd gewaarborgd.³⁰ Voorts heeft de wetgever aangegeven dat de grondwettelijke bescherming van de fysieke integriteit (art. 11 Gw) in beginsel doorwerkt indien men komt te overlijden.³¹ Daar de wetgever de bescherming van de fysieke integriteit als een wezenlijk onderdeel ziet van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw), is verdedigbaar dat de bescherming van de immateriële integriteit die art. 10 Gw biedt eveneens na de dood doorwerkt.³²

Binnen de privaatrechtelijke sfeer wordt wel betoogd dat een overleden persoon geen drager meer kan zijn van rechten en plichten en zijn rechtsbevoegdheid dus tenietgaat door de dood.³³ Het subjectieve recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer lijkt dan ook op te houden bij overlijden van het rechtssubject, in dit geval de abonnee. Hoewel de erfgenamen de overleden persoon in bepaalde rechten en plichten kunnen opvolgen, bleek hierboven al dat persoonlijke rechten, zoals het recht op privacy, buiten de vererfbare boedel vallen.

Op vele specifieke gebieden van het recht zijn er echter wel regels vastgelegd die respect voor (de wensen van) overledenen voorschrijven.³⁴ De Baets betoogt dan ook dat doden posthume waardigheid bezitten omdat het voormalige rechtssubjecten zijn.³⁵ Dit brengt volgens De Baets morele en juridische verplichtingen jegens de doden met zich mee ten aanzien van privacygerelateerde aspecten. Zo kent Nederland een Wet op de lijkbezorging die voorschrijft dat een begravenis of crematie zo veel mogelijk overeenkomstig de wens van de overledene dient te gebeuren.³⁶ De Wet op de

22 Anders: P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk*, Deventer: Kluwer 2004, p. 189. Zie voor meer discussie over de goederenrechtelijke status en eigendomsverkrijging van digitale informatie: E.N.M. Visser, 'Who owns your bits when you die?', *Computerrecht* 2007, 113, p. 195-198.

23 *Kamerstukken II* 1998/99, 25 892, nr. 6, p. 27-28.

24 Zie ook par. 4, *Kamerstukken II* 1998/99, 25 892, nr. 6, p. 10-11.

25 Art. 6:249 BW. Vorderingsrechten uit een overeenkomst gaan niet over op de erfgenamen indien uit de aard van de overeenkomst iets anders voortvloeit. Bij een overeenkomst die zich naar haar aard verzet tegen overgang moet men denken aan bijvoorbeeld een arbeidsrelatie.

26 M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytink, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 454.

27 Art. 6:249 BW.

28 E.N.M. Visser, 'Who owns your bits when you die?', *Computerrecht* 2007, 113, p. 195-198.

29 S. Rombach, 'Prae- en postpersoonlijkheidsrechten en -plichten', *WPNR* 1963, p. 297-331, p. 299.

30 Rb. Dordrecht 4 december 2007, *TvG* 2008-2, p. 135-140.

31 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 463, nr. 2, p. 5-6.

32 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 463, nr. 2, p. 7.

33 J. De Boer, *Mr. C Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006.

34 Zie voor een goed overzicht: P. Blok, 'Is er privé-leven na de dood?', *NJB* 2003, 6, p. 273-278.

35 A. de Baets, 'Postume privacy en reputatie', in H. Renders en G. Voerman (red.), *Privé in de politieke biografie*, Amsterdam: Boom 2007, p. 121.

36 Art. 18 lid 1 Wet op de lijkbezorging.

orgaandonatie legt vast dat het verwijderen van organen bij een stoffelijk overschot alleen mag gebeuren als de persoon bij leven hier toestemming voor heeft gegeven.³⁷ De Embryowet geeft de mogelijkheid voor voortplanting na overlijden van de vader, indien hij uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven voor het gebruik van zijn geslachtscellen na overlijden.³⁸ Hoewel de bovenstaande voorbeelden voornamelijk zien op de fysieke integriteit van de overledene zijn er ook voorbeelden te vinden met betrekking tot de immateriële integriteit van de overledene. Zo kunnen de door het auteursrecht erkende morele rechten van een maker van een werk na overlijden van de maker worden uitgeoefend, indien de maker van een werk daar iemand voor aanwijst.³⁹ Voor in opdracht gemaakte portretten geldt dat de toestemming van de geportretteerde is vereist alvorens een portret openbaar gemaakt mag worden. De eerste tien jaar na overlijden van de geportretteerde dient toestemming van de nabestaanden verkregen te worden.⁴⁰ Het beeld is duidelijk: binnen het Nederlandse recht bestaan er diverse regels die rechten van persoonlijke aard na overlijden beschermen.

In dit verband is de Duitse doctrine aangaande het algemeen persoonlijkheidsrecht relevant.⁴¹ In de Duitse grondwet van 1949 wordt de bescherming van de persoonlijke ontplooiing beschermd in art. 2 I, en de bescherming van de menselijke waardigheid in art. 1 I. In 1954 baseerde de Duitse rechter op deze twee artikelen een Allgemeines Persönlichkeitsrecht; het algemeen persoonlijkheidsrecht.⁴² Sinds dit arrest heeft het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland gefungeerd als een soort moederbeginsel waar rechtsbescherming op gebaseerd kon worden in gevallen waarin geen gecodificeerd grondrecht voor handen was.⁴³ Zo construeerde het Bundesverfassungsgericht in 1983 op grond van het algemeen persoonlijkheidsrecht een recht op informatiele zelfbeschikking.⁴⁴ Aan deze uitspraak ligt de redenering ten grondslag dat verwerking van persoonsgegevens onder andere aan banden gelegd dient te worden om een *chilling effect* op de persoonlijke autonomie en uitingsvrijheid te voorkomen.⁴⁵ Een soortgelijke redenering ziet men ook terugkomen bij het communicatie- en beroepsgeheim,

waarover later meer. Daarnaast heeft het Bundesverfassungsgericht in de *Mephisto*-zaak geoordeeld dat de aan het algemeen persoonlijkheidsrecht ten grondslag liggende menselijke waardigheid niet ophoudt na de dood.⁴⁶ Een beroep op het algemeen persoonlijkheidsrecht werd dan ook dertig jaar na overlijden nog toegelaten.⁴⁷

Gerbrandy betoogde in de jaren zeventig van de vorige eeuw reeds dat het een gemis was dat in Nederland het algemeen persoonlijkheidsrecht niet erkend werd.⁴⁸ Hij noemt het tegengaan van het publiceren van persoonlijke brieven als voorbeeld van een situatie waarin een beroep op het algemeen persoonlijkheidsrecht nuttig zou kunnen zijn. In 1994 introduceerde de Hoge Raad in Nederland 'het aan grondrechten als het recht op respect voor het privéleven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht'.⁴⁹ In deze uitspraak baseerde de Hoge Raad het recht om te weten van welke ouders men afstamt op het algemeen persoonlijkheidsrecht. Ook in Nederland kan het algemeen persoonlijkheidsrecht dus nuttig zijn als in een specifiek geval een gecodificeerd grondrecht om rechtsbescherming op te baseren ontbreekt ter bescherming van belangen van persoonlijke aard. Sindsdien is het algemeen persoonlijkheidsrecht vaker teruggekomen in de Nederlandse jurisprudentie en literatuur.⁵⁰ Indien een rechter zich ooit geconfronteerd ziet met een zaak over een e-mailaccount van een overleden abonnee, dan heeft hij dus een instrument in handen om de privacy van de abonnee te beschermen. Het is bijvoorbeeld voorstelbaar dat de zonen Endstra zich in de zaak over de ongeautoriseerde uitgave van de 'achterbankgesprekken' van hun vader hadden kunnen beroepen op het algemeen persoonlijkheidsrecht van hun vader in plaats van op het auteursrecht.⁵¹ Dan had de procedure kunnen gaan over waar het in feite in de kern om ging: post mortem bescherming van privacybelangen versus de vrijheid van meningsuiting.

Het EHRM weigert tot nu toe te accepteren dat het recht op privacy (art. 8 EVRM) van overledenen zelf geschonden kan worden.⁵² Het EHRM kent wel een groot gewicht toe aan

37 Art. 9 Wet op de orgaandonatie.

38 Art. 7 Embryowet.

39 Art. 25 Auteurswet.

40 Art. 20 Auteurswet. Zie voor het begrip 'nabestaanden' art. 25a Auteurswet.

41 De wetgever erkent het Duitse recht zelfs als inspiratiebron op dit gebied: *Kamerstukken II* 1998/99, 25 892, nr. 6, p. 10-11.

42 BGH 25 mei 1954, BGHZ 13, 334 e.v. (*Leserbrief*).

43 R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Utrecht: Universiteit van Utrecht: 2001, p. 18-20.

44 BVerfGE 15 december 1983, NJW 1984, p. 419 (*Volkszählung*).

45 'Iedereen die er niet zeker van kan zijn dat gegevens over maatschappelijk afwijkend gedrag voor langere tijd worden geregistreerd en kunnen worden gebruikt op een wijze waarvan hij niets weet, zal proberen om dat gedrag niet te vertonen.' Nederlandse vertaling: E.J. Dommering e.a., *Informatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinkel 2000, p. 403.

46 BVerfGE 30, 173, 24 februari 1971, GRUR 1971, 461 (*Mephisto*).

47 BGH 8 juni 1989, BGHZ 107, 384, GRUR 1995, p. 668 (*Emil Nolde*; m.nt. H. Schack). Zie ook M. Senftleben, 'Commercieel portret-

recht in Duitsland', in: D.J.G. Visser (red.), *30 jaar Commercieel portretrecht*, Amstelveen: deLex 2009 (concept), p. 136.

48 S. Gerbrandy, 'De persoon en het recht', J.A. Ankum, G.C.J.J. van den Bergh & H.C.F. Schoordijk (red.), *Plus est en vous. Opstellen over recht en cultuur* (Pitlo-bundel), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1970, p. 209-232.

49 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, r.o. 3.2 (*Valkenhorst*).

50 HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (*Van Gasteren*). Zie verder: A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 178-179; R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Utrecht: Universiteit van Utrecht 2001.

51 HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 (*Endstra*; m.nt. E.J. Dommering).

52 EHRM, beslissing 15 mei 2006, nr. 1338/03, RvdW 2006, 837 (*KFM/Denemarken*); EHRM 13 juli 2006, appl.nr. 58757/00 (*Jaggi/Zwitserland*).

het belang van rouwende nabestaanden die dan ook een beroep kunnen doen op art. 8 EVRM wegens schending van hun nagedachtenis van een overleden familielid.⁵³ In de zaak *Jäggi/Zwitserland* wijzen twee rechters in een *dissenting opinion* op het feit dat de beslissing van het EHRM om overledenen geen bescherming op grond van art. 8 EVRM toe te kennen, tot gevolg heeft dat een overledene die geen nabestaanden heeft de bescherming van art. 8 EVRM wordt onthouden.⁵⁴ Het privacybelang van de overledene kan immers enkel indirect onder omstandigheden beschermd worden doordat de nabestaanden zelf een beroep doen op art. 8 EVRM.

Uit het bovenstaande komt duidelijk naar voren dat het huidige Nederlandse recht in bepaalde gevallen reeds bescherming biedt aan belangen van persoonlijke aard na het overlijden van de betrokkene. Al deze belangen vallen binnen het domein van het algemeen persoonlijkheidsrecht. Als coherentie een van de uitgangspunten van het recht is, dan pleit het bovenvermelde voor ten minste eenzelfde bescherming voor de privacybelangen van de overleden persoon als die wordt geboden aan andere persoonlijkheidsrechten.

5 Wbp en de maatschappelijke zorgvuldigheid

Aangezien er bij e-mailcommunicatie per definitie meer partijen zijn betrokken, zal de e-mailcommunicatie die staat opgeslagen bij de aanbieder vrijwel altijd uit een bundel van persoonsgegevens in de zin van de Wbp bestaan. De vraag is dan ook welke rol de Wbp nog speelt indien de abonnee komt te overlijden. De wetgever acht de Wbp echter niet van toepassing op overleden personen, omdat de gegevens van overleden personen niet onder de definitie van persoonsgegevens in de zin van art. 1 sub a Wbp vallen.⁵⁵ Voor deze overweging verwijst de wetgever naar de nadere memorie van antwoord van de voorganger van de Wbp, de Wet persoonsregistraties.⁵⁶ Het is opmerkelijk dat de wetgever destijds de vraag of overledenen aanspraak kunnen maken op de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer ontweek door te stellen dat dit 'geen onderwerp van de voorgestelde regeling' vormt.⁵⁷ Hij heeft dus geen uitsluitsel willen geven op de vraag of de bescherming van de persoonlijke levenssfeer door kan gaan na de dood. Het bovenstaande betekent echter niet dat de e-mailcommunicatie van de overleden abonnee daarom vogelvrij is.

5.1 Overleden abonnee – maatschappelijke zorgvuldigheid

Er kan sprake zijn van een onrechtmatige daad jegens de nabestaanden als er maatschappelijk onzorgvuldig wordt

omgegaan met de gegevens van de overleden persoon.⁵⁸ In antwoord op een Kamervraag of de voorafgaande toestemming van nabestaanden al dan niet vereist is indien men gegevens van overleden personen wil openbaar maken (op het internet), heeft de Minister van Justitie aangegeven dat deze toestemming vereist kan zijn indien dit 'voortvloeit' uit de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁵⁹ Wat de maatschappelijke zorgvuldigheid precies inhoudt zal voornamelijk afhangen van de context. Hierbij zal veelal een belangenafweging worden gemaakt tussen het belang bij openbaarmaking en het belang van de nabestaanden bij geheimhouding van deze gegevens.⁶⁰

Uit de hierboven besproken Kamervraag blijkt dat de Minister van Justitie van mening is dat de zorgvuldigheidsnorm ten aanzien van gegevens van overleden personen ziet op de belangen van de nabestaanden en dus niet op de belangen van de overleden persoon waarop de gegevens betrekking hebben.⁶¹ Dit lijkt echter niet in lijn te zijn met een rechterlijke uitspraak die door de minister zelf wordt aangehaald. In deze uitspraak inzake de publicatie van gegevens van overleden familieleden in het kader van een 'digitaal monument' overweegt de voorzieningenrechter ondermeer dat de publicatie van deze gegevens de eer en goede naam van de overleden familieleden niet aantast.⁶² Deze interpretatie wordt bevestigd door de overweging van de wetgever dat de verantwoordelijke in de zin van de Wbp de gegevens van overleden personen zelf zal verwijderen, omdat hij '(...) niet het risico wil lopen onzorgvuldig jegens (de nabestaanden van) de overledenen te handelen (...)'.⁶³ Zowel de wetgever als de voorzieningenrechter geven dus aan dat men onzorgvuldig kan handelen jegens de overleden persoon zelf. De handeling moet echter onrechtmatig jegens de nabestaanden zijn om een onrechtmatige daadsactie te kunnen initiëren, aldus de memorie van toelichting.⁶⁴ De redenering is wellicht gebaseerd op art. 6:106 lid 1 sub c BW, waarin – kort gezegd – wordt bepaald dat alleen het nadeel veroorzaakt door aantasting van de nagedachtenis van een overledene jegens een beperkte kring nabestaanden in aanmerking komt voor schadevergoeding. De vraag is hoe de rechter zal moeten omgaan met handelingen van de nabestaanden zelf die bijvoorbeeld de eer en goede naam van de overledene aantasten. De kritiek die in de *dissenting opinion* in de zaak *Jäggi/Zwitserland* werd geuit over de afhankelijkheid van het bestaan (en het gedrag) van nabestaanden voor privacybescherming van overledenen is dan ook terecht, nu de belangen van de overledene niet worden beschermd indien hij

53 EHRM, beslissing 15 mei 2006, nr. 1338/03, RvdW 2006, 837 (KFM/Denemarken); EHRM 13 juli 2006, appl.nr. 58757/00 (*Jäggi/Zwitserland*).

54 *Dissenting opinion* van rechter Hedigan en rechter Gyulumyan bij EHRM 13 juli 2006, appl.nr. 58757/00 (*Jäggi/Zwitserland*).

55 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 50 (MvT).

56 *Kamerstukken I* 1988/89, 19 095, nr. 36a, p. 6-7 (Nadere MvA).

57 *Kamerstukken I* 1988/89, 19 095, nr. 36a, p. 6-7 (Nadere MvA).

58 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 50 (MvT).

59 *Kamerstukken II* 2003/04, 1928, p. 4079 (Kamervragen (Albayrak) met antwoord).

60 Rb. (vzr.) Amsterdam 11 december 2003, IJN AN9893 (*Stichting Digitaal monument Joodse gemeenschap*).

61 *Kamerstukken II* 2003/04, 1928, p. 4080 (Kamervragen (Albayrak) met antwoord).

62 Rb. (vzr.) Amsterdam 11 december 2003, IJN AN9893, r.o. 7.4 (*Stichting Digitaal monument Joodse gemeenschap*).

63 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 50 (MvT).

64 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 50 (MvT).

geen nabestaanden heeft of indien zijn nabestaanden juist degenen zijn die in strijd met zijn belangen handelen.⁶⁵

Het is onduidelijk wat de praktische waarde is van deze scheiding van de handeling in een onzorgvuldigheidscomponent en een onrechtmatigheidscomponent. Het lijkt erop dat de wetgever het probleem van de handhaving van de zorgvuldigheidsnorm jegens de overledene snel heeft willen oplossen door deze norm te koppelen aan een onrechtmatige daadsactie door de nabestaanden. De erkenning dat men ten aanzien van de gegevens van overleden personen onzorgvuldig kan handelen jegens de overleden persoon zelf, is wel een signaal dat de zorgvuldigheidsnorm en de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht voor de verantwoordelijke niet zou moeten ophouden bij de dood van de betrokkene, ongeacht of er sprake is van een onrechtmatige handeling jegens de nabestaanden. Wellicht dat men in het kader van de principes die ten grondslag liggen aan de Wbp beter zou kunnen spreken van beginselen van behoorlijk gegevensbeheer, op grond waarvan de verantwoordelijke niet automatisch wordt ontslagen van zijn zorgvuldigheidsplicht ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens van betrokkenen die komen te overlijden.⁶⁶

5.2 Communicatiepartners

In lijn met een recent advies van de Artikel 29 Werkgroep (Werkgroep) wordt er in dit artikel van uitgegaan dat de aanbieder – en niet de abonnee – de verantwoordelijke in de zin van de Wbp is wat betreft de verstrekking van de e-mailcommunicatie aan derden.⁶⁷ De praktijk wijst uit dat de abonnee geen invloed kan uitoefenen op deze verstrekking. Nu de e-mailcommunicatie die staat opgeslagen bij de aanbieder van de overleden abonnee gegevens bevat die betrekking hebben op nog in leven zijnde identificeerbare personen – de communicatiepartners – is de Wbp op de verwerking van deze persoonsgegevens nog onverkort van toepassing.⁶⁸ De toepasselijkheid van de Wbp brengt met zich mee dat de verstrekking van de e-mailcommunicatie door de aanbieder aan de nabestaanden of erfgenamen slechts is toegestaan op grond van een van de grondslagen van art. 8 Wbp. Betoogd zou kunnen worden dat de grondslag voor verstrekking van deze persoonsgegevens aan de nabestaanden of erfgenamen, ligt in de wettelijke plicht van het erfrecht die voorschrijft dat de overeenkomst tussen de overleden

abonnee en de aanbieder overgaat onder algemene titel. Indien de verwerking niet op deze grondslag gebaseerd kan worden, zal de aanbieder veelal de toestemming moeten hebben van de betrokkene(n) c.q. de communicatiepartners om de e-mailcommunicatie te mogen verstrekken aan de nabestaanden of erfgenamen.

Hoewel dit voor de aanbieder een praktisch probleem kan zijn, is het te eenvoudig om aan te nemen dat als men communiceert via e-mail men impliciet toestemming geeft aan de aanbieder van de e-maildienst van de ontvangende partij om de persoonsgegevens te verstrekken aan de nabestaanden van de overleden abonnee. In het sociale verkeer mag het dan niet 'netjes' zijn om een ontvangen persoonlijke brief te tonen aan derden of een persoonlijke e-mail door te sturen aan derden, het wordt een ander verhaal als de tussenpersoon in het communicatieproces er een dergelijk beleid op nahoudt. De belangenafweging van art. 8 sub f Wbp zou misschien uitkomst kunnen bieden, doch de huidige praktijk wijst uit dat er niet bepaald sprake is van een belangenafweging. Zelfs al zou uit de belangenafweging naar voren komen dat de e-mailcommunicatie verstrekt mag worden aan derden, dan zou de aanbieder de betrokkenen c.q. communicatiepartners voorafgaand aan de verstrekking waarschijnlijk op de hoogte moeten stellen van deze verwerking van hun persoonsgegevens.⁶⁹ Ondanks het feit dat de Wbp niet van toepassing is op overleden personen, valt de e-mailcommunicatie na het overlijden van de abonnee in veel gevallen dus nog steeds binnen de reikwijdte van de Wbp. Het huidige beleid van veel aanbieders – verstrekking van de e-mailcommunicatie aan de nabestaanden of erfgenamen – is mogelijk in strijd met de Wbp en art. 8 EVRM.⁷⁰

6 Privacyrichtlijn

De Wbp is grotendeels een implementatie van de Privacyrichtlijn.⁷¹ Het is in dit kader dan ook interessant om te constateren dat de bewoording van art. 3 lid 1 in samenhang met art. 2 sub a Privacyrichtlijn geen duidelijk uitsluitel geeft of de Privacyrichtlijn van toepassing is op overleden personen.⁷² Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Privacyrichtlijn

65 *Dissenting opinion* van rechter Hedigan en rechter Gyulumyan bij EHRM 13 juli 2006, appl.nr. 58757/00 (*Jäggi/Zwitserland*).

66 De term 'beginselen van behoorlijk gegevensbeheer' is ontleend aan P. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

67 Artikel 29 Werkgroep, 12 juni 2009, *Opinion 5/2009 on online social networking*, WP 163, p. 5.

68 *Kamerstukken II* 2003/04, 1928, p. 4079 (Kamervragen (Albayrak) met antwoord). Zie ook: *Kamerstukken I* 1988/89, 19 095, nr. 36a, p. 2 (Nadere MvA).

69 Art. 33 Wbp schrijft een notificatieplicht voor. Zie ook Casus UWV, Berichten van het College Bescherming persoonsgegevens, Katern *P&I* 2003, nr. 5. Hoewel een notificatieplicht jegens de betrokkenen zoals vereist bij aftapbevelen (art. 126bb Sv) wellicht te ver zou gaan, kan men zich afvragen of de mogelijkheid om over deze specifieke verwerking te klagen bij de rechter niet wezenlijk

wordt verhinderd als de betrokkene c.q. communicatiepartner niet voorafgaand op de hoogte wordt gebracht van deze verwerking. Zie ook: EHRM 24 augustus 1998, *NJCM-bulletin* 1998, p. 1058 e.v. (*Lambert/Frankrijk*).

70 Volgens het HvJ EG doet de verstrekking van persoonsgegevens aan een derde afbreuk aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen, ongeacht het latere gebruik: HvJ EG 20 mei 2003, nr. C-465/00, para. 74 (*Österreichischer Rundfunk*).

71 Richtlijn 95/46/EG van het Europese Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEG* 1995, L 281/31).

72 D. Korff, *EC Study on the implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*, Cambridge: Human Rights Centre, University of Essex 2002, p. 33.

blijkt dat het aan de lidstaten wordt overgelaten om bij de implementatie te bepalen of deze al dan niet van toepassing is op de gegevens van overleden personen.⁷³

In 2007 schreef de Werkgroep dat de gegevens betreffende overleden personen in beginsel geen persoonsgegevens in de zin van de Privacyrichtlijn zijn omdat overleden personen civielrechtelijk geen natuurlijke personen meer zijn.⁷⁴ De Werkgroep heeft aangegeven dat er een aantal uitzonderingen mogelijk zijn op dit uitgangspunt, waardoor gegevens van overledenen wel degelijk beschermd kunnen zijn.⁷⁵ Buiten het feit dat de gegevens nog betrekking kunnen hebben op nog levende personen is het voor de verantwoordelijke vaak ondoenlijk om een onderscheid te maken tussen gegevens betreffende levende en overleden personen. Daarnaast betekent de niet-toepasselijkheid van de Privacyrichtlijn nog niet dat de gegevens niet door andere wetgeving of rechtsbeginselen kunnen worden beschermd, zoals het medisch beroepsgeheim of het portretrecht. Tot slot bevestigt de Werkgroep dat de lidstaten de reikwijdte van de Privacyrichtlijn kunnen uitbreiden tot gegevens betreffende overleden personen.⁷⁶

6.1 Implementatie Privacyrichtlijn in andere lidstaten

Enkele lidstaten blijken gebruik te hebben gemaakt van de geboden speelruimte en hebben hun implementatiewet van de Privacyrichtlijn ook van toepassing verklaard op de gegevens van overleden personen.⁷⁷ Zonder de intentie een uitzonderend overzicht te willen geven, kan de bescherming die deze lidstaten bieden aan overleden personen grotendeels worden onderverdeeld in drie varianten. De eerste variant houdt in dat de nationale wetgeving betreffende de bescherming van persoonsgegevens van toepassing is op de gegevens van overleden personen voor zover dit uitvoerbaar is en dient ter bescherming van de privacy en persoonlijke integriteit van de betrokkene.⁷⁸ Denemarken is een lidstaat die heeft gekozen voor deze variant.⁷⁹ In een besluit van 27 oktober 2006 inzake de publicatie van persoonsgegevens van (overleden) verzetsstrijders op het internet, geeft de Deense toezichthouder, Datatilsynet, aan dat informatie over overleden personen beschouwd kan worden als persoonsgegevens in de zin van de Persoonsgegevenswet en deze gegevens

beschermd worden door deze wet voor zover er nog steeds een beschermingsbehoefte bestaat.⁸⁰ Daar Datatilsynet een onderzoeksplicht heeft ten aanzien van bijzondere persoonsgegevens kan hij actief toezicht houden op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens van overleden betrokkenen.⁸¹ Hoewel de handhaving ten aanzien van 'gewone' persoonsgegevens bij deze variant nog steeds lastig lijkt, is voorstelbaar dat de rechter de door de Privacyrichtlijn beschermde belangen in de vorm van een zorgplicht, zoals de doelbinding, meeweegt indien de nabestaanden of erfgenamen inzage eisen in de e-mailcommunicatie van een overleden abonnee en de aanbieder dit weigert. De bepalingen van de Privacyrichtlijn die een subjectief recht in het leven roepen – bijvoorbeeld het recht op inzage – zullen niet van toepassing zijn op overleden personen. Daarentegen zouden de plichten die de richtlijn in het leven roept voor de verwerkers – zoals het principe van doelbinding – nog wel een rol kunnen spelen na de dood.

De tweede variant houdt in dat een belanghebbende partij (dus niet alleen de nabestaanden) bepaalde rechten van de betrokkene zelf kan uitoefenen na het overlijden van de betrokkene. Italië heeft voor deze benadering gekozen, hetgeen betekent dat een derde partij, onder andere ter bescherming van de belangen van de overleden betrokkene, de rechten uit Section 7 van de 'Data Protection Code' kan uitoefenen.⁸² Section 7 bevat onder andere een recht op toegang tot de gegevens, een rectificatierecht, een vernietigingsrecht, het recht op anonimisering en een recht om de verwerking van gegevens te doen stoppen.⁸³ De Italiaanse toezichthouder heeft al enkele malen publicaties van persoonsgegevens van overleden personen tegengehouden.⁸⁴

De derde variant vereist voor de verwerking van persoonsgegevens van overleden betrokkenen de toestemming van de erfgenamen of nabestaanden van de overleden betrokkene (indien de overleden betrokkene aangaande zijn

73 Notulen van de Raad van de Europese Unie, 8 februari 1995, document 4730/95, ad art. 2, onder a): 'De Raad en de Commissie bevestigen dat de lidstaten kunnen bepalen of en in hoeverre de richtlijn wordt toegepast op overleden personen.' Zie ook: U. Damman & S. Simitis, *EG-Datenschutzrichtlinie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997, p. 109, zoals geciteerd in: C. Kuner, *European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation*, New York: Oxford University Press 2007, p. 79.

74 Artikel 29 Werkgroep, 20 juni 2007, *Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens*, WP 136, p. 23.

75 Artikel 29 Werkgroep, 20 juni 2007, *Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens*, WP 136, p. 23.

76 Artikel 29 Werkgroep, 20 juni 2007, *Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens*, WP 136, p. 23.

77 *Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States*, p. 3. Zie: <ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/lawreport/report_en.htm>.

78 D. Beyleveld e.a. (red.), *The Data Protection Directive and Medical Research across Europe*, Aldershot: Ashgate Publishing 2004, p. 135.

79 D. Korff, *EC Study on the implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*, Cambridge: Human Rights Centre, University of Essex 2002, p. 33.

80 Besluit Datatilsynet, 27 oktober 2006, referentienummer: 2006-321-0457, r.o. 4.1.

81 Art. 45 lid 1 sub 1 jo. art. 7 lid 1 The Act on Processing of Personal Data (Act No. 429 of 31 May 2000), te raadplegen op: <www.datatilsynet.dk/english/>.

82 Section 9(2) DPC. Voor de officiële Engelstalige vertaling van de 'Codice in materia di protezione dei dati personali' wordt verwezen naar de website van de Italiaanse privacytoezichthouder: <www.garanteprivacy.it/garante/navig/jsp/index.jsp>.

83 Section 7 DPC.

84 Zie o.a. de besluiten van de Garante per la protezione dei dati personali van: 19 december 2002 (doc. web n. 1067167), 15 juli 2006 (doc. web n. 1310796) en 24 april 2008 (doc. web n. 1527037). Te raadplegen op: <www.garanteprivacy.it/garante/navig/jsp/index.jsp>.

toestemming niets heeft verklaard). Deze variant vindt men in Estland en Slovenië.⁸⁵ Interessant is dat de Sloveense implementatiewet bepaalt dat de persoonsgegevens alleen aan de erfgenamen kunnen worden verstrekt indien zij aantonen dat de verstrekking aan hen een rechtmatig belang dient en de overleden betrokkene bij leven niet schriftelijk heeft bepaald dat deze gegevens niet verstrekt mogen worden.⁸⁶

De lidstaten voeren dus geen eenduidig beleid ten aanzien van de toepasselijkheid van de Privacyrichtlijn op overleden personen. Toch bieden de drie varianten een interessante blik op de mogelijkheden om de privacybelangen van de overleden abonnee te beschermen op grond van de Wbp.

7 Communicatiegeheim

Een boeiende vraag is of de aanbieder nog wordt gebonden door het communicatiegeheim na het overlijden van de abonnee of dat hij zonder meer de e-mailcommunicatie aan derden kan verstrekken of zelf kan inzien. Algemeen wordt aangenomen dat het grondwettelijke communicatiegeheim ex art. 13 van de Grondwet (Gw) niet ziet op de nieuwe communicatiekanalen die onder andere via het Internet Protocol (IP) worden aangeboden.⁸⁷ De twee gestrande voorstellen tot wijziging van art. 13 Gw hadden hier, zij het gebrekkig, verandering in willen brengen.⁸⁸ Ondanks het feit dat de grondwetswijziging er nooit is gekomen, is het communicatiegeheim voor 'daarmee vergelijkbare' communicatiemiddelen via een amendement in art. 18.13 Telecommunicatiewet (Tw) terechtgekomen.⁸⁹ Hoewel het aantal communicatiekanalen dat onder het communicatiegeheim valt hierdoor is uitgebreid, valt een online e-maildienst hier zeer waarschijnlijk niet onder. De bescherming is namelijk beperkt tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten in de zin van de Telecommunicatiewet. De vraag is of de aanbieder van een online e-maildienst een aanbieder in de zin van de Telecommunicatiewet is. Deze vraag kan om twee redenen ontkennend worden beantwoord. Ten eerste leveren online e-maildiensten de e-mailcommunicatie, de overgebrachte inhoud, met behulp van andere elektronische communicatienetwerken en -diensten.

Op grond van art. 1.1 sub f Tw worden dergelijke diensten expliciet uitgesloten van de definitie 'openbare elektronische communicatiedienst'. Ten tweede, als men online e-maildiensten kan kwalificeren als een dienst van de informatie-maatschappij zoals omschreven in art. 1 Notificatierichtlijn I, dan vallen zij eveneens niet binnen de reikwijdte van de Telecommunicatiewet.

Deze uitkomst zorgt voor een arbitraire scheiding tussen de communicatiekanalen die wel onder het communicatiegeheim van art. 18.13 Tw vallen en de communicatiekanalen die over het IP-protocol als *web-based* dienst worden aangeboden, die hier niet onder vallen. Het EHRM heeft echter op grond van een dynamische interpretatie van de elementen privéleven en correspondentie uit art. 8 EVRM, bepaald dat e-mailcommunicatie onder de bescherming van het communicatiegeheim valt.⁹⁰ Ondanks de beperkte reikwijdte van art. 13 Gw en art. 18.13 Tw staat niets in de weg om het communicatiegeheim in de zin van art. 8 EVRM van toepassing te verklaren op de communicatiekanalen die via het IP-protocol worden aangeboden.⁹¹

7.1 Communicatiegeheim na de dood?

De ratio van het communicatiegeheim ligt in het beschermen van de vertrouwelijkheid van het communicatiekanaal en niet zozeer in de bescherming van de inhoud van de boodschap zelf.⁹² Het vertrouwen dat men heeft in een communicatiekanaal waaraan men zijn of haar communicatie toevertrouwt wordt hierdoor dus beschermd.⁹³ Juist omdat men zijn beschikkingsmacht afstaat aan de tussenpersonen in het communicatiekanaal, geldt er een onthoudingsplicht voor hen om de communicatie in te zien of aan derden te verstrekken.⁹⁴ Zolang de e-mailcommunicatie zich nog op de server van de aanbieder bevindt, kan de aanbieder hierover nog beschikken en wordt de e-mailcommunicatie beschermd door het communicatiegeheim. De enkele kennisgeving van de e-mailcommunicatie door de abonnee van een online e-maildienst doet immers niets af aan de feitelijke beschikkingsmacht van de aanbieder waar de e-mailcommunicatie staat opgeslagen.

De vraag is of het communicatiegeheim nog door zou moeten werken nadat de abonnee komt te overlijden. Ter

85 A. Nõmper, 'Personal Data Protection Regulation in Estonia and Directive 95/46/EC', in: D. Beylveveld e.a. (red.), *Implementation of the Data Protection Directive in Relation to Medical Research in Europe*, Aldershot: Ashgate Publishing 2004, p. 73-85. Zie voor Estland: §12(6) en §13 Isikuandmete kaitse seadus (Personal Data Protection Act). Zie voor Slovenië: art. 23 Personal Data Protection Act of the Republic of Slovenia. Zie voorts de Explanatory Memorandum bij deze wet ten aanzien van art. 23.

86 Art. 23 (2) Personal Data Protection Act of the Republic of Slovenia. <ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/implementation/personal_data_protection_act_rs_2004.pdf>.

87 E.J. Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997-10, p. 142-147; L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002, p. 84-104.

88 Wetsvoorstel: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 443, nrs. 1-3. Zie voor kritiek op de voorstellen: N.A.N.M. Van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij', *NJB* 1997-3, p. 1554-1555, A.J. Nieuwenhuis, 'Vertrouwde en virtuele bescherming', *NJCM-bulletin* 1998-4, p. 423-437.

89 Amendement van de Kamerleden Roethof en Van Zijl, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 75 en 83.

90 EHRM 3 april 2007, *NJ* 2007, 617, r.o. 41 en 42 (*Copland/Verenigd Koninkrijk*; m.nt. E.J. Dommering).

91 Nu het EHRM al in een aantal zaken de horizontale werking van art. 8 EVRM heeft aangenomen en art. 18.13 Tw een horizontale verplichting oplegt, wordt aangenomen dat het communicatiegeheim horizontale werking heeft. Zie o.a. EHRM 26 maart 1985, app.nr. 8978/80, r.o. 23 (*X en Y/Nederland*) en EHRM 24 juni 2004, *NJ* 2005, 22, r.o. 57 (*Von Hannover/Duitsland*; m.nt. E.J. Dommering).

92 Zo ook: L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002, p. 25; E.J. Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997-10, p. 143.

93 Zo ook: B.J. Koops, *Strafvorderlijk onderzoek van (tele)communicatie 1838-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 57-58.

94 E.J. Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997-10, p. 142-147.

beantwoording van deze vraag is een korte vergelijking met het beroepsgeheim van onder andere medici en advocaten op zijn plaats, aangezien de geheimhoudingsplicht van de advocaat en arts in beginsel gewoon doorwerkt na de dood van de cliënt of patiënt.⁹⁵ Net als bij het communicatiegeheim ziet men hier de bescherming van een individueel privacybelang en een meer algemeen belang ten grondslag liggen aan het beroepsgeheim. Het algemeen belang dat het beroepsgeheim beschermt, is dat het fungeert als een voorwaarde om de behandeling van de belangen van de cliënt dan wel een juiste medische behandeling van de patiënt optimaal te kunnen waarborgen.⁹⁶ De achterliggende gedachte achter deze grondslag is dat het beroepsgeheim een onbelemmerde informatieverstrekking aan de hulpverlener mogelijk maakt. Men zal immers minder geneigd zijn om gevoelige informatie te verstrekken als men er niet van uit kan gaan dat de verstrekte informatie vertrouwelijk blijft. Dit kan men ook wel kwalificeren als het eerder aangehaalde *chilling effect* dat het recht op privacy beoogt te voorkomen. Waar het communicatiegeheim de vertrouwelijkheid van het communicatiekanaal beschermt, wordt door het beroepsgeheim de vertrouwelijkheid van bepaalde dienstverlening beschermd. Bij beide 'geheimen' gaat het om het garanderen van een vertrouwensrelatie tussen het individu en de tussenpersoon dan wel hulpverlener. In beide situaties heeft een ander dan het individu een zekere beschikkingsmacht over de informatie die het individu heeft verstrekt. Als men veel waarde hecht aan de vertrouwelijkheid van een communicatiekanaal, dan valt er dus veel voor te zeggen om de onthoudingsplicht die uit het communicatiegeheim voortvloeit niet op te laten houden indien de abonnee komt te overlijden.

De plicht tot geheimhouding na het overlijden van de cliënt of patiënt vormt dus de hoofdregel. Hierop zijn echter wel een aantal uitzonderingen mogelijk. In de literatuur en rechtspraak met betrekking tot het medisch beroepsgeheim zijn een aantal factoren ontwikkeld die de toegang tot en verstrekking van de medische gegevens van de overleden patiënt aan derden mogelijk maken.⁹⁷ Ten eerste kan het medisch beroepsgeheim worden doorbroken door een wettelijke bevoegdheid of plicht.⁹⁸ De tweede omstandigheid doet zich voor wanneer de patiënt bij leven specifiek en uit-

drukkelijk toestemming heeft verleend en geen reden van algemeen belang zich tegen doorbreking van het medisch beroepsgeheim verzet. Een interessant detail is dat algemeen wordt aangenomen dat de erfgenamen de arts in beginsel niet van zijn geheimhoudingsplicht kunnen ontheffen omdat het privacybelang wat deels ten grondslag ligt aan het medisch beroepsgeheim een persoonlijk recht is en dus niet binnen de vererfbare boedel valt.⁹⁹ Ten derde kan er sprake zijn van een conflict van plichten, bijvoorbeeld als toegang tot het dossier vereist is in het kader van een strafrechtelijk onderzoek. De vierde omstandigheid bestaat uit de constructie van de 'veronderstelde toestemming'. De rechter veronderstelt dan dat de patiënt zijn toestemming zou verlenen als hij nog in leven was, omdat daarmee belangen worden gediend waarvan het aannemelijk is dat de overledene die zou hebben willen bevorderen.¹⁰⁰ Tot slot ziet men soms dat de rechter op grond van een belangenafweging tot de conclusie komt dat er zwaarwegende belangen zijn die nopen tot doorbreking van de geheimhoudingsplicht. Hierbij is het van belang dat het aannemelijk is dat de betreffende informatie dit belang kan dienen (proportionaliteit) en er geen minder privacyschendende mogelijkheid is om dit belang te behartigen (subsidiariteit).¹⁰¹

Toegang tot of verstrekking van de gegevens op grond van veronderstelde toestemming is veelal problematisch, omdat het moeilijk zal zijn om de toestemming – de wil – van de overleden patiënt te reconstrueren.¹⁰² Ten aanzien van de veronderstelde toestemming van een overleden abonnee van een online e-maildienst is dan ook, terecht, betoogd dat de toestemming er in beginsel niet zal zijn.¹⁰³ De gemiddelde abonnee zal juist vanwege het persoonlijke karakter (gebruikersnaam en wachtwoord) en het feit dat de account na een zekere periode van inactiviteit wordt beëindigd, ervan uitgaan dat de inhoud van de account niet aan derden zal worden verstrekt. Hetgeen een persoon bij leven tot zijn persoonlijke levenssfeer rekende en niet naar buiten kenbaar heeft willen maken, zal dan ook na overlijden gerespecteerd moeten worden.¹⁰⁴ Een belangenafweging tussen het privacybelang van de overleden abonnee en het algemeen belang van het communicatiegeheim enerzijds en het belang van

95 F.A.W. Bannier e.a., *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008. Voor een overzicht van het medisch beroepsgeheim na de dood: C.M. Ploem, 'Een zorgvuldige omgang met medische gegevens na de dood', *TvG* 1999-23, p. 489-499.

96 F.A.W. Bannier e.a., *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 7; M.C. Ploem, 'Een zorgvuldige omgang met medische gegevens na de dood', *TvG* 1999-23, p. 489-499.

97 M.C. Ploem, 'Een zorgvuldige omgang met medische gegevens na de dood', *TvG* 1999-8, p. 489-499.

98 Bijvoorbeeld de verstrekking van medische gegevens voor wetenschappelijk onderzoek: art. 7:458 BW.

99 H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers, *Handboek Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 232 en J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming na de dood', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1993-11, p. 534. Deze redenering wordt expliciet gevolgd door de voorzieningenrechter in een recente uitspraak: Rb. (vzr.) Utrecht 6 juni 2007, *TvG* 2007-7, p. 542-548, r.o. 4.4, m.nt. J.C.J. Dute.

100 Rb. Dordrecht (vzr.) 4 december 2007, *TvG* 2008-2, p. 135-140 en Rb. (vzr.) Utrecht 9 juni 1998, *KG* 398/98. In deze laatste zaak werd

geen inzage verleend omdat er geen sprake zou zijn van veronderstelde toestemming.

101 HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600, m.nt. F.C.B. van Wijnen; Hof 's-Hertogenbosch 18 september 2000, *TvG* 2000, 73; Rb. Arnhem (vzr.) 10 mei 2007, nr. *KG* ZA 07-216; Hof Amsterdam 24 juni 1999, *TvG* 1999, 23.

102 Men zal deze veronderstelde wens tot niet-openbaarmaking/verstrekking van de e-mailcommunicatie voldoende moeten kunnen aantonen: Hof Amsterdam 30 september 1999, *KG* 2000, 73, r.o. 4.6.3.2.

103 E.N.M. Visser, 'Who owns your bits when you die?', *Computerrecht* 2007, 113, p. 7.

104 Rb. Dordrecht (vzr.) 4 december 2007, *TvG* 2008-2, p. 135-140, r.o. 2.4: 'Niet valt in te zien dat datgene dat iemand bij leven tot zijn persoonlijke levenssfeer rekende en niet over zichzelf buiten die persoonlijke levenssfeer kenbaar wilde hebben, na overlijden niet langer tot diens persoonlijke levenssfeer zou blijven behoren en niet langer zou behoeven te worden gerespecteerd.'

inzage door een derde anderzijds lijkt dan ook meer op zijn plaats.¹⁰⁵

8 Mogelijkheden voor abonnee

Kan de abonnee op eigen initiatief iets ondernemen om de vertrouwelijkheid van zijn e-mailcommunicatie na overlijden te waarborgen? De eenvoudigste manier is uiteraard om de e-mailcommunicatie bij leven te vernietigen of een account aan te maken waar de nabestaanden en erfgenamen niets van afweten. Hoewel deze praktische oplossing uitkomst kan bieden, is het de vraag of er ook juridisch afdwingbare oplossingen mogelijk zijn.

Allereerst zou een abonnee bij het kiezen van een aanbieder rekening kunnen houden met het privacybeleid van de aanbieder.¹⁰⁶ Veel keuze heeft een consument echter niet. Met uitzondering van Yahoo! houdt geen van de onderzochte aanbieders er een privacybeleid op na dat kan voldoen aan de wil van een abonnee om zijn e-mailcommunicatie te vernietigen dan wel niet te verstrekken aan derden bij overlijden. In de *Ellsworth*-zaak bleek dat ook Yahoo! niet immuun is voor de druk van de erfgenamen.

Nu het huidige beleid van de onderzochte aanbieders de abonnee niet verder helpt, is het de vraag of de abonnee naar Nederlands recht zijn belangen na overlijden kan beschermen door middel van een testament. Men kan het systeem van het intestaat erfrecht doorbreken door zelf iets anders te regelen door een uiterste wilsbeschikking op te laten stellen door een notaris. Om specifieke taken op te dragen die na overlijden uitgevoerd dienen te worden kent het erfrecht de constructie van de testamentaire last.¹⁰⁷ Een voorbeeld van een last die opgelegd kan worden is de verplichting om de huisdieren van de erflater te verzorgen, de verplichting om de begrafenis te regelen, de verplichting om jaarlijks een fust bier te openen, of de verplichting om bepaalde documenten te vernietigen.¹⁰⁸ Een last kan worden opgelegd aan de gezamenlijke erfgenamen, aan één of meer erfgenamen, aan legatarissen of aan een executeur.¹⁰⁹ De aan een executeur opgelegde verplichting rust mede op de gezamenlijke erfgenamen, tenzij uit haar aard of uit de uiterste wil iets anders voortvloeit.¹¹⁰ Men zou een last aan een executeur kunnen opleggen tot het vernietigen van (de inhoud van) een e-mailaccount.

Er zijn echter een aantal redenen waarom een last niet geschikt is om de vertrouwelijkheid van e-mailberichten te beschermen. Ten eerste kan een lastbezwaarde een last altijd weigeren. De lastbezwaarde verspeelt dan zijn erfdeel, maar

dat is dan ook de enige sanctie.¹¹¹ Als de executeur aan wie een last is opgelegd niet ook erfgenaam of legataris is, staat er zelfs geen enkele sanctie op het niet nakomen van de last. Wel is het mogelijk om in een testament op te nemen dat de beloning van de executeur vervalt bij niet-nakoming van de last.¹¹² Indien de executeur de last niet nakomt of indien de executeur komt te ontbreken – bijvoorbeeld omdat hij overlijdt – gaat de last over op de erfgenamen.¹¹³ Ten tweede is het lastig te garanderen dat een last wordt nagekomen. Er is nu eenmaal geen instantie die erop toeziet dat een last daadwerkelijk wordt nagekomen. Ook is niet zeker dat een lastbezwaarde geen kennis neemt van de inhoud van een e-mailaccount voor hij deze vernietigt. Tot slot volgen de erfgenamen direct na overlijden de erflater op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap. De vordering op de e-maildienst valt dus direct op het moment van overlijden van de erflater in het vermogen van de erfgenamen. Een eventuele legataris verkrijgt slechts een vordering op de erfgenamen, óók als die legataris tevens lastbezwaarde is.¹¹⁴ De erfgenamen dienen de vordering op de e-maildienst dan over te dragen aan de legataris. Vóór de overdracht maakt de vordering op de e-maildienst echter enige tijd deel uit van het vermogen van de erfgenamen. In die tijd kunnen de erfgenamen in beginsel de e-mailaccount inzien.

Juist wegens deze laatste reden – de directe overgang van de vererfbare rechten en goederen op de erfgenamen – zal de oplossing die naar aanleiding van de *Ellsworth*-zaak werd voorgesteld naar Nederlands recht niet goed werken. Indien men schriftelijk vastlegt wat er met een account dient te gebeuren na overlijden, en deze opdracht aan een vertrouwenspersoon in bewaring geeft, is weliswaar duidelijk wat de wil van de overledene was, maar dit neemt niet weg dat de account direct na overlijden van de abonnee deel uitmaakt van het vermogen van de erfgenamen. Degene die de opdracht heeft ontvangen zou wel de in de account opgeslagen e-mailcommunicatie kunnen verwijderen voordat de erfgenamen de account raadplegen. De erfgenamen zien zich dan voor een voldongen feit geplaatst. In ieder geval komen in de praktijk lasten met als doel gevoelige gegevens te beschermen niet veel voor.

Men zou ook kunnen denken aan een codicil. Dit is een handgeschreven document waarin zonder verdere formaliteiten bepaalde wensen kenbaar gemaakt kunnen worden. Een codicil is echter slechts in een zeer beperkt aantal gevallen bruikbaar.¹¹⁵ De maker van auteursrechtelijk

¹⁰⁵ Zie ook: M.C. Ploem, 'Het belang van een zorgvuldige afweging', *NTMA* 2000-102, p. 29-31; E.J.C. de Jong, 'Mogen nabestaanden het dossier van een overledene inzien?', *Medisch Contact* 1998-31/32, p. 1019; J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming na de dood', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1993-11, p. 534.

¹⁰⁶ Overigens blijkt uit onderzoek dat consumenten weinig aandacht besteden aan het privacybeleid van websites: Consumer Web-Watch Stanford University, 'How Do People Evaluate a Web Site's Credibility? Results from a Large Study', 29 oktober 2002, p. 86; J. Nehf, 'Shopping for Privacy Online: Consumer Decision Making Strategies and the Emerging Market for Information Privacy', *Journal of Consumer Affairs* 2007, Vol. 41.

¹⁰⁷ Art. 4:130 lid 1 BW.

¹⁰⁸ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht*,

huwelijksvermogensrecht en erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 197. Indien een last bezwaarlijk wordt om na te komen kan men aan de rechter verzoeken om een last te wijzigen. Zie voor een voorbeeld HR 16 maart 1990, *NJ* 1991, 575 (*Bredius museum*).

¹⁰⁹ Art. 4:130 lid 2 BW.

¹¹⁰ Art. 4:130 lid 2 BW.

¹¹¹ Art. 4:131 lid 1 BW.

¹¹² M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 198.

¹¹³ Art. 4:132 BW; art. 4:130 lid 2 BW.

¹¹⁴ Art. 4:117 lid 1 BW.

¹¹⁵ Art. 4:97 BW.

beschermde werken kan met een codicil iemand aanwijzen om de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten te bewaken na overlijden.¹¹⁶ Men zou dus iemand kunnen aanwijzen die na overlijden de persoonlijkheidsrechten bewaakt die rusten op auteursrechtelijk beschermde e-mails. In de Auteurswet staat niet expliciet dat de bevoegdheid om publicatie of openbaarmaking tegen te gaan onder de persoonlijkheidsrechten valt, maar de opsomming in art. 25 Auteurswet is niet limitatief.¹¹⁷ Nu het droit de divulgation – het recht om te beslissen of al dan niet tot openbaarmaking overgegaan mag worden – wel het belangrijkste auteursrechtelijke persoonlijkheidsrecht genoemd wordt, is goed verdedigbaar dat degene die is aangewezen om de persoonlijkheidsrechten te bewaken zich ook kan verzetten tegen iedere eerste openbaarmaking van een werk.¹¹⁸

Het belangrijkste nadeel van de codicilconstructie is echter dat e-mails waar geen auteursrecht op rust niet onder de regeling vallen. Naar onze mening rust er niet vanzelfsprekend auteursrecht op iedere e-mail.¹¹⁹ Als een brief of een e-mailbericht geen eigen oorspronkelijk karakter heeft en niet het persoonlijk stempel van de maker draagt, is er geen plaats voor auteursrechtelijke bescherming. Bovendien moet men in onze ogen het domein van het auteursrecht (werken van letterkunde, wetenschap en kunst) goed blijven onderscheiden van privacybescherming. Kortom, ook een codicil biedt geen oplossing voor de abonnee die wil dat de vertrouwelijkheid van de e-mailcommunicatie wordt gewaarborgd. Overwogen zou kunnen worden om de mogelijkheden tot het maken van een codicil uit te breiden naar andere persoonlijkheidsrechten.

9 Conclusie

Met uitzondering van Yahoo! verstrekken de onderzochte aanbieders na het overlijden van de abonnee de bij hen opgeslagen e-mailcommunicatie aan de erfgenamen op grond van hun algemene voorwaarden of omdat het erfrecht dat voorschrijft. De vraag is of deze praktijk te rijmen valt met het privacybelang van de overleden abonnee en diens communicatiepartners. Zij kunnen er immers belang bij hebben dat over hun e-mailcommunicatie niet meer bekend wordt dan wat zij zelf aan derden willen prijsgeven. Het is daarnaast opmerkelijk dat een abonnee volgens het huidige recht niet zelf kan bepalen wat er met zijn vertrouwelijke e-mailcommunicatie gebeurt na overlijden. Ook valt op dat er momenteel geen rekening wordt gehouden met het privacybelang van de communicatiepartners van de abonnee; hun communicatie wordt zonder meer aan de erfgenamen verstrekt.

Op het moment is het onduidelijk of het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zich uitstrekt tot na de dood van de betrokkene. Ziet men dit recht als een subjectief recht, dan lijkt dit niet het geval te zijn. Ziet men dit

grondwettelijk beschermd recht meer als een rechtsplicht, dan is er veel voor te zeggen om deze plicht niet te laten ophouden na de dood van de betrokkene. Het feit dat er op andere gebieden binnen het recht duidelijk is gekozen om bescherming te bieden aan belangen van persoonlijke aard na de dood pleit voor de erkenning van privacybescherming na overlijden. Het algemeen persoonlijkheidsrecht biedt hiertoe de mogelijkheid.

De Nederlandse wetgever heeft zonder een inhoudelijke discussie de Wbp niet van toepassing verklaard op overledenen. Een aantal lidstaten heeft er echter wel voor gekozen om hun implementatiewet van de Privacyrichtlijn van toepassing te verklaren op overledenen. De huidige praktijk waarbij aanbieders de persoonsgegevens van de communicatiepartners zonder meer aan de erfgenamen van de abonnee verstrekken is zeer waarschijnlijk in strijd met de Wbp, daar deze wet onverminderd van toepassing is op nog in leven zijnde personen.

Nu het communicatiegeheim niet alleen de individuele belangen van de abonnee en zijn communicatiepartners – de gebruikers van het communicatiekanaal – beschermt, maar ook dient ter waarborging van het vertrouwen van het communicatiekanaal zelf, ligt het voor de hand om het communicatiegeheim niet te doorbreken bij overlijden van de abonnee.

Tot slot zijn de juridische instrumenten die de abonnee ter beschikking staan om op eigen initiatief de bij een aanbieder opgeslagen e-mailcommunicatie te beschermen zeer beperkt en moeilijk te handhaven. De schijnbescherming die een wachtwoord biedt wordt behoorlijk ondermijnd door de huidige praktijk van de aanbieders en het recht lijkt tot nu toe geen antwoord te kunnen bieden. De enige oplossing die de abonnee op dit moment wel zekerheid zal bieden, is om zijn vertrouwelijke e-mailberichten nooit te bewaren bij de aanbieder of regelmatig te verwijderen.

Toch zijn er al mogelijkheden om de belangen van de abonnee en diens communicatiepartners beter te beschermen. Het College bescherming persoonsgegevens zou bijvoorbeeld kunnen optreden tegen de huidige praktijk waarbij de persoonsgegevens van de communicatiepartners van een overleden abonnee worden verstrekt aan diens erfgenamen. Een neveneffect hiervan zou zijn dat de privacybelangen van de overleden abonnee beschermd worden, zij het dat de wil van de abonnee dan nog steeds wordt genegeerd. De meest effectieve oplossing zou zijn dat de aanbieders hun abonnees de mogelijkheid geven om een expliciete keuze te maken over wat er dient te gebeuren met hun account en de daarin opgeslagen informatie na overlijden. Doen zij dit niet, dan zou dat misschien verplicht gesteld kunnen worden door de wetgever.

Zoals eerder is gebeurd in de geschiedenis van het privacyrecht zou de reikwijdte van de privacybescherming

116 Art. 4:97 sub c BW.

117 HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692 (*Frenkel/KRO*; m.nt. C.J.H. Brunner), AMI 1985, p. 111, m.nt. D.W.F. Verkade, AA 1986, m.nt. H. Cohen Jehoram.

118 Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Verkade bij het *Endstra*-arrest, onder 4.27, HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 (*Endstra*; m.nt. E.J. Dommering).

119 Zie over eventueel auteursrecht op brieven: S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 80 (in de regel geen auteursrechtelijke bescherming) en J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 96 (in de regel juist wel auteursrechtelijke bescherming).

kunnen worden aangepast aan de stand van de techniek. Waar het ooit de draagbare fotocamera was die het moderne concept van privacy op de kaart zette, vereist de gestage groei van opslag van informatie bij derden wellicht een heroverweging van de reikwijdte van de privacybescherming.¹²⁰ Wij hopen met dit artikel een aanzet tot deze heroverweging te hebben gegeven.

120 S. Warren & L. Brandeis, 'The Right to Privacy', *Harvard Law Review* 1890, Vol. IV, No. 5, 193-220.