
Data na de dood - juridische aspecten van digitale nalatenschappen

Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Data na de dood - juridische aspecten van digitale nalatenschappen

Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

April 2021

Prof. mr. M.M.M. van Eechoud
Dr. J. Ausloos
Prof. mr. M.B.M. Loos
Prof. mr. C. Mak
Prof. dr. B.E. Reinhartz
Mr. L.D. Schumacher
m.m.v. mr. L. Pol

Universiteit van Amsterdam
Instituut voor Informatierecht
Afdeling Privaatrecht



Dit rapport valt onder een [Creative Commons Naamsvermelding 4.0 Internationaal-licentie](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Samenvatting

Jaarlijks overlijden ruim 150.000 mensen en worden er dus ook ongeveer evenveel nalatenschappen afgewikkeld. Vrijwel zonder uitzondering laten overledenen digitale ‘bezittingen’ achter, zoals sociale media-accounts, e-mails, documenten opgeslagen in de cloud en (gebruiksrechten op) allerlei media en entertainment. De vraag is of het huidige Nederlandse wettelijk kader voldoende handvatten biedt om de bij afwikkeling van digitale nalatenschappen gemoeide private en publieke belangen te behartigen. De centrale onderzoeksvraag van deze studie is: *Welke eventuele aanpassingen van het Nederlandse wettelijke kader zijn wenselijk met het oog op de adequate bescherming van private en publieke belangen gemoeid met het regelen en afwickelen van digitale nalatenschappen?*

Voor de beantwoording van deze vraag is om te beginnen een analyse gedaan van het beleid van aanbieders van veelgebruikte informatiediensten rond overlijden, en van de relevante voorwaarden die zij hanteren. Bronnen voor de analyse zijn gebruikersovereenkomsten, algemene voorwaarden, privacy policies en andere (openbare) documenten zoals FAQ's. Informatiediensten aanbieders zijn onderscheiden in digitale mediadiensten (commercieel aanbod zoals streaming video of -muziek), communicatiediensten (waaronder sociale media en berichtendiensten) en ICT-diensten (o.a. cloudopslag en digitale kluizen). Vervolgens is het relevante wettelijke kader beschreven en zijn onduidelijkheden daarin geïdentificeerd. Naast het erfrecht, betreft dit het overeenkomstenrecht en dan in het bijzonder consumentenrecht, intellectuele eigendomsrechten (met name auteursrecht), persoonslijksrechten en gegevensbeschermingsrecht (Algemene Verordening Gegevensbescherming). Ook het algemeen vermogensrecht is van belang, voor zover betrekking hebbend op de vraag welk digitaal ‘bezit’ in de nalatenschap valt. Tot slot is met het oog op het formuleren van oplossingsrichtingen, naar een selectie van wetgeving in andere landen gekeken.

Het algemene beeld dat naar voren komt uit de **analyse van de voorwaarden**, is dat aanbieders van informatiediensten tot op heden weinig expliciet aandacht schenken aan de omgang met digitale inhoud bij overlijden van gebruikers. Een belangrijke conclusie is dat het voor gebruikers lastig is om grip te krijgen op wat er bij overlijden gebeurt met accounts en daaraan gekoppelde digitale inhoud. Dat komt door het ontbreken van duidelijk beleid bij de dienstaanbieders, een complex wettelijk kader, en ook door de grote diversiteit aan voorwaarden. Die diversiteit is deels een logisch gevolg van de verscheidenheid aan diensten en daarmee aan digitaal bezit, en van de contractsvrijheid. De (rechts)onzekerheid bestaat voor de gebruiker die zeggenschap wil over wat er na de dood met gegevens gebeurt, maar ook voor de nabestaanden of preciezer: erfgenamen en eventueel gevolmachtigden.

Enkele grote aanbieders (zoals social media platforms Facebook, Google) hebben wel duidelijk(er) beleid met daaraan gekoppelde voorzieningen. Dat geldt ook voor aanbieders van digitale kluizen. Dit betreft vormen van ‘vertrouwenspersoonbeleid’, waarbij specifiek door de overleden gebruiker aangewezen personen toegang kunnen krijgen tot (een deel van) de digitale inhoud, of bijvoorbeeld accounts in een ‘herdenkingsstand’ kunnen zetten. Andere vormen van beleid en voorwaarden hebben betrekking op het opvragen van accountgegevens en inhoud door erfgenamen of andere derden; de overname van de account door erfgenamen of andere derden; en de mogelijkheid voor erfgenamen of andere derden om een account op te zeggen.

Uit een **analyse** van het **toepasselijke wettelijk kader** blijkt met name dat er op veel gebieden nog rechtsonzekerheid bestaat. Die onzekerheid vloeit niet zozeer voort uit erfrechtelijke normen zelf, maar uit onduidelijkheid over welk digitaal ‘bezit’ er überhaupt in de nalatenschap valt. Het gaat hierbij om onder meer data, de inhoud van accounts (los van intellectuele eigendom), virtuele ‘zaken’ en portretrechten op afbeeldingen van personen. Dit zijn vragen van (algemeen) vermogens- en goederenrecht. Het huidige overeenkomstenrecht en dan met name consumentenrecht is ook niet toegesneden op de specifieke

problematiek van wat juridisch de status is van bij overlijden achterblijvende digitale inhoud zoals accountinformatie, user generated content, materialen opgeslagen bij cloudopslagdiensten en aangeschafte media. Mag deze inhoud bijvoorbeeld ‘verdwijnen’ uit het zicht van erfgenamen door ‘no survivorship’ clauses, die bepalen dat bij overlijden de gebruikersovereenkomst eindigt en ook elke aanspraak op toegang tot data, of zijn dergelijke bedingen onredelijk bezwarend?

Wat betreft intellectuele eigendomsrechten en dan in het bijzonder het auteursrecht, is een onderbelicht probleem dat gebruikers steeds vaker zelf auteursrechthebbende zijn, omdat zij content maken en posten die voor bescherming in aanmerking komt. Dit is vooral zo bij communicatiediensten (en daarbinnen weer sociale media en chatapps). Aangezien auteursrechten in de nalatenschap vallen is ook daar de vraag wat de verschuiving naar de cloud betekent voor de daadwerkelijke controle die erfflater en erfgenamen hebben over deze vermogensrechten. Het denken over dit soort vragen is nog niet erg ver ontwikkeld.

Een derde juridisch domein dat relevant is voor de bescherming van gegevens na de dood betreft het privacy en gegevensbeschermingsrecht. In het Nederlands recht bestaat geen duidelijke erkenning van enig algemeen persoonlijkheidsrecht dat werking zou hebben na de dood; hetzelfde geldt voor een recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de overledene. Bovendien heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen ook de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) niet van toepassing te laten zijn op de persoonsgegevens van overledenen, hoewel dit naar Europees recht een mogelijkheid is. Verschillende rechten en plichten in het gegevensbeschermingsrecht bieden een aanknopingspunt voor het omgaan met gegevens van gebruikers van informatiediensten na overlijden, deze worden beschreven.

Welke maatschappelijke opvattingen er leven rond het omgaan met data na de dood, rond het bestaan van post-mortem privacy en hoe die opvattingen veranderen naarmate ons leven verder digitaliseert, blijkt nog nauwelijks onderzocht. Uit eerder in opdracht van het rijk verrichte flitspeilingen blijkt dat het grootste deel van de Nederlanders weinig bekend is met het concept ‘digitale nalatenschap’ en zich ook niet bewust bezighoudt met wat er met digitaal bezit gebeurt bij overlijden. Het is daarom raadzaam om middels (empirisch) onderzoek een beter beeld te krijgen van de maatschappelijke opvattingen. Deze zijn relevant voor de maatschappelijke aanvaardbaarheid van vrijwel elke beleidsinterventie op het terrein van digitale nalatenschappen. Dat is zeer sterk het geval bij de vraag naar de wenselijkheid dat nabestaanden (familie, partners) en erfgenamen (niet noodzakelijkerwijs naaste familie) toegang krijgen tot alle of bepaalde digitale communicatie van overledenen, en wie op welke wijze moet of kan regelen wat er met digitaal bezit na de dood gebeurt. Van bijzonder belang daarbij is welke voorzieningen men van dienstenaanbieders verwacht, en wat de juridische status van door gebruikers gemaakte keuzes is na overlijden (bijv. t.a.v. het aanwijzen van een geautoriseerd persoon die toegang krijgt, of keuzes om data te laten verwijderen na overlijden).

Op basis van de analyse van de door dienstenaanbieders gebruikte voorwaarden, het wettelijk kader en daarin geconstateerde lacunes, zijn **oplossingen langs drie lijnen** geformuleerd. Daarbij is ook betrokken hoe in andere landen met de problematiek rond de digitale nalatenschap wordt omgegaan. Leidend bij alle lijnen zijn de beginselen van rechtszekerheid en autonomie. Beide beginselen spelen een belangrijke rol in zowel het erfrecht als het (consumenten)overeenkomstenrecht, het persoonsgegevensrecht en in het intellectuele eigendomsrecht. Twee van de drie oplossingsrichtingen sluiten aan bij bestaande domeinen, namelijk het overeenkomstenrecht (en dan met name de consumentovereenkomst) en het gegevensbeschermingsrecht. De derde oplossingsrichting behelst een specifieke wettelijke regeling voor de omgang met digitaal bezit naar het voorbeeld van ‘digital records acts’ in o.a. de V.S. en Australië.

Binnen het (consumenten)**overeenkomstenrecht** kunnen verscheidene zaken geregeld worden die rechtsonzekerheid voor erfgenamen beperken en die de autonomie van de gebruiker respecteren. Het behandelen van de eerdergenoemde ‘no survivorship’-clausules als onredelijk bezwarende bedingen legt de last bij de dienstverlener om aan te tonen dat er wel degelijk een belang is bij het vervallen van de

overeenkomst bij overlijden van de gebruiker en bij het wissen (of juist voortgezet gebruik door de dienstverlener) van de aan de bijbehorende digitale inhoud. Zeker bij communicatiediensten (sociale media, berichtenapps) en ICT-diensten (email, cloud opslag) is het gebruik van no-survivorship clausules ingrijpend: eindigt de overeenkomst bij overlijden dan is er ook geen toegang meer tot de inhoud van een account. Binnen het consumentenrecht zou bovendien mogelijk een (beperkt) recht op portabiliteit erkend kunnen worden, waarbij bepaalde content verplaatst mag worden van de account van de gebruiker naar een andere account of device, met het oog op het verzekeren van toegang door erfgenamen.

Een verdergaande overeenkomstenrechtelijke optie is het versterken van de rechten van gebruikers door hen meer directe controle te geven. Dienstaanbieders worden dan bijvoorbeeld verplicht om voorzieningen te treffen die gebruikers de mogelijkheid geven te bepalen wat er met de aan de account verbonden gegevens dient te gebeuren bij overlijden. Zeker als grote dienaarbieders die gebundelde diensten aanbieden daartoe verplicht worden, bevordert dit de autonomie van gebruikers. Zij krijgen dan meer controle over veel van hun digitaal bezit tegelijk (in sociale media accounts, cloud opslag, email accounts, etc.), dat immers door bundeling en het ontstaan van 'walled gardens' steeds vaker voor een groot deel bij één bepaalde aanbieder zit zoals Google, Amazon of Apple. Wel zou nader onderzocht moeten worden of het overeenkomstenrecht wel het juiste domein is voor een dergelijke oplossing, of dat een zelfstandige digitale nalatenschapsregeling voorkeur verdient.

Een ander aspect waar nadere regeling zinvol lijkt is het verzekeren dat de contractuele geheimhoudingsplicht t.a.v. beveiligde accounts zich niet uitstrekt tot het bij leven delen van gegevens met het oog op het verschaffen van toegang na overlijden (aan erfgenamen met name). Verder kan de toegang voor erfgenamen ook vergemakkelijkt worden door beperkingen te stellen aan de bewijslast die dienaarbieders mogen opleggen aan erfgenamen. Bijvoorbeeld door te bepalen dat een (Europese) verklaring van erfrecht volstaat, waarmee dienaarbieders niet zoals nu wel gebeurt kunnen opleggen dat de erfgenaam een rechterlijke uitspraak overlegt.

Een tweede oplossingsrichting ligt in de lijn van het **gegevensbeschermingsrecht**. Bepaalde rechten en plichten uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) zou men post-mortem kunnen laten doorwerken. Zo kan de zogenaamde 'on hold bepaling' van art. 18 AVG bij overlijden van toepassing worden verklaard, wat zou betekenen dat de persoonsgegevens na overlijden bewaard moeten blijven (bijv. voor een termijn van 5 jaar), bescherming genieten onder de AVG en enkel verwerkt mogen worden voor welbepaalde doeleinden. Een andere optie is het toekennen van een recht op verwijdering en eventueel rectificatie van gegevens aan de erfgenamen, de door de erflater aangewezen executeur of gevolmachtigde. In dat geval kan het nagelaten digitale bezit afgewikkeld worden zonder toegang te geven tot alle persoonsgegevens van de overledene. Zeker waar ook de (privacy)belangen van derden in het geding zijn zoals bij social media accounts, email e.d. kan het uitkomst bieden.

In uitzonderingssituaties kan worden overwogen ook andere AVG-rechten aan de erfgenamen toe te kennen zoals het recht op inzage, waarbij men dan toegang krijgt tot alle over de overledene opgeslagen (persoons)gegevens, wanneer zij hierbij een duidelijk belang hebben. Ook hier dienen de belangen van derden, en dan met name die van communicatiepartners van de overledene, goed te worden meegewogen.

Een andere grondslag op basis waarvan o.a. erfgenamen toegang gegeven kan worden is toestemming of uitvoering van een overeenkomst. Beide grondslagen bieden in principe ruimte om de persoon (betrokkene) te laten bepalen welke post-mortem verwerkingen zijn toegestaan —inclusief het geven van toegang aan bijvoorbeeld erfgenamen— door ze contractueel vast te leggen zodanig dat de bepalingen doorwerken. Daarbij is het wel belangrijk dat toestemming enkel geldig is als ze ook onvoorwaardelijk ingetrokken kan worden (wat bij overlijden dan door erfgenamen zou moeten kunnen plaatsvinden). De AVG stelt wel hoge eisen, wil toestemming geldig zijn.

Wat betreft het voorkomen dat gegevens na overlijden verweesd of op straat raken, kan de beveiligingsplicht van de AVG uitgebreid worden. In de praktijk zullen dienaarbieders veelal nog aanwezige gegevens van overleden gebruikers op dezelfde wijze beschermen als die van levende personen.

Wil men deze bescherming echter juridisch afdwingbaar maken, dan moet daarvoor een regeling getroffen worden, zoals bijvoorbeeld de Ierse wetgever deed. De dienstverlener moet de gegevens van overleden personen beveiligen als ware ze van een levende persoon. Hier kan een termijn aan gesteld worden.

Een aspect dat aandacht verdient betreft handhaving. Daarbij maakt het verschil hoe een bepaalde verplichting gekarakteriseerd wordt. Een (contractuele) verplichting kan doorwerken na beëindiging van de overeenkomst of toestemming; de daarmee gepaarde aanspraak op nakoming berust dan bij erfgenamen. Maar de bescherming kan er ook een zijn waarop erfgenamen of bijv. aan te wijzen ‘vertrouwenspersonen’ zich zelfstandig kunnen beroepen. Daarnaast is ook denkbaar dat een verplichting van de dienstenaanbieder (verwerker) enkel door de toezichthouder Autoriteit Persoonsgegevens gehandhaafd kan worden (bijv. de post-mortem beveiliging). Overigens profiteren inwoners van Nederland nu ook al van de in Ierland geldende beveiligingsverplichting post-mortem, aangezien grote platforms als Google en Facebook vanuit hun Ierse vestiging diensten in Nederland aanbieden.

De oplossing zoeken in de richting van uitbreiding van het toepassingsbereik van de AVG heeft meer impact op sommige diensten en sommige onderdelen van de digitale nalatenschap dan op andere. Vereist zal immers zijn dat het om persoonsgegevens betreffende de overledene gaat. De digitale inhoud (en tracking gegevens) bij een gratis communicatiedienst of een cloudopslagdienst zal over het algemeen voor een groter deel of vrijwel geheel uit persoonsgegevens bestaan dan bijvoorbeeld de inhoud van een digitale mediadienst op abonnementsbasis zoals videostreaming of games (al verzamelt de dienstenaanbieder in die gevallen zelf ook veel data over de gebruiker). Hoe ruim de AVG ook is, post-mortem toepassing van bepaalde AVG rechten en plichten dekt niet alle digitale bezit.

De derde en laatste lijn is het inrichten van een **zelfstandige wettelijke regeling**, een ‘digital records act’, geïnspireerd op bestaande initiatieven zoals die in de Verenigde Staten en New South Wales (Australië). Dit kan de vorm krijgen van een getrappt systeem, waarbij burgers een of meer geautoriseerde personen kunnen aanwijzen die na overlijden toegang tot gegevens moeten kunnen krijgen bij dienstverleners. Contractuele voorwaarden, bijv. ten aanzien van het door de overledene geheim moeten houden van inloggegevens, kunnen hen daarbij niet worden tegengeworpen. Een dergelijke regeling kan echter vergaande gevolgen hebben, zeker wanneer erfgenamen standaard volledige toegang krijgen tot het digitale bezit als de overledene geen voorziening heeft getroffen. De maatschappelijke aanvaardbaarheid hiervan is ongewis; het verdient aanbeveling om publieksopvattingen over de wenselijk geachte omgang met gegevens van overleden personen empirisch te onderzoeken.

In het generieke model kunnen zowel de autonomie van de erflater als rechtszekerheid voor betrokkenen worden verzekerd, waarbij in de keuze voor de specifieke inrichting het ene belang meer gewicht kan krijgen dan het andere. In de V.S. is meer ruimte voor het primaat van in tools vastgelegde voorkeuren, hetgeen laagdrempelig is en makkelijk te wijzigen, maar daarmee ook minder rechtszekerheid biedt. In Australië daarentegen blijft een bij testament vastgelegde regeling voorgaan op een latere aanwijzing van een geautoriseerd persoon via een voorziening (tool) van de dienstenaanbieder. Een dergelijk systeem sluit beter aan bij het Nederlandse erfrecht, en bij de ontwikkeling van (notariële) dienstverlening rond digitale nalatenschappen die in opkomst is.

Zoals gezegd is zonder eerst goed inzicht in de maatschappelijke opvattingen omtrent post-mortem privacy en toegang door nabestaanden te verkrijgen, is de keuze voor een bepaalde regeling niet goed te maken. Bezien vanuit EU recht, is er voor elk van de drie lijnen **voldoende handelingsruimte voor de Nederlandse wetgever**. Wijzigingen in het consumentenrecht zouden wel goed in samenhang met het bestaande EU-kader gebracht moeten worden. Overigens is het gezien de snelle ontwikkeling van het Europese consumentenrecht en de regulering van informatiediensten raadzaam om te streven naar nieuwe regelgeving op EU-niveau. Aansluiting zoeken bij de AVG ligt in Europees verband ook voor de hand nu de mogelijkheid wordt geboden deze (deels) van toepassing te verklaren op overleden personen en dit instrument elders in Europa ook al gebruikt wordt. Een zelfstandige Nederlandse regeling naar bijvoorbeeld

het Australische *digital records act* model heeft weer als voordeel dat de wetgever niet afhankelijk is van het bestaande begrippenkader, en dat autonomie en rechtszekerheid vooropgesteld kunnen worden. Bij een eventuele keuze voor een Digital records act is de aanbeveling om vooralsnog te kiezen voor een minimaal scenario, waarbij aan erfgenamen uitsluitend toegang wordt verschaft tot gegevens die hoogstnoodzakelijk zijn voor het afwikkelen van de nalatenschap, en alleen voorzover de overledene niet anders heeft bepaald. Als mettertijd maatschappelijke opvattingen uitgekristalliseerd zouden raken die duiden op behoefte aan bredere toegang, kan alsnog voor een ruimere standaard worden gekozen.

De politieke haalbaarheid speelt vanzelfsprekend ook een belangrijke rol bij de keuze van een oplossingsrichting. Tot slot is belangrijk te signaleren dat naast het aanpassen van het regelgevend kader, ook systematische voorlichting over aspecten van digitale nalatenschap en bewustzijns campagnes onmisbaar lijken om voor burgers inzichtelijk te maken wat er kan en mag met hun ‘digitaal bezit’ na overlijden, en hoe ze bij leven al regelingen kunnen treffen over de omgang ermee. Uit onderzoek op het gebied van privacy is bekend dat het vermogen van de gemiddelde burger of consument om bewuste keuzes te maken beperkt is als die keuzes vaak en op basis van veel informatie moeten worden gemaakt (denk aan het accepteren van cookies op websites en van gebruikersvoorwaarden van apps). Het bestaan van zorgen bij burgers over privacy en de veilige omgang met gegevens vertaalt zich niet meteen in concreet gedrag. Deze zogenaamd privacy-paradox is belangrijk om in ogenschouw te nemen bij de inrichting van wettelijke regelingen inzake de digitale nalatenschap.

Summary

More than 150,000 people pass away each year and about the same number of estates are settled. Almost without exception, the deceased leave behind digital ‘assets’ such as social media accounts, e-mails, documents stored in the cloud and (user rights to) all kinds of media and entertainment. The question is whether the current Dutch legal framework offers sufficient levers to safeguard the private and public interests involved in the settlement of digital estates. The central research question of this study is: *what adjustments to the Dutch legal framework, if any, are desirable to adequately protect private and public interests involved in the settlement and liquidation of digital estates?*

To answer this question, first an analysis was made of relevant terms & conditions that providers of commonly used information services apply, and of their policies regarding death. The analysis included user agreements, general terms and conditions, privacy policies and other available company documents. Information service providers were categorized into digital media services (commercial offerings such as streaming video or music), communication services (including social media and messaging services) and ICT services (including cloud storage and digital safes). Next, the relevant legal framework is described, and ambiguities therein are identified. In addition to inheritance law, this concerns contract law and, in particular, consumer law, intellectual property rights (especially copyright), personality rights and data protection law (General Data Protection Regulation). General property law is also important, insofar as it relates to the question whether digital assets are part of the estate. Finally, with a view to formulating possible solutions, a selection of legislation in other countries was studied.

The general picture that emerges from the **analysis of the terms & conditions** is that, to date, information service providers pay little explicit attention to the handling of digital content in the event of the death of users. An important conclusion is that it is difficult for users to get a grip on what happens to accounts and the associated digital content in the event of their death. This is due to the lack of a clear policy on the part of service providers, a complex legal framework and due to the great diversity of conditions. This diversity is partly a logical consequence of the variety of services and the freedom of contract. The (legal) uncertainty exists for the user who wants a say in what happens to data after death, but also for the next of kin, or to be more precise: heirs and possibly authorised representatives.

Some large providers (such as social media platforms Facebook and Google) do have clear(er) policies and related facilities. This is also true for providers of digital safes. They have different forms of a ‘trusted persons policy’, whereby people specifically designated by the deceased user can gain access to (part of) the digital content, or can, for example, put accounts in a ‘memorial mode’. Other forms of policy and conditions concern the retrieval of account data and content by heirs or other third parties; the takeover of the account by heirs or other third parties; and the possibility for heirs or other third parties to terminate an account.

An **analysis of the applicable legal framework** mainly shows that legal uncertainty still exists in many areas. This uncertainty does not stem so much from inheritance law itself, but from a lack of clarity as to what digital assets are part of the estate at all, such as data, the content of accounts (apart from intellectual property rights), virtual ‘objects’ and portrait rights on images of people. These are therefore questions of (general) property law. Current contract law, and especially consumer law, is not geared to the specific problems of the legal status of digital content left behind after death, such as account information, user-generated content, materials stored with cloud storage services and purchased media. Can this content, for example, ‘disappear’ from the view of heirs through ‘no survivorship’ clauses, which stipulate that upon death the user agreement ends, or are such clauses unreasonably onerous?

When it comes to intellectual property rights, and especially copyright, an underexposed problem is that users themselves are increasingly the copyright holders because they create and post content that

qualifies for protection. This is especially true for communication services (principally social media and chat apps). Since copyrights are part of the estate, the question arises as to what the shift to the cloud means for the actual control that the testator and heirs have over these property rights. Contemporary thought on these kinds of questions is not yet very developed.

A third legal domain relevant to data protection after death concerns privacy and data protection law. There is no clear recognition in Dutch law of any general right of personality that would have effect after death; the same applies to a right to protection of the privacy of the deceased. Also, the General Data Protection Regulation (GDPR) is currently not applicable to the personal data of deceased persons; the Dutch legislator deliberately chose not to extend the GDPR. However, there are various rights and obligations in data protection law that offer a starting point for dealing with the interests of users of information services in the event of death.

Little is known about the societal norms around data after death, about people's expectations concerning the existence of post-mortem privacy, and how these expectations may be changing as our lives become ever more digital. Flash surveys previously commissioned by government shows that the majority of Dutch people are not familiar with the concept of 'digital estate' and do not make arrangements regarding what happens to their data after death. It seems advisable to gain a better picture of social opinions by means of (empirical) research. These are relevant to the social acceptability of virtually any policy intervention in the field of digital legacies. This is particularly the case when it comes to the question of the desirability of granting next of kin (family, partners) and heirs (not necessarily immediate family) access to all or certain digital communications of the deceased, and who should or can regulate, in what way, what happens to digital property after death. Of particular importance here is what facilities are expected from service providers, and what the legal status is of choices made by users after death (e.g., with respect to designating an authorized person to have access, or choices to have data deleted after death).

Based on the analysis of the conditions used by service providers, the legal framework and the gaps identified in it, **solutions were formulated along three lines**. How other countries deal with the issue of digital legacy was also considered. The principles of legal certainty and autonomy are leading in all lines. Both principles play an important role in inheritance law, (consumer) contract law, personal data law and intellectual property law. Two of the three solution directions connect to existing domains, namely contract law (in particular consumer contracts) and data protection law. The third solution involves a specific legal regulation for dealing with digital property, following the example of 'digital assets acts' in the US and Australia, among others.

Within (consumer) **contract law**, several matters can be regulated that limit legal uncertainty for heirs and respect the autonomy of the user. Treating so-called 'no survivorship' clauses as unreasonably onerous places the burden on the service provider to demonstrate that there is indeed an interest in the lapse of the contract upon the death of the user, and in the deletion (or in fact the continued use by the service provider) of the digital content attached to it. Certainly, in the case of communication services (social media, messaging apps) and ICT services (email, cloud storage), the use of no-survivorship clauses is far-reaching: if the contract ends upon the death of the user, there will be no more access to the content of an account. Within consumer law, a (limited) right to portability could possibly be recognised, whereby certain content may be moved from the user's account to another account or device, with a view to ensuring access by heirs.

A more far-reaching contract law option is to strengthen the rights of users by giving them more direct control. Service providers would then be obliged, for example, to make provisions allowing users to determine what should happen to the data linked to the account in the event of death. Especially if large service providers who offer bundled services are obliged to do so, this will promote the autonomy of users. They will then have more control over much of their digital property at the same time (in social media accounts, cloud storage, email accounts, etc.), which is, after all, due to bundling and the creation of 'walled

gardens' often largely held by a particular provider such as Google, Amazon, and Apple. However, it should be further investigated whether contract law is the right domain for such a solution or whether a stand-alone digital legacy regulation would be preferable.

Another aspect where further regulation seems appropriate is to ensure that the contractual confidentiality obligations in relation to secure accounts do not extend to the sharing of data during lifetime with a view to providing access after death (to heirs in particular). Furthermore, access for heirs can also be facilitated by setting limitations on the burden of proof that service providers may impose on heirs. For instance, by stipulating that a (European) certificate of succession is sufficient, so that service providers cannot, as is currently the case, demand that the heir produce a court ruling.

A second solution lies in the area of **data protection law**. Certain rights and obligations from the General Data Protection Regulation (GDPR) could be continued post-mortem. For example, the so-called 'on hold provision' of Art. 18 GDPR can be declared applicable upon death, which would mean that personal data must be retained after death (e.g., for a period of 5 years), enjoy protection under the GDPR and may only be processed for specified purposes. Another option is to grant a right of deletion and possibly rectification of data to the heirs, the executor or trustee appointed by the deceased. In that case, the digital assets can be settled without giving access to all the personal data of the deceased. This can be particularly important when the privacy and other interests of third parties are at stake, such as with social media accounts and e-mail.

In exceptional situations, it could then be considered to grant other GDPR rights to the heirs, such as the right of access to all (personal) data stored about the deceased, if they have a clear interest in doing so. Here too, the interests of third parties, in particular the communication partners of the deceased, must be carefully considered.

Another basis on which access can be granted to heirs, for example, is consent or the execution of an agreement. Both grounds offer, in principle, room to let the person (data subject) determine which post-mortem processing is allowed - including giving access to e.g., heirs - by contractually recording it in such a way that the provisions continue to have effect. It is important to note that consent is only valid if it can also be unconditionally withdrawn (which, in the event of death, heirs would have to be able to do). The GDPR imposes strict requirements for consent to be valid.

With regard to preventing data from being orphaned or deleted after death, the GDPR's security obligation can be extended. In practice, service providers will often protect the remaining data of deceased users in the same way they do for living persons. However, if this protection is to be legally enforceable, it must be regulated, as, for example, the Irish legislator has done. The service provider must protect the data of deceased persons as if they belonged to a living person. A specific term can be set for this.

One aspect that deserves attention is enforcement. It makes a difference how a certain obligation is characterised. A (contractual) obligation may continue to exist after the termination of the agreement or consent; the associated claim to fulfilment then rests with the heirs. But the protection may also be one on which heirs or, for example, 'trusted persons' to be appointed may rely independently. It is also conceivable that an obligation of the service provider (data controller) can only be enforced by the supervisory authority, the Data Protection Authority (Autoriteit Persoonsgegevens) (e.g., post-mortem security). Incidentally, residents of the Netherlands already benefit from the *post-mortem* security obligation that applies in Ireland, since large platforms such as Google and Facebook offer services in the Netherlands from their Irish branches.

Finding a solution in the direction of extending the scope of the GDPR has more impact on some services and some parts of the digital estate than on others. After all, it will be required that personal data relating to the deceased are involved. The digital content (and tracking data) of a free communication service or a cloud storage service will generally consist of more personal data than, for example, the content of a subscription-based digital media service (although in those cases the service provider itself may collect a lot

of data on the user). However broad the GDPR may be, post-mortem application of certain rights and obligations from it would not cover all digital assets.

The third and last line is the creation of an **independent legal regulation**, a 'digital records act', inspired by existing initiatives such as those in the United States and New South Wales (Australia). This could take the form of a graduated system, whereby citizens can designate one or more authorised persons who should be able to access data from service providers after their death. Contractual conditions, e.g., regarding the secrecy of the login credentials of the deceased, cannot be invoked against them. However, such an arrangement could have far-reaching consequences, certainly when heirs are then by default granted full access to the digital assets if the deceased has made no provision for this. The social acceptability of this is uncertain; it would be advisable to investigate empirically the public's views on the desirable way of dealing with the data of deceased persons.

In the generic model, both the autonomy of the testator and legal certainty for those involved can be ensured, whereby in the choice of the specific design, one interest can be given more weight than the other. In the U.S., there is more room for the primacy of preferences laid down in tools, which is low-threshold and easy to change, but also offers less legal certainty. In Australia, on the other hand, an arrangement laid down in a will takes precedence over a subsequent designation of an authorised person via a service provider's facility (tool). Such a system would be more in line with Dutch inheritance law, and with the development of (notarial) services around digital inheritances that is emerging.

As noted above, without first gaining a good understanding of societal attitudes regarding post-mortem privacy and access by next of kin, the choice of a particular arrangement cannot be made properly. Seen from the perspective of EU law, there is **sufficient room for the Dutch legislator** to act on each of the three lines. Changes in consumer law should, however, be brought in line with the existing EU framework. For that matter, in view of the rapid development of European consumer law and the regulation of information services, it is advisable to aim for new regulations at the EU level. In the European context, it is also obvious to seek alignment with the GDPR now that the possibility is being offered to declare it (partly) applicable to personal data of deceased persons and this instrument is already being used elsewhere in Europe. An independent Dutch regulation based on, for example, the Australian digital assets act model has the advantage that the legislator is not dependent on the existing conceptual framework of the GDPR or (consumer) contract law, and that autonomy and legal certainty can be put first. If a choice is made for a Digital Records Act, it is recommended to opt for a minimal scenario, whereby the heirs are only granted access to data that are strictly necessary for the settlement of the estate, and only if the deceased has not stipulated otherwise. When a clearer picture is obtained of society's views on this, a more far-reaching standard scenario can be chosen.

Political feasibility naturally also plays an important role in the choice of a solution direction. Finally, it is important to note that, in addition to adapting the regulatory framework, systematic education about aspects of digital inheritance and awareness campaigns also seem indispensable to make it clear to citizens what is possible and permissible with their 'digital assets' after their death, and how they can make arrangements for dealing with them during their lifetime. Privacy research has shown that the ability of the average citizen or consumer to make conscious choices is limited if those choices must be made frequently and based on a lot of information (for example, accepting cookies on websites and user conditions of apps). People's concerns about privacy and data security do not immediately translate into concrete mitigating behaviours. This so-called privacy paradox is important to keep in mind when designing legal regimes for digital inheritance.

Inhoud

1	Inleiding	1
1.1	Aanleiding	1
1.2	Context van het probleem	1
1.3	Onderzoeksopdracht en methode.....	2
1.4	Leeswijzer	3
2	Digitaal bezit, informatiediensten en gebruiksvoorwaarden	4
2.1	Inleiding	4
2.2	Onderscheiden informatiediensten.....	5
2.3	Kenmerken en gebruiksvoorwaarden en <i>policies</i> van diensten	7
2.3.1	Selectie van informatiediensten en hun gebruikersvoorwaarden	8
2.4	Soort bepalingen.....	9
2.4.1	Beleid	10
2.4.2	Geen beleid	13
2.5	Bepalingen in de Algemene Voorwaarden	13
2.5.1	Directe gevolgen overlijden	14
2.5.2	Gevolgen beëindiging en verwijdering.....	14
2.5.3	Accounts: geheimhouding, juistheid gegevens, impersonificatie en overdracht	15
2.5.4	Intellectueel eigendom: auteursrecht, licentievoorwaarden en ‘User Generated Content’	16
2.5.5	Digitale goederen	17
2.6	Conclusies	17
3	Huidig wettelijk kader.....	20
3.1	Inleiding	20
3.2	Algemene erfrechtelijke aspecten	20
3.2.1	Erfrecht bij versterf	21
3.2.2	Testamenteir erfrecht	21
3.2.3	Het object van de verkrijging: de nalatenschap.....	22
3.2.4	Aanvaarding en verwerping van makingen.....	23
3.2.5	Regelingen aangaande het beheer: de executeur	24
3.2.6	Verklaring van erfrecht	24
3.2.7	Volmacht	25
3.3	Intellectuele eigendom en digitale objecten	27
3.3.1	Auteursrechten	27
3.3.2	Licenties	29
3.3.3	Domeinnamen.....	30
3.4	Portretrecht	31
3.4.1	Portret	32
3.4.2	Rechten geportretteerde en nabestaanden	32
3.5	‘Verdwaald’ digitaal bezit	33
3.5.1	Goederenrechtelijke status.....	34

3.5.2	Persoonlijke digitale communicatie en de brievenanalogie	35
3.6	Digitaal 'geld' en tegoeden	38
3.7	Overeenkomsten vanuit consumentenrechtelijk perspectief	39
3.7.1	Voortbestaan of beëindiging van de overeenkomst na overlijden	41
3.7.2	Beperkingen aan de mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst door erfgenamen.....	46
3.7.3	Tussenconclusie	48
3.8	Persoonlijke gegevens	49
3.8.1	Algemeen persoonlijkheidsrecht	50
3.8.2	Algemene Verordening Gegevensbescherming	51
3.8.3	Totstandkoming (Uitvoeringswet) Algemene Verordening Gegevensbescherming	52
3.8.4	Ruimte voor AVG-bescherming na overlijden.....	54
3.8.5	Indirecte doorwerking van AVG plichten	55
3.8.6	Indirecte doorwerking van AVG rechten.....	56
3.8.7	Tussenconclusie AVG	58
3.9	Algemene conclusies wettelijk kader.....	59
4	Praktische aspecten.....	61
4.1	Praktische problemen voor erfgenamen en nabestaanden na overlijden gebruiker	61
4.2	Praktische problemen bij het vooraf regelen van de digitale nalatenschap	62
4.3	Diensten op het gebied van digitale nalatenschappen.....	63
4.4	De onbeheerde nalatenschap.....	65
4.5	Conclusies	66
5	Grensoverschrijdende aspecten	67
5.1	Overeenkomst: toepasselijk recht en bevoegde rechter.....	67
5.1.1	Toepasselijk recht	67
5.1.2	Bevoegde rechter	68
5.2	De erfenis: toepasselijk recht en bevoegde rechter	69
5.2.1	Toepasselijk recht	70
5.2.2	Bevoegde rechter	70
5.3	Europese verklaring van erfrecht.....	71
5.4	Erkenning en tenuitvoerlegging rechterlijke beslissingen in erfrechtzaken	71
5.5	Conclusies	71
6	Aanpak in andere landen.....	73
6.1	EU lidstaten.....	73
6.1.1	Frankrijk	74
6.1.2	Italië	75
6.1.3	Duitsland	75
6.2	Common law landen	76
6.2.1	V.S. — Revised Uniform Fiduciary Acces to Digital Assets Act.....	77
6.2.2	Australië NSW	78

6.3	Conclusies	80
7	Bevindingen en aanbevelingen langs drie lijnen	81
7.1	Alomtegenwoordig digitaal bezit.....	81
7.2	Autonomie en rechtszekerheid	82
7.3	Tekortkomingen samengevat	83
7.4	Overeenkomstenrecht als instrument	84
7.5	Gegevensbeschermingsrecht als instrument.....	86
7.6	Zelfstandige 'digitale nalatenschap' regeling als instrument	88
7.7	Afsluitende overwegingen	89
Bijlagen		
	Overzicht bronnen gebruiksvoorwaarden	90
	Overzicht EU lidstaten toepasselijkheid AVG op overleden personen	93
	Geraadpleegde bronnen.....	96
	Over de auteurs	110

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Jaarlijks overlijden ruim 150.000 mensen¹ en worden er dus ook ongeveer evenveel nalatenschappen afgewikkeld. Vrijwel zonder uitzondering laten overledenen digitale ‘bezittingen’ achter, zoals sociale media-accounts, e-mails, documenten opgeslagen in de cloud en (gebruiksrechten op) allerlei media en entertainment. De vraag is of het huidige Nederlandse wettelijk kader voldoende handvatten biedt om de bij afwikkeling van digitale nalatenschappen gemoeide private en publieke belangen te behartigen. Voor de Tweede Kamer was de aanpassing van de Wet op de lijkbezorging aanleiding om eind 2019 een openbaar rondetafelgesprek te houden over deze thematiek. Op verzoek van de Tweede Kamer heeft de Minister van Binnenlandse Zaken vervolgens dit onderzoek laten uitvoeren. De ambtelijke begeleidingscommissie bestond uit leden afkomstig van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

1.2 Context van het probleem

Vrijwel elke nabestaande krijgt te maken met vraagstukken rond toegang tot en beheer van online ‘assets’ na de dood. Het gebruik van sociale media en andere online communicatiediensten door burgers is gemeengoed, onder alle leeftijden. Een paar cijfers maken de omvang van de problematiek aanschouwelijk. Inmiddels gaat van de inwoners in ons land bijna 90% dagelijks het internet op met de smartphone en andere *devices*, gebruiken 6.8 miljoen inwoners dagelijks Facebook, en telt Instagram 2.7 miljoen dagelijkse Nederlandse gebruikers.² De snelste stijging was de afgelopen jaren zichtbaar onder ouderen (65- tot 75-jarigen), waarvan inmiddels driekwart vrijwel dagelijks gebruik maakt van sociale media. Dat is bijna een verdubbeling ten opzichte van vijf jaar eerder; terwijl 10 jaar geleden 9 op de 10 ouderen sociale media nog niet gebruikten.³ Ook van de burgers ouder dan 75 jaar gebruikte in 2020 meer dan de helft wekelijks of vaker sociale media, ruim een derde van de 80+ ouderen is zelfs dagelijks actief op Facebook.⁴

Naast sociale media zijn burgers ook grootverbruikers van email, streaming film- en muziekdiensten, Appstores en cloudopslagdiensten. Waar tot niet zo lang geleden veel digitale informatie nog bewaard werd op eigen apparatuur en gegevensdragers, bevindt het digitale bezit van mensen zich in toenemende mate in de *cloud*. Er vindt *substitutie* plaats: bordspellen worden online games, consumentenmedia waaronder kranten, tijdschriften, muziek, film worden aangeboden als download of – de nieuwe norm inmiddels in de muziek en filmindustrie – via streaming on demand en steeds minder als fysiek exemplaar. Die substitutie vergroot de onzekerheid rond nalatenschappen omdat er niet zoals bij stoffelijke objecten (zaken) sprake is van ‘eigendom’ van de digitale inhoud, maar van beperkte (contractuele) gebruiksrechten, vaak in de vorm van licenties voor gebruik van door het auteursrecht of andere intellectuele eigendomsrechten beschermd materiaal. Deze gebruiksrechten kunnen in veel gevallen ook nog eens onderworpen zijn aan vreemd recht, zoals het recht van de vestigingsplaats van de buitenlandse aanbieder als die daar in algemene voorwaarden voor kiest.

Er zijn nog meer ontwikkelingen die het omgaan met nalatenschappen voor erfgenamen compliceren. Zo manifesteert zich in de strijd om de consument het fenomeen *bundeling* van producten en diensten, of van verschillende diensten. De aanschaf van een telefoon of ander digitaal apparaat gaat

¹ CBS 2020.

² Commissariaat voor de Media 2019.

³ Van den Bighelaar & Akkermans 2013.

⁴ Van der Veer et al. 2020.

tegenwoordig meestal gepaard met aanvullende diensten. Zo krijgt de koper van een Apple telefoon ‘gratis’ cloudopslagruimte (Apple iCloud) en worden entertainmentdiensten gekoppeld aan mobiele abonnementen en speakers, zoals het Spotify abonnement dat ‘gratis’ bij een internetaansluiting zit. Platforms creëren ‘walled gardens’ waar consumenten met gebruikmaking van één account een veelheid aan diensten afnemen. Een groot deel van het digitale bezit komt zo onder controle van het platform.

Een andere ontwikkeling die de situatie complexer maakt is het feit dat het tegenwoordig normaal is voor burgers om (grote) hoeveelheden ‘eigen’ werk online te zetten, de ‘*user generated content*’: teksten op Twitter, Wikipedia, LinkedIn, commentaar en reviews op allerhande platforms, foto’s en beeld op visueel georiënteerde platforms als YouTube, Facebook, Instagram, Dumptert, etc. Ook maken spelers van games eigen werelden en persona en ‘kopen’ en verhandelen zij virtuele goederen. Hier speelt juridisch gezien een complex web aan regels uit overeenkomstenrecht, consumentenrecht, intellectuele eigendom (primair auteursrechten en naburige rechten) en privacy van zowel de postende burger als derde partijen.

Deze regels hebben veelal een fundamenteelrechtelijke dimensie. Daarnaast laat iedere burger nog vele ‘datasporen’ achter zoals locatiegegevens, zoektermen, en (web)navigatie kenmerken. Op het terrein van persoonsgegevens is een complicatie dat de Europese wetgeving ter zake alleen dwingend van toepassing is op gegevens over *levende* personen. In hoeverre nabestaanden en/of erfgenamen rechten kunnen uitoefenen die bij leven toekwamen aan de overledene is onzeker. Dat geldt trouwens ook de voor vraag in hoeverre dat wenselijk is; hier spelen diverse soms conflicterende belangen.

Als laatste ontwikkeling is ook de toegenomen aandacht voor digitale veiligheid van belang. Dat leidt ertoe dat steeds meer accounts en content beschermd zijn met wachtwoorden, biometrische sloten, en versleuteling (encryptie). Dat is gunstig bij het voorkomen van misbruik (piraterij, hacking, identiteitsdiefstal) maar maakt het verkrijgen van toegang tot informatie voor erfgenamen lastiger.

1.3 Onderzoeksopdracht en methode

De algemene vraagstelling die voorlag was:

Welke eventuele aanpassingen van het Nederlandse wettelijke kader zijn wenselijk met het oog op de adequate bescherming van private en publieke belangen gemoeid met het regelen en afwickelen van digitale nalatenschappen?

Op basis van een voorlopige verkenning van veelgebruikte soort informatiediensten en -goederen die burgers afnemen zijn de meest relevante deeldomeinen geïdentificeerd van het wettelijk kader. Dit betreft naast het erfrecht het algemene vermogensrecht voor zover betrekking hebbend op de vraag welk digitaal ‘bezit’ in de nalatenschap valt. Van groot belang is daarnaast het overeenkomstenrecht en dan in het bijzonder het consumentenrecht, alsmede intellectuele eigendomsrechten (met name auteursrecht), persoonlijkheidsrechten en gegevensbeschermingsrecht (Algemene Verordening Gegevensbescherming).

Hoewel de herziening van de Wet op de lijkbezorging (Wlb) de directe aanleiding voor dit onderzoek is, is deze wet zelf geen onderwerp van onderzoek. Het doel van de Wlb is het waarborgen dat op een zorgvuldige wijze wordt omgegaan met de lichamen van overledenen.⁵ De wet stelt o.a. procedurele normen voor processen rond lijkbezorging vanaf het moment van overlijden tot en met de begrafenis, crematie of andere vorm, en geeft voorschriften voor begraafplaatsen en crematoria. De Wet op de lijkbezorging staat dus los van erfrecht en meer algemeen het vermogensrecht dat relevant is voor de vraag waaruit de ‘digitale nalatenschap’ precies bestaat. Gezien het specifieke en beperkte doel van de wet, is ook in de Kamer reeds twijfel geuit of de Wlb wel een gepast instrument is om aspecten van de digitale nalatenschap te regelen.⁶ Voor zover nadere regelgeving rond digitale nalatenschappen gewenst is, ligt het gezien het karakter van de

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 30 696, nr. 3 (Wet op de lijkbezorging; Memorie van toelichting).

⁶ Kamerstukken II 2019/20, 30 696, nr. 47 (Wijziging van de Wet op de lijkbezorging; Verslag van een algemeen overleg).

Wet op de lijkbezorging niet voor de hand om dat in die wet te regelen. In dit onderzoek blijft deze wet dan ook verder buiten beschouwing.

De hiervoor genoemde elementen van het toepasselijk wettelijk kader zijn onderzocht in het licht van veelgebruikte informatiediensten. Een analyse van de voorwaarden die aanbieders aan consumenten opleggen in gebruikersovereenkomsten, algemene voorwaarden, *privacy policies* en eventueel aanwezig beleid rond overlijden vormen daarvoor de basis. Informatiedienstenaanbieders zijn onderscheiden in digitale mediadiensten (commercieel aanbod zoals streamingvideo), communicatiediensten (waaronder sociale media en berichtendiensten) en ICT-diensten (o.a. cloudopslag en digitale kluizen). Voor een verantwoording van de selectie en gebruikte bronnen zie nader 2.3.1.

1.4 Leeswijzer

Dit rapport is als volgt opgebouwd. Na enkele inleidende opmerkingen over terminologie rond digitaal bezit, bakenen we in hoofdstuk 2 nader af op welke informatiediensten dit onderzoek zich richt. Dit gebeurt aan de hand van een typologie van door de private sector aangeboden media, informatie- en communicatiediensten. Per categorie worden de voorwaarden, *policies* en *tools* geanalyseerd die van bijzonder belang zijn vanuit het perspectief van de consument (burger) en erfgenamen.

Hoofdstuk 3 beschrijft de belangrijkste elementen uit het wettelijk kader, waarbij de relatie met de geanalyseerde voorwaarden en *policies* wordt gelegd. In hoofdstuk 4 passeren vervolgens enkele praktische problemen de revue, en de (nieuwe) diensten die daarvoor deels oplossingen bieden. In hoofdstuk 5 wordt kort aandacht besteed aan het toepasselijk recht en bevoegde rechter, op het gebied van overeenkomsten en erfrecht. Dit omdat veel dienstenaanbieders in het buitenland zijn gevestigd en bovendien in hun algemene voorwaarden rechtskeuze en forumkeuze bedingen opnemen.

Hoofdstuk 6 staat in het teken van verschillende manieren waarop in andere EU-lidstaten het gegevensbeschermingsrecht wordt ingezet om belangen bij het afwickelen van digitale nalatenschappen te dienen. Daarnaast komt de meer generieke aanpak die in de Verenigde Staten en Australië wordt voorgestaan aan bod, zodat een breder palet aan strategieën kan worden meegenomen in de aanbevelingen.

Het afsluitend hoofdstuk 7 bevat de synthese: de eerder geconstateerde problemen worden geduid in het licht van betrokken private en publieke belangen, en diverse opties om de problemen worden aangedragen.

2 Digitaal bezit, informatiediensten en gebruiksvoorwaarden

2.1 Inleiding

Zoals in de inleiding op dit rapport is uiteengezet, digitaliseert het leven van burgers in hoog tempo; soort, aantal en omvang van diensten die inwoners afnemen verandert, maar in grote lijnen zijn daar verschillende typen in te onderscheiden die relevant zijn in termen van digitale nalatenschappen. De focus in dit onderzoek ligt op het nalaten van digitaal bezit, in het bijzonder de positie van burgers waar die door de private sector aangeboden media, informatie- en communicatiediensten betreft. De term ‘bezit’ en ‘bezittingen’ gebruiken we als neutraal overkoepelend aanduiding.⁷ In feite gaat het telkens over het bezit van informatie. Waar het beperktere juridische begrip ‘bezit’ van een goed bedoeld wordt (in de zin van art 3:107 BW, het bezit van zaken, vermogensrechten) is dat expliciet aangegeven.

Dit hoofdstuk bevat een nadere analyse van soorten digitaal bezit, primair gezien door de lens van digitale informatiediensten en de juridische positie van gebruikers en hun nabestaanden. Dit omdat een steeds groter deel van digitaal bezit zich manifesteert in de online omgeving (*cloud*) en in belangrijke mate gevormd wordt door de voorwaarden die aanbieders van informatiediensten aan consumenten opleggen. Een groot deel van dit hoofdstuk is dan ook gewijd aan de analyse van gebruiksvoorwaarden van verschillende soorten veelgebruikte digitale informatiediensten. Vanzelfsprekend is het zo dat mensen ook ‘vrijstaande’ digitale bezittingen hebben, zoals bijvoorbeeld zelfgenomen foto’s met een digitale camera die (alleen) zijn opgeslagen op een geheugenkaart, of CD’s met (commerciële) muziek. Voor dat soort bezit is met name het intellectuele eigendomsrecht van belang, alsmede het portretrecht, nader besproken in 3.3 en 3.4.

Het is nuttig om vanuit het perspectief van de gebruiker verschillende typen diensten te onderscheiden, omdat de kenmerken van een dienst impact hebben op de juridische positie van de gebruiker en diens nabestaanden/erfgenamen. Het is ook van belang om de verschillende typen diensten in samenhang te beschouwen, vanwege het verschijnsel van platformisering.

In de inleiding schetsten wij reeds het verschijnsel van bundeling: de consument neemt in toenemende mate combinaties van informatiediensten (en elektronische apparaten) af. Bedrijven als Apple, Alphabet (Google), Amazon en Facebook streven naar het binnenhouden van gebruikers in wat wel heet ‘walled gardens’, waarbij het gebruik van diensten en communicatie op hetzelfde platform plaatsvindt. Zo kan de bezitter van een Apple ‘device’ (telefoon, tablet, laptop) apps downloaden uit de door Apple gecontroleerde Appstore, audiovisuele content, bladen, tijdschriften en muziek consumeren via respectievelijk AppleTV, Apple Books/Bookstore en Apple Music, betalen via Apple Pay, documenten maken met tools van Apple of goedgekeurde leveranciers, e-mailen, websurfen met browser Safari, bestanden opslaan in iCloud, direct messaging berichten uitwisselen, videogesprekken voeren, etc. Wie zich op Amazon Prime abonneert heeft toegang tot streaming video, e-games, bezorgvoordelen bij fysieke goederen, en *cloud* foto-opslag. Zeker bij dergelijke grote platforms kan de wijze waarop met digitaal bezit omgegaan wordt in gebruiksvoorwaarden en *polities* grote impact hebben. Daarnaast hebben bepaalde platforms zo’n centrale rol dat de voorwaarden die zij stellen ook doorwerken in het beleid en de voorwaarden van dienstenaanbieders die van die platforms afhankelijk zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor de grote app stores (Google Play, Appstore). Daarom zullen we daar apart aandacht aan besteden.

⁷ Vgl. ook Van der Geld 2014.

2.2 Onderscheiden informatiediensten

Een preliminair onderscheid is dat tussen diensten waarbij het verwerken en verstrekking van informatie secundair is aan de eigenlijke dienst, en die diensten waarbij informatieopslag, verwerking of verstrekking zelf centraal staat. Bij de eerdere categorie gaat het bijvoorbeeld over verzekeringen, vervoer, toerisme, gezondheidsdiensten, energielevering, of aankoop van fysieke goederen online (marktplaatsen). Dit soort diensten zijn niet aan de orde in dit onderzoek. De tweede categorie, waar informatie – in de meest ruime zin van het woord— centraal element is in de dienstverlening, is waar dit onderzoek zoals gezegd over gaat. Als overkoepelende term gebruiken wij ‘digitale informatiediensten’.

In Europese regelgeving worden verschillende definities gehanteerd van informatie- en communicatiediensten, afhankelijk van de juridische aspecten die het betreffende instrument adresseert, o.a. in het telecommunicatierecht, intellectuele eigendom, mediarecht en consumentenrecht. De afbakening die hier gehanteerd wordt sluit aan bij de recente definities ‘digitale inhoud’ en ‘digitale dienst’ uit het Europese consumentenrecht, en dan met name de zogenaamde Richtlijn Digitale inhoud, waarvan de implementatietermijn nog loopt (zie nader onderdeel 3.3). Een digitale dienst is volgens de richtlijn ‘een dienst die de consument in staat stelt gegevens in digitale vorm te creëren, te verwerken of op te slaan of toegang tot die gegevens te krijgen, of een dienst die voorziet in de mogelijkheid van het delen van gegevens of andere interactie met gegevens in digitale vorm die door de consument of door andere gebruikers worden geüpload of gecreëerd’.⁸ Opgemerkt zij dat de betreffende richtlijn slechts bepaalde aspecten van consumentenbescherming met betrekking tot digitale diensten regelt, en niet direct betrekking heeft op aspecten van digitale nalatenschap.

Binnen de overkoepelende digitale informatiediensten, kunnen we vanuit gebruikersperspectief grofweg onderscheid maken tussen digitale mediadiensten, communicatiediensten en ICT-diensten.

Bij **digitale mediadiensten** staat de consumptie van commercieel aanbod centraal. De inhoud is tekst, beeld of geluid, maar vaak ook een mengvorm daarvan. Voorbeelden zijn streaming video on demand (Netflix, Videoland), muziek streaming (Spotify, Deezer, Google Music), download en streamingdiensten voor (audio)boeken, nieuws, en tijdschriften (Amazon, Bookchoice, Koboplus). Vergeleken met klassieke ‘offline’ mediadiensten is een belangrijk verschil dat levering niet geschiedt in de vorm van een fysiek exemplaar, dat wil zeggen een fysieke drager met daarop een kopie van het werk zoals een DVD, CD of drukwerk. De inhoud wordt geleverd als bestand (download⁹) of rechtstreeks op een *device* afgespeeld (streaming), doorgaans op aanvraag van de gebruiker (streaming on demand). In de strijd om gebruikers en ook adverteerders, wijzigen continu de gebruiksmogelijkheden ofwel ‘features’. Zo is het bij steeds meer streamingdiensten mogelijk om voor beperkte tijd content te downloaden zodat ook als de gebruiker offline is deze nog toegang heeft tot bijv. muziek, of mogen op een abonnement meerdere personen gebruik maken van content (‘family plans’ etc.).

Online-dienstverlening verdringt steeds meer de ‘offline’ verkoop van exemplaren. Dat komt onder andere omdat Nederland een zeer hoge dekkingsgraad voor (breedband) internettoegang heeft, de hoogste in de EU. De vrijwel universele breedband en mobiele toegang weerspiegelt zich in de online mediaconsumptie. Van de internetgebruikers kijkt meer dan 90% video of tv-programma’s via internet, meer dan 50% luistert muziek online (downloads niet meegerekend) en meer dan 40% speelt online games of downloadt die. Onder 55+ inwoners liggen de percentages wat lager.¹⁰ Een aanzienlijk deel van wat EU-

⁸ Richtlijn (EU) 2019/770 (‘Richtlijn digitale inhoud’), *PbEU* 2019, L 136/1-27. De definitie van ‘dienst van de informatiemaatschappij’ uit de Richtlijn 2000/31/EG (‘Richtlijn inzake elektronische handel’), *PbEU* 2000, L178; Art. 3:15d BW is ruimer, want omvat ‘elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn.’

⁹ Ook hier bestaan mengvormen, een download is in principe permanent maar kan ook na bepaalde tijd door de leverancier (automatisch) verwijderd worden van het device.

¹⁰ Eurostat 2019.

burgers online aanschaffen bestaat uit entertainment zoals film en muziek, uit videogames en software, maar ook uit (online) tijdschriften, boeken en dagbladen.¹¹

Voor dit onderzoek worden ook digitale games tot de mediadiensten gerekend. Daarbij zij wel aangetekend dat er online spelomgevingen zijn waarin de spelers (gebruiker) gezamenlijk een zeer belangrijke rol spelen in de waardecreatie. De spelers zijn in die zin geen passieve consument, maar kunnen zelfs ook objecten creëren waarop intellectuele eigendomsrechten komen te rusten. Dat soort spellen zit enigszins tussen mediadiensten en de hierna te beschrijven communicatiediensten in.

Vanuit juridisch perspectief is bij digitale mediadiensten relevant dat intellectuele eigendomsrechten een centrale rol toekomen. Als onderdeel van de mediadienst krijgen gebruikers bepaalde, beperkte, gebruiksrechten ten aanzien van de digitale inhoud waarop de aanbieder of een derde partij auteurs- of naburige rechten heeft. Deze rechten en de voorwaarden waaronder ze kunnen worden uitgeoefend zijn voornamelijk neergelegd in een EULA (End User License Agreement). Doordat de Auteurswet en aanverwante wetten ook bepaalde vrijheden voor gebruikers bevatten, bijvoorbeeld ten aanzien van het maken van privékopieën, spelen die wetten bij het bepalen van de rechten en plichten ook een rol. Zie nader 3.4.

Bij **communicatiediensten**¹² staat de functionaliteit van het kunnen delen van informatie met andere personen centraal. Dat kan zowel om communicatie in kleinere kring gaan –in de privésfeer bijvoorbeeld– zoals bij berichtendiensten Whatsapp of Facetime (Apple), of email, maar ook om (semi)publieke communicatie zoals op social media platforms Facebook, Instagram, Pinterest, Twitter of Reddit. Ook hier is er sprake van convergentie.

Het zijn met name de diensten waarbij berichten bewaard blijven (op servers of eigen *devices*) die vanuit het perspectief van digitale nalatenschap relevant zijn. Bij instant (video) messaging en variaties daarop zoals Snapchat verdwijnt de boodschap immers en wordt niet ‘nagelaten’¹³. Overigens geldt hier net als bij digitale mediadiensten dat aanbieders in de strijd om het maximeren van gebruikersaantallen en interactie-intensiteit, voortdurend de features aanpassen. Whatsapp bijvoorbeeld, functioneerde bij de introductie als tekstberichtendienst tussen individuen of kleinere groepen, die sms-diensten kon vervangen (2009). Later werd het ook mogelijk om naast tekstberichtjes mediabestanden te versturen, werden de groepen groter en kon men ook met de app VOIP (video)bellen. Andere berichtendiensten maken een vergelijkbare ontwikkeling door.

Vanuit juridisch perspectief is bij communicatiediensten bijzonder relevant dat het in hoge mate gaat om de communicatie van persoonlijke gegevens en dat het de gebruikers zijn die uitingen doen waarop zij zelf rechten kunnen claimen (auteursrecht, naburig recht, portretrecht). Daarnaast treden hier belangen van andere personen –degenen waarmee of waarover de gebruiker communiceert– duidelijk op de voorgrond. Wat betreft persoonsgegevens is met name de Algemene Verordening Gegevensbescherming van belang, nader te bespreken in 3.7.¹⁴

De gebruikersvoorwaarden van communicatiediensten en dan met name sociale media, regelen dat de dienstverlener en eventueel derden bepaalde rechten krijgen om de door gebruikers gemaakte inhoud gratis te kunnen exploiteren (een ‘licentie’). Ze regelen ook de vrijwaring van de dienstverlener voor gevallen waarin een gebruiker zonder de benodigde toestemming gebruik maakt van het werk van derden, of met

¹¹ Eurostat 2020.

¹² Vanuit het perspectief van regulering van elektronische (tele)communicatie, wordt veelal het onderscheid openbare netwerken versus gesloten netwerken, en openbare diensten versus andere diensten gehanteerd. Voor de positie van de aanbieder is dat relevant omdat aanbieders van openbare communicatienetwerken en -diensten bijzondere juridische plichten hebben, o.m. met betrekking tot het garanderen van vertrouwelijkheid van communicatie, zie Van Hoboken et al. 2020.

¹³ Technisch is het mogelijk om van vrijwel elke elektronische communicatie een opname te maken, maar de auteurs gaan hier uit van normaal-typisch gebruik.

¹⁴ Voorzover diensten een elektronische communicatiedienst zijn in de zin van de zogenaamde Kaderrichtlijn (Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2002, L 108/33) en aanverwante instrumenten, zijn zij onderworpen aan diverse plichten, die het kader van dit onderzoek te buiten gaan.

plaatsing anderszins onrechtmatig handelt. Denk bijvoorbeeld aan het *posten* van een bewerking van een video.

Met **ICT-diensten** duiden we een brede categorie diensten aan waar niet zozeer mediaconsumptie of communicatie met anderen centraal staat, maar die functionaliteit bieden wat betreft toegang tot internet of het (veilig) opslaan en bewaren van *content*/inhoud en accountgegevens. Het gaat daarbij om cloudopslag, ‘passwordmanagers’, digitale ‘lockers’, webhosting etc. Toegang voor nabestaanden is hier van belang met name om inzicht te krijgen in wat aard en omvang van het digitale bezit van de overledene is. Hoewel met name cloudopslagdiensten ook een deelfunctie hebben, denk bijvoorbeeld aan ‘family plans’ en de mogelijkheid om bepaalde (collecties) van bestanden toegankelijk te maken voor derden, zijn de diensten in deze categorie primair voor individueel gebruik en niet voor communicatie met derden.

Voor alle categorieën geldt dat in de praktijk diensten zich niet altijd rigide laten classificeren. Zo zijn muziekstreamingdiensten weliswaar primair gericht op de ‘passieve’ consumptie van muziek, maar kunnen gebruikers ook muziek waarderen, favoriete nummers delen via afspeellijsten etc. Er zit dus ook een communicatie-aspect aan deze diensten. Een videodienst als YouTube, waarop iedereen een kanaal kan beginnen en video’s plaatsen, is in bovenstaande driedeling primair een communicatiedienst. Maar in de praktijk publiceert slechts een minderheid van de gebruikers zelf video’s en consumeert men vooral,¹⁵ waaronder ook veel content op ‘officiële’ kanalen van bedrijven in de entertainmentindustrie. In die zin functioneert YouTube voor veel gebruikers dus vooral als digitale mediadienst. Veel gebruikers van online sharing platforms zullen dan ook weinig ‘bezit’ nalaten op platforms. Zoals gezegd hebben cloudopslagdiensten ook functionaliteiten die het delen van bestanden mogelijk maken en in die zin hebben ze kenmerken van een communicatiedienst.

2.3 Kenmerken en gebruiksvoorwaarden en *polities* van diensten

De manier waarop en de mate waarin voornoemde informatiediensten de consequenties van het overlijden van hun gebruikers hebben geregeld lopen sterk uiteen. Enkele bedrijven hebben een duidelijk beleid dat ook is vastgelegd in de gebruiksvoorwaarden en bieden speciale online tools waarmee de gebruiker kan kiezen wat er met de account na overlijden gebeurt. Andere dienstverleners hebben geen speciale regels of technische voorziening.

Dit onderdeel beschrijft de meest voorkomende soorten beleid, en inventariseert trends op basis van een analyse van de gebruiksvoorwaarden van aanbieders van informatiediensten. Daarbij zijn per onderscheiden categorie een aantal typerende diensten geselecteerd en geanalyseerd. Zoals eerder opgemerkt ontwikkelen diensten zich snel, en kenmerkt de markt voor informatiediensten zich door convergentie, platformisering en personalisering. Niet elke dienst past daardoor uitsluitend in één bepaalde categorie, en dienstverleners bieden vaak meerdere diensten naast elkaar aan, waarbij soms dezelfde, soms verschillende gebruiksvoorwaarden gelden. Zo heeft YouTube, onderdeel van Google (Alphabet), van oudsher een social media platform waarop gebruikers zelf allerlei (zelfgeproduceerde) inhoud publiceren, zijn diensten uitgebreid met mediadiensten voor het luisteren van muziek en kijken van (reclamevrije) video op abonnementsbasis.

In het navolgende zetten we eerst uiteen welke selectie van informatiediensten is gemaakt, en welke informatie over de *polities* en gebruiksvoorwaarden onderwerp is van analyse (2.3.1). Bij de analyse zijn verschillende thema’s onderscheiden die bijzonder relevant zijn vanuit het perspectief van de digitale nalatenschap. Dienstaanbieders hebben lang niet altijd een specifiek beleid wat betreft de omgang met overlijden van gebruikers. Voor zover ze dat wel hebben, is het niet noodzakelijkerwijs onderdeel van de overeenkomst die men met de gebruiker/consument aangaat. Vandaar dat we eerst de verschillende soorten beleid per thema bespreken (2.4), en pas daarna ingaan op de specifieke (algemene) voorwaarden. De

¹⁵ Van Dijk 2013.

bepalingen op verder worden verduidelijkt aan de hand van voorbeelden uit de praktijk, met aandacht voor de verschillende invulling die diensten eraan geven (2.5). Het hoofdstuk sluit af met enkele conclusies (2.6).

2.3.1 Selectie van informatiediensten en hun gebruikersvoorwaarden

Voor alle diensten geldt dat wat betreft *soort* dienst, en binnen de soort de specifieke dienst de selectie van te analyseren gebruiksvoorwaarden is bepaald op basis van populariteit. Hiervan is een inschatting gemaakt op basis van openbare bronnen over informatie- en mediamarkten, o.a. uit marktanalyses van toezichthouders, consultancies, vakpublicaties in het media en ICT-domein, en informatie van consumentenorganisaties.

Bij digitale mediadiensten ligt de nadruk op (grote) streamingdiensten voor muziek en video en op aanbieders van games. In de categorie communicatiediensten zijn sociale media platforms vanzelfsprekend de belangrijkste soort, naast berichtendiensten. Vanwege de bijzondere (machts)positie die appstores hebben als ‘gatekeepers’ naar allerlei content, zijn ook de gebruiksvoorwaarden van appstores geanalyseerd. Tot slot is een selectie van cloudopslagdiensten, Internet Service Providers (verder: **ISPs**) en digitale kluizen/wachtwoordmanagers geanalyseerd in de categorie ICT-diensten.

Wat betreft de geanalyseerde brondocumenten, zijn per geselecteerde dienst allereerst de teksten van de gebruikersovereenkomst geraadpleegd, doorgaans neergelegd in Algemene Voorwaarden of ‘Terms of Service’. Met name grote social media platforms publiceren ook User Agreements, die dan bestaan uit (primair) de Terms of Service, welke verwijzen naar Privacy Policy, verdere ‘community guidelines’ en ‘policies’ die het platform hanteert als onderdeel van de gebruiksovereenkomst. Waar we refereren aan gebruiksvoorwaarden, is dat aan de Terms of Service inclusief de policies waarnaar deze verwijzen. Voor elke dienst is ook onderzocht in hoeverre er specifiek gepubliceerd beleid omtrent het overlijden van de gebruikers is, naast of in aanvulling op gebruiksvoorwaarden. Daarbij zijn diverse publicatie betrokken zoals documenten op klantenservicepagina’s, FAQ’s, en eventueel aanwezige formulieren voor nabestaanden en erfgenamen. De Privacy Statements van bedrijven zijn in de analyse betrokken, vanuit de gedachte dat deze relevante bepalingen kunnen bevatten voor de omgang met accounts en gebruikersgegevens na overlijden. Uit oriënterend onderzoek bleek echter dat dit niet het geval is, reden waarom ze niet apart besproken worden. Zoals verderop uiteen wordt gezet in onderdeel 3.7, is de Algemene Verordening Gegevensbescherming niet van toepassing op de persoonsgegevens van overleden personen. In dat licht is het niet verrassend dat dienstenaanbieders in hun privacybeleid geen specifieke bepalingen opnemen rond gegevens van overleden gebruikers.

Wat betreft de selectie van diensten, is zoals gezegd populariteit het voornaamste selectie criterium. Maar om te voorkomen dat dit leidt tot analyse van vrijwel uitsluitend buitenlandse (m.n. Amerikaanse) diensten, zijn ook diensten van Nederlandse origine in het onderzoek betrokken. Dit leverde onderstaande selectie op.

Bij **communicatiediensten**, zijn de meest populaire sociale media platforms en berichtendiensten WhatsApp, Facebook, YouTube, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Twitter, Snapchat, TikTok en Tumblr. WhatsApp had in 2021 zo’n 12,4 miljoen gebruikers. Tumblr 0,5 miljoen. In het dagelijks gebruik groeien ten opzichte van begin 2020 vooral LinkedIn, YouTube en TikTok.¹⁶ Onder ouderen is vooral Facebook populair. Het Nederlandse media sharing platform Dumptert is als grote aanbieder van Nederlandse origine meegenomen. Zoals zal blijken hanteren de geselecteerde aanbieders uiteenlopende *policies* met betrekking tot de accounts van overleden gebruikers.

Bij **digitale mediadiensten** betreft de selectie streaming muziek- en video, games en appstores. In de app stores-categorie zijn twee soorten aanbieders behandeld: zowel de mobiele app stores als de online winkels waar ook spellen voor PC of spelcomputer kunnen worden gekocht. Sommige van deze app stores bieden beide aan. De populariteit van App Stores is af te leiden uit het aantal apps dat erop wordt

¹⁶ Van der Veer et al. 2020, p. 7-8.

aangeboden. Google Play, Apple App Store, Windows App Store en Amazon App Store zijn de grootste aanbieders.¹⁷ Verder is, wat betreft PC en spelcomputergames, gekeken naar de platforms Steam en Origin.¹⁸

In de games-categorie is onderscheid gemaakt tussen mobiele games en niet-mobiele games. Mobiel gamen wordt veelal gedaan door de wat oudere leeftijdscategorieën.¹⁹ Voor het kiezen van de mobiele games is gekeken naar de rankings van zowel betaalde als gratis games in de Apple App Store op moment van data verzameling (26 juni 2020). Op die manier zijn Minecraft (Mojang), Bike Race Pro (TFG), Football Manager 2020 (SEGA), Monopoly (Marmalade Game Studio) en Tangle Master (Rollic Games) geselecteerd. Wat betreft de niet-mobiele games is gekeken naar de meest gespeelde online games volgens de Microsoft Store op moment van dataverzameling.²⁰ Daarbij kwamen Fortnite (Epic Games), Call of Duty (Activision), Fifa (EA Games) en Grand Theft Auto (Rockstar Games) naar voren. Hierbij is rekening gehouden met het feit dat deze games allemaal een andere producent hebben. Tot slot is de game Second Life van producent LindenLab toegevoegd, nu deze game een veelvoorkomend voorbeeld is in de literatuur omtrent digitaal nalatenschap²¹ en daarmee interessant om ook in de analyse mee te nemen.

Streamingdiensten omvatten diensten die muziek- en/of videocontent leveren. In de categorie muziekstreaming is Spotify de populairste, ook wereldwijd.²² Grote platforms zijn aanwezig in zowel muziek- als videostreaming, YouTube music en premium (Google), Apple TV, Apple Music (ook als onderdeel van Apple One) en Amazon. Netflix is de grootste videostreamingdienst in Nederland, en Disney+ is aan een opmars bezig. Daarnaast zijn twee grotere Nederlandse aanbieders meegenomen, nl. Videoland en Pathé Thuis.²³

In de categorie **ICT-diensten** betreft de selectie cloudopslag, ISPs, aanbieders van digitale kluisen en wachtwoordmanagers. Veelgebruikte cloudopslagdiensten zijn iCloud, Google Drive, Microsoft OneDrive, Mega en de Nederlandse aanbieder Stack Storage. Verder is Amazon hieraan toegevoegd, nu deze aanbieder is uitgelicht als een bedrijf dat binnen bijna alle categorieën opereert. Daarnaast zijn nog twee aanbieders van smart home applicaties die gebruik maken van een eigen clouddienst behandeld, namelijk Arlo en Logitech (producenten van o.a. cameradeurbellen en babyfoons).²⁴

Ook in de categorie ISPs zijn die providers uitgekozen die in meerdere online rankings terugkomen. Op moment van schrijven zijn Ziggo en KPN hier de grootste. Daarnaast is Budget Online op meerdere ISP lijsten terugkerend als populaire internet aanbieder opgenomen.²⁵ Dan tot slot de digitale kluisen en wachtwoordmanagers. Keepass (een gratis open source oplossing) en LastPass zijn grotere zelfstandige wachtwoordmanagers.²⁶ Wachtwoordmanagers kunnen ook ingebouwd zijn bij browsers (o.a. Firefox), en worden aangeboden als onderdeel van een software securitypakket zoals McAfee. Deze zijn voor nu buiten beschouwing gelaten. In tegenstelling tot passwordmanagers kunnen gebruikers in digitale kluisen allerlei content beveiligd opslaan; Digizeker en het Zwitserse SecureSafe zijn diensten die in Nederland bekend zijn.²⁷

2.4 Soort bepalingen

Hoe dienstenaanbieders omgaan met het overlijden van hun gebruikers blijkt meestal niet uit één document. Uit een voorverkenning bleek dat aanbieders dit niet altijd neerleggen in hun algemene voorwaarden (Terms

¹⁷ Statista 2021.

¹⁸ Zie onder meer: Murray 2017 en Greenwald 2011.

¹⁹ Mobile Marketing Association, n.d..

²⁰ 26 juni 2020.

²¹ Zie onder meer: Harbinja 2017.

²² Zie onder meer: Newsroom Spotify 2020; Pendlebury & Blanco 2020; Business Insider US 2020.

²³ Zie ook Commissariaat voor de Media 2020; Ene 2019.

²⁴ Rankings van cloudopslagdiensten onder meer RTLnieuws 2018; meer recent: WebSetNet 2020.

²⁵ Zie o.m. Martin n.d.; Beste Internet Provider n.d.; en Velema 2021.

²⁶ Independent Security Evaluators 2019; Kamp 2020.

²⁷ BNNVARA 2019.

of Service, Terms & Conditions). Het kan ook uitgewerkt zijn in apart geformuleerd beleid ('policies', 'guidelines', etc.). We betrekken drie typen documenten in de analyse: de algemene voorwaarden, gepubliceerd beleid en privacy statements. De algemene voorwaarden zijn voorwaarden in de zin van art. 6:231 sub a BW. Zij maken onderdeel uit van de overeenkomst die een gebruiker aangaat met de aanbieder. Het beleid zijn de regels omtrent het overlijden van gebruikers die neergelegd zijn in andere documenten, bijvoorbeeld op items op een webpagina, in blogs of klantenservicepagina. De juridische status van dergelijke stukken, en dan met name de vraag in hoeverre rechten en plichten hieruit onderdeel zijn van de gebruikersovereenkomst, komt aan de orde in hoofdstuk 3 (3.7).

2.4.1 Beleid

Lang niet alle dienstverleners voeren duidelijk beleid rond de omgang met accounts van overleden gebruikers. Bij degenen die dat wel doen, zien we vier varianten:

- de mogelijkheid om een vertrouwenspersoon toegang te geven;
- het opvragen van accountgegevens en inhoud door erfgenamen of andere derde;
- het overnemen van de account door erfgenamen of andere derde; en
- het opzeggen van de account door erfgenamen of andere derde.

In veel gevallen biedt de dienstverlener slechts één van deze opties aan. Sommige aanbieders geven de gebruiker zelf de mogelijkheid om een voorkeur op te geven binnen de eigen online omgeving. Dit wordt wel een 'online tool' genoemd.²⁸ Binnen deze categorieën zijn er procedurele verschillen, maar zij komen in feite op hetzelfde neer.

Wat betreft de door dienstverleners gebruikte terminologie, merken wij op dat deze vanuit juridisch perspectief vaak ambigue is. Aanduidingen als nabestaanden, familie, naasten, vertrouwenspersoon worden gebruikt naast meer formele aanduidingen zoals erfgenamen. In de beschrijving van de gebruiksvoorwaarden volgen wij de door de aanbieders gehanteerde termen.

Toegang door vertrouwenspersoon

Enkele aanbieders hebben ervoor gekozen de gebruiker de optie te geven een 'vertrouwenspersoon' aan te laten wijzen via een online 'tool'. Als voor deze optie wordt gekozen, wordt daarmee afgeweken van de standaard, waarin niemand toegang kan krijgen tot de account zonder inloggegevens. Deze door de gebruiker aangewezen persoon kan, op een wijze die verschilt per platform, na de dood van de gebruiker toegang krijgen tot (een deel van) de account en gegevens van de overledene. Dit is niet noodzakelijkerwijs een erfgenaam. Het is een rol die vergelijkbaar is met die van de zogenaamde 'social media executeur' van de digitale nalatenschap, zie verder 3.2.

Dit beleid wordt onder meer gehanteerd door verscheidene grote sociale mediadiensten. Het gerelateerde **Facebook** en **Instagram** bieden allebei de mogelijkheid om een pagina een 'herdenkingsstatus' te geven. De gebruiker kan deze optie in de accountinstellingen beheren en indien gewenst aangeven wie deze pagina zal beheren. Als dit niet is aangegeven zal het account verwijderd worden als duidelijk wordt dat de gebruiker is komen te overlijden. De beheerder van de herdenkingspagina kan slechts bepaalde handelingen verrichten en niet inloggen op de pagina zoals de overledene dat kon. Daarmee blijven rechtstreekse berichten ('direct messages') privé en kan eerder geposte content slechts beperkt gewijzigd worden. Indien er geen beheerder in de online tool is aangegeven kan de account ook op eigen initiatief van de nabestaande verwijderd worden.

Bij Instagram dient de nabestaande voor het verwijderen wel enkele documenten aan te leveren, zoals het geboortebewijs van de overleden persoon, de overlijdensakte en een juridisch bewijs van dat deze

²⁸ In sommige landen is ook wettelijk geregeld dat een gebruiker zo'n *legacy contact* kan aanwijzen, zie nader hoofdstuk 6.

persoon als ‘wettige’ vertegenwoordiger van de overledene of diens nalatenschap bevoegd is de account te verwijderen. Welke vorm dit bewijs dient te hebben wordt niet gespecificeerd. Dit geldt ook voor Facebook, waarbij één document ter bewijs van de bevoegdheid aangeleverd dient te worden, bijvoorbeeld een volmacht, testament of verklaring van erfrecht (‘estate letter’). Daarnaast dient één document ingediend te worden als bewijs dat de dierbare is overleden, bijvoorbeeld een akte van overlijden, overlijdensbericht of rouwkaart.

Bij **YouTube**, een dienst die wordt aangeboden door **Google** en waarbij wordt ingelogd met een **Google**-account, is er de mogelijkheid om via de instellingen van de account de zogenaamde ‘Inactiviteitsvoorkeuren’ aan te passen. Zo kan een gebruiker aangeven dat specifieke personen gedurende drie maanden na een zelf in te stellen periode van inactiviteit (tussen de 3 en 18 maanden) tot specifieke onderdelen van de Google Account toegang kunnen krijgen. Ditzelfde geldt voor andere **Google**-diensten, zoals **Google Drive** en **Gmail**. De gebruiker kan een boodschap ‘klaarzetten’, die Google verstuurt aan het opgegeven emailadres zodra de ingestelde periode van inactiviteit is verlopen. Verificatie gebeurt aan de hand van een door de gebruiker opgegeven telefoonnummer van de contactpersoon. Indien gewenst kan er ook voor worden gekozen de account en bijbehorende gegevens na een bepaalde periode van inactiviteit te verwijderen. In december 2020 heeft Google dit beleid aangescherpt door hieraan toe te voegen dat, ook indien er een vertrouwenspersoon is aangegeven, na twee jaar van inactiviteit de Google account en alle inhoud daarvan verwijderd zal worden. Dit geldt tevens indien het maximum aan opslagruimte die Google biedt door de gebruiker twee jaar of langer wordt overschreven. De gebruiker wordt drie maanden voor de verwijdering hierover wel ingelicht via het bij Google bekend mailadres.²⁹

Een type ICT-dienst dat gebruik gemaakt van de vertrouwenspersoon is de voor dit onderzoek geanalyseerde digitale kluisaanbieder/wachtwoordmanager. Dit is logisch, nu een van de mogelijke doelen van deze kluisen is om bepaalde informatie te openbaren aan naasten in een noodgeval of na de dood. Zo kan de kluis van **Digizeker** worden geregistreerd bij de notaris en kan er bij testament door de accounthouder bepaald worden wat hiermee dient te gebeuren. Bij het overlijden worden de in de kluis opgeslagen gegevens, zoals wachtwoorden maar ook belangrijke digitale documenten, beschikbaar voor de erfgenamen. De notaris kan melding maken van de aanwezigheid van de kluis via het Centraal Testamentenregister. Dit is vergelijkbaar geregeld bij **SecureSafe**. Ook daar kan een gebruiker iemand aanwijzen (‘Trustee’) die bij overlijden van de gebruiker met een code online een digitale kluis kan openen voor de nabestaanden (‘Beneficiaries’). De gebruiker is er zelf verantwoordelijk voor dat dit volgens het nationale erfrecht is geregeld, bijvoorbeeld door dit neer te leggen in een testament. Deze Beneficiaries kunnen vervolgens 90 dagen lang met aan hen door SecureSafe toegestuurde inloggegevens toegang krijgen tot deze kluis en de inhoud bijvoorbeeld downloaden. **LastPass** heeft het zogenaamde LastPass Emergency Access. Met deze feature kunnen gebruikers van LastPass registreren welke persoon in geval van nood of bij overlijden toegang kan krijgen tot de bij LastPass opgeslagen wachtwoorden. Om deze mogelijkheid daadwerkelijk te effectueren moet deze persoon echter zelf ook een LastPass account hebben.

De optie die Digizeker en SecureSafe bieden om hun digitale kluis te koppelen aan een wachtwoordmanager maakt dat de wachtwoorden in de kluis ook up to date en bruikbaar voor nabestaanden blijven. **KeePass** hanteert een meer analoge versie van dit beleid. Het biedt de mogelijkheid een zogenaamde ‘emergency sheet’ te downloaden en te printen. Daarop staat de informatie die nodig is om de database te openen. Het ‘masterwachtwoord’ om toegang te krijgen tot de wachtwoorden moet de gebruiker er zelf opschrijven, nu KeePass geen toegang heeft tot het masterwachtwoord. Aangeraden wordt deze emergency sheet in een kluis of op een andere veilige plek op te slaan voor nabestaanden of naasten.

²⁹ Deze aanpassing lag na de peildatum, maar is toch meegenomen.

Opvragen van gegevens

Een andere mogelijkheid is het opvragen van bepaalde gegevens of data, zonder daarbij de account van de overledene over te nemen. De **Google**-diensten bieden dit als mogelijkheid indien er geen vertrouwenspersoon is aangegeven via de Inactiviteitsvoorkeuren. Via de 'support'-pagina kunnen de gegevens van een overledene worden opgevraagd door naaste familieleden en vertegenwoordigers, waaronder YouTube-video's, e-mails en metadata zoals de zoekgeschiedenis. Daarvoor zijn echter wel in de eerste fase een beëdigde vertaling van de overlijdensakte en een kopie van een identiteitsbewijs nodig en in de tweede fase een rechterlijk bevel dat is uitgevaardigd in de Verenigde Staten. Ook kan in de tweede fase nog aanvullend bewijsmateriaal geëist worden. Al deze communicatie gaat via het kantoor in de Verenigde Staten. Google stelt de familieleden en vertegenwoordigers te zullen helpen het Amerikaanse rechterlijk bevel te verkrijgen, maar biedt geen garantie dat na het uitvoeren van deze stappen de gegevens ook daadwerkelijk verstrekt zullen worden.³⁰ Het kunnen tonen van een rechterlijk bevel is een eis die meerdere cloudopslagdiensten eisen. Ook **Dropbox** en **OneDrive** bieden de mogelijkheid om data en bestanden op te vragen, onder voorwaarde dat een geldig rechterlijk bevel, een vonnis of een niet-criminele dagvaarding wordt getoond. Dropbox zal dan enkel bestanden aanleveren als zij hiertoe verplicht wordt. Microsoft stelt voor OneDrive in dat geval te overwegen toegang tot het account te bieden. In Duitsland daarentegen kan via de klantondersteuning van Microsoft wel toegang verkregen worden.

Een ander groot bedrijf dat voor deze optie kiest is **Amazon**. Volgens het beleid van Amazon kunnen gegevens worden verstrekt aan 'bevoegde personen'. Wie dit zijn wordt niet verduidelijkt. Indien een gewaarmerkte kopie van de overlijdensakte als bijlage aan een e-mail wordt toegevoegd en gestuurd naar bereavement-support@amazon.nl kunnen door Amazon bepaalde accountgegevens worden verstrekt. Ook kunnen cadeaubonnen worden overgezet naar een andere account. Aanspraak hierop moet worden aangetoond. Als deze niet blijkt uit de overlijdensakte, moet een ander bewijs van relatie met de overledene worden opgestuurd.

Overnemen

Een andere optie die bedrijven aanbieden naast het beëindigen van de account door een erfgenaam, executeur of gevolmachtigde, is overname van de account, waarbij de overeenkomst overgezet kan worden op de eigen naam. Dit is anders dan bijvoorbeeld de herdenkingspagina van Facebook, nu daar de account wordt voortgezet onder de naam van de overledene en bepaalde functionaliteiten worden beperkt. Deze overname-optie wordt onder meer geboden door alle ISPs die in het kader van dit onderzoek zijn onderzocht. **Ziggo** en **KPN** bieden de mogelijkheid om via een online formulier het abonnement op te zeggen of over te nemen na overlijden. Hiertoe dienen de gegevens van de overledene en van de nieuwe contractant (niet noodzakelijkerwijs de erfgenaam) te worden doorgegeven. **KPN** maakt gebruik van de diensten van Closure, een bedrijf dat ingeschakeld kan worden om alle opzeggingen en contractovernames na een overlijden te regelen. Bij **KPN** kan de gebruiker door te kiezen voor de inzet van Closure dus tegelijkertijd andere abonnementen opzeggen. Meer over Closure in onderdeel 4.3. KPN heeft voor contractovername echter wel het nummer van de overlijdensakte nodig, een kopie van een geldig identiteitsbewijs van de nieuwe contractant en een geprint en ondertekend contractovernameformulier. Bij **Budget** kan de overeenkomst worden beëindigd of gewijzigd. Dit kan telefonisch worden gedaan door met de klantenservice te bellen.

³⁰ Bleich & Mulder 2013.

Opzeggen

De ISPs die overname aanbieden bieden ook het opzeggen van de account als een alternatief. Sommige bedrijven wijzen het opzeggen van het account echter expliciet aan als enige mogelijkheid voor erfgenamen.

Bij sociale mediadienst **LinkedIn** krijgt een pagina geen herdenkingsstatus en kunnen gegevens niet worden opgevraagd. Wel kunnen bekenden van de overledene het overlijden van een gebruiker melden. Dit hoeft niet noodzakelijkerwijs door de erfgenaam gedaan te worden. Bij een verwijderingsverzoek wegens overlijden dient de relatie van de verzoeker tot de overledene te worden aangegeven (directe familie, uitgebreide familie of geen familie), de datum van overlijden en een overlijdensbericht. Het profiel wordt dan verwijderd. Voor **Twitter** geldt iets vergelijkbaars, ook daar is enkel verwijdering van het profiel mogelijk. Deze aanvraag kan worden gedaan door persoon die gemachtigd is om de nalatenschap af te handelen (erfgenaam, executeur of gevolmachtigde), of door een geverifieerd familielid van de overledene. Aangeleverd moet worden: gegevens over de overledene, een kopie van het identiteitsbewijs van aanvrager en een kopie van de overlijdensverklaring.

Een aantal aanbieders van streamingdiensten biedt de mogelijkheid om via de mail of de klantenservice de account te laten verwijderen indien de inloggegevens niet beschikbaar zijn. Daarmee wordt in feite een opzegmogelijkheid aan nabestaanden geboden. Dit is het geval bij **Pathé Thuis**, **Netflix** en **Spotify**. Hiervoor moet een (beperkte) hoeveelheid informatie aangeleverd worden.

In het algemeen valt op dat dienstverleners weinig specifiek zijn over wie na overlijden wat kan regelen; de gebruikte terminologie sluit niet aan bij wat vanuit erfrechtelijk perspectief bevoegdheden zijn. Een naaste of familielid komt alleen bevoegdheid toe om rechtshandelingen te verrichten (zoals het opzeggen van een overeenkomst), als deze persoon de juiste ‘status’ heeft, als erfgenaam, gevolmachtigde bijvoorbeeld.

2.4.2 Geen beleid

Er resteren echter nog veel bedrijven die geen speciaal beleid hebben met betrekking tot het omgaan met de accounts en gegevens van overleden gebruikers. In dat geval lijkt de default te zijn dat een account alleen verwijderd kan worden via de normale verwijderingsprocedure voor gebruikers. Over het algemeen zijn hiervoor de inloggegevens nodig. Een specifieke verwijderingsprocedure voor erfgenamen is vaak niet aanwezig. Deze gegevens hebben echter niet alle nabestaanden tot hun beschikking. Bovendien wordt het overdragen van deze gegevens in de algemene voorwaarden veelal aan gebruikers verboden. Dit maakt het voor de erfgenamen lastig om toegang te krijgen.

Diensten die geen specifiek beleid hebben rond overlijden zijn sociale mediadiensten **Dumpert**, **Tumblr** en berichtendiensten **WhatsApp** en **Snapchat**. Hetzelfde geldt voor cloudopslagdiensten **Strato** en **Mega**. Bij de Smart Home applicaties heeft **Logitech** geen specifiek beleid. Verder blijken aanbieders van **games** weinig te regelen met betrekking tot het overlijden van gebruikers. Wel worden de algemene voorwaarden van app stores over het algemeen ook van toepassing verklaard op de games, waardoor indirect er toch een ander beleid van toepassing kan zijn.

Veel app stores hebben echter geen specifiek beleid, waaronder **Samsung Galaxy Apps**, en de **gameplatforms Steam** en **Origin**. Dit geldt eveneens voor streamingdiensten **Videoland** en **Disney+**. Bij al deze aanbieders kunnen accounts wel verwijderd worden, maar hiervoor zijn de inloggegevens nodig.

2.5 Bepalingen in de Algemene Voorwaarden

Zoals eerder aangegeven is het bovenstaande beleid veelal niet neergelegd in de Algemene Voorwaarden (ook wel ‘Terms of Service’ of ‘Terms and Conditions’). De algemene voorwaarden verwijzen doorgaans slechts in zeer algemene zin naar de verdere voorwaarden die zijn verbonden aan bijvoorbeeld een abonnement en naar de gedragsregels die voor gebruikers gelden. Over de verbindendheid daarvan, zie

nader hoofdstuk 3.3. Onderstaande analyse betreft bepalingen die relevant zijn in het kader van de digitale nalatenschap die in Terms of Service staan.

2.5.1 Directe gevolgen overlijden

Slechts een beperkt aantal bedrijven heeft een bepaling in de algemene voorwaarden opgenomen die direct ziet op het overlijden van de gebruiker. Deze heeft dan vaak ofwel de vorm van een ‘no right of survivorship’-bepaling, ofwel een mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen na overlijden.

Allereerst wat betreft de ‘no right of survivorship’-bepaling. Deze wordt in de voorwaarden van **Apple** ook wel ‘geen recht van de langstlevende’ genoemd en gehanteerd in de Algemene Voorwaarden voor zowel **iCloud** als de **AppStore** en bijvoorbeeld **Apple Music**. In deze bepaling is neergelegd dat de Apple-account (Apple ID) niet overdraagbaar is en dat alle rechten met betrekking tot Apple ID en het ‘materiaal’ dat hierbij hoort vervallen bij overlijden. Daaronder valt dus ook de muziek gekocht via Apple Music, de apps uit de App Store, maar ook alle documenten en foto’s opgeslagen in de iCloud. De account wordt verwijderd bij ontvangst van een afschrift van een overlijdensakte. Ook kan een account verwijderd worden als deze één jaar niet geactiveerd is geweest. Een dergelijke bepaling is ook opgenomen door smart home applicatie aanbieder **Arlo**. In de Voorwaarden staat dat er ‘geen recht op overleven’ is en de account bij overlijden dus niet over kan gaan. Deze bepaling maakt eveneens deel uit van de Terms and Conditions van online game **Second Life**. Tokens en virtuele goederen uit de game gaan bij de dood van de accounthouder ingevolge de Algemene Voorwaarden niet over naar de erfgenaam. Over de rechtsgeldigheid van dit soort bepalingen, zie nader onderdeel 3.3.

Een andere vorm van een bepaling die betrekking heeft op het overlijden van de gebruiker is in de algemene voorwaarden van **Facebook** opgenomen. Facebook heeft in de algemene voorwaarden het vertrouwenspersoon-beleid (waarbij een persoon de pagina van de gebruiker als herdenkingspagina kan blijven beheren) een grondslag gegeven. In deze bepaling is opgenomen dat de gebruiker iemand kan aanwijzen om de account te beheren. Hierbij wordt gespecificeerd wie deze persoon is, namelijk

‘...de contactpersoon voor het account met herdenkingsstatus of een persoon die je hebt aangewezen in een geldig testament of soortgelijk document waaruit duidelijke toestemming blijkt om je inhoud na overlijden of bij onvermogen openbaar te maken.’

Zijn er verschillende personen aangewezen, dan zal gezien Nederlands erfrecht de persoon die bij testament is aangewezen voorgaan (zie nader 3.2). De vertrouwenspersoon kan om ‘vrijgave’ van de account vragen. Digitale kluisaanbieder **SecureSafe** heeft het eigen vertrouwenspersoonbeleid gedetailleerd opgenomen in de algemene voorwaarden.

Andere bedrijven hebben bepalingen opgenomen met betrekking tot het eindigen van de overeenkomst bij overlijden. **Stack Storage** heeft in de Algemene Voorwaarden opgenomen dat de overeenkomst eindigt bij overlijden. Ook ISPs **KPN**, **Ziggo**, en **Budget Internet** hebben dit opgenomen in hun voorwaarden. Ziggo expliciteert dit door op te nemen dat elk van de erfgenamen recht heeft om met onmiddellijke ingang de abonnementen van de klant op te zeggen.

Een laatste noemenswaardige aanbieder is **Digizeker**. Hoewel het overlijden van de gebruiker niet expliciet wordt genoemd in art. 1.3 van de Algemene Voorwaarden, wordt het eerdergenoemde beleid waarbij een notaris kan worden aangewezen als vertrouwenspersoon wel neergelegd in de Voorwaarden. Hiermee wordt hun beleid duidelijk onderdeel van de overeenkomst.

2.5.2 Gevolgen beëindiging en verwijdering

Naast de eerdergenoemde mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen, zijn er in de algemene voorwaarden van enkele bedrijven nog andere opties opgenomen om een account te beëindigen of gegevens te verwijderen. Zo zijn er enkele bedrijven die de account inclusief accountgegevens verwijderen na een

bepaalde periode van inactiviteit. Een voorbeeld hiervan is **TikTok**. Ook **Google** heeft een vergelijkbare dienst. Daarbij kan door de gebruiker zelf worden gekozen hoe lang deze periode van inactiviteit dient te zijn (zie hiervoor ‘Toegang door vertrouwenspersoon’).

Vrij algemeen kan geconcludeerd worden dat na het verwijderen van het account en het daarmee opzeggen van de overeenkomst, de gegevens die hieraan gekoppeld zijn worden verwijderd. Dit geldt bijvoorbeeld voor de content die is opgeslagen via cloudopslagdiensten of in digitale kluizen, en voor ISPs die ook de mogelijkheid bieden om een e-mailadres of domeinnaam aan te maken. **Ziggo** heeft bijvoorbeeld in de voorwaarden opgenomen dat mailadressen en domeinnamen komen te vervallen indien het abonnement wordt opgezegd.³¹ Twee maanden na afloop van het abonnement wordt deze informatie tevens automatisch verwijderd. **KPN** heeft in de voorwaarden opgenomen medewerking te zullen verlenen aan verzoeken van Klant tot verhuizing, overdracht of opzegging van domeinnamen.

Sommige bedrijven hanteren nog een bepaalde bewaartermijn, bijvoorbeeld omdat zij hiertoe een wettelijke plicht hebben of om een bepaalde ‘bedenktermijn’ te gunnen.

2.5.3 Accounts: geheimhouding, juistheid gegevens, imitatie en overdracht

Een type bepaling dat in het grootste deel van de geanalyseerde voorwaarden terugkomt is een bepaling die het persoonlijke karakter van de overeenkomst en het houden van het account benadrukt. In sommige voorwaarden wordt letterlijk opgenomen dat accounts persoonlijk en persoonsgebonden zijn, maar ook deze bepaling kent verschillende vormen.

In vrijwel alle voorwaarden wordt benadrukt dat de gegevens die door de gebruiker worden aangeleverd accuraat en up-to-date dienen te zijn. Hiermee in lijn is het verbod op ‘impersonation’ (imitatie). Dit staat in de algemene voorwaarden van sociale mediadiensten, cloudopslagdiensten en aanbieder van games. Gebruikers mogen zich op deze platforms niet uitgeven voor een ander persoon. De vraag is of indien een erfgenaam een account voortzet onder de naam van de overledene, deze bepalingen worden geschonden, met name bij diensten waar het persoonlijk profiel van mensen centraal staat zoals op sociale media.

Vrijwel alle voorwaarden schrijven voor dat inloggegevens geheim gehouden dienen te worden. Waar dit bij de meeste aanbieders beperkt is tot een bepaling die de gebruiker zelf verantwoordelijk maakt voor het bewaken van de vertrouwelijkheid van haar of zijn wachtwoord, is in sommige voorwaarden expliciet neergelegd dat het verboden is om wachtwoorden te delen met derden. Onder meer **sociale mediadiensten, streamingdiensten** en **ISPs** maken expliciet dat inloggegevens niet aan derden mogen worden verstrekt. Dit betekent dat als een gebruiker bij leven de inloggegevens van de account deelt met haar of zijn naasten, dit tegen de voorwaarden van de aanbieder ingaat. Meerdere partijen, waaronder **Amazon** en verscheidene **streamingdiensten**, verbieden gebruik van het account door derden in het geheel. Hoe dergelijke geheimhoudingsverplichtingen te duiden zijn in het licht van consumenten- en erfrecht behandelen we nader in 3.7.

Tot slot vloeit uit het persoonsgebonden karakter van deze accounts voort dat overdracht hiervan in de meeste voorwaarden ook wordt beperkt. Over het algemeen kan de gebruiker de overeenkomst niet overdragen zonder (schriftelijke) toestemming van de dienstverlener. Voor de erfgenamen heeft dit geen directe consequenties aangezien onder overdracht niet is te begrijpen de overgang van verbintenissen onder algemene titel, zie hierover nader 3.3.1.

³¹ In het kader van het vergemakkelijken van wisselen van providers, wordt wel betoogd dat via zelfregulering of wettelijke verplichting, email tot 1 jaar na beëindiging van een overeenkomst toegankelijk zou moeten blijven zodat de gebruiker mail kan laten forwarden. Zie NLconnect 2019.

2.5.4 Intellectueel eigendom: auteursrecht, licentievoorwaarden en 'User Generated Content'

Relevant voor erfgenamen zijn ook bepalingen met betrekking tot het intellectueel eigendom, met name het auteursrecht. Deze rechten kunnen waarde hebben in het economisch verkeer, maar er zit ook een persoonlijkheidsrechtelijke kant aan (hierover nader 3.4). In veel gevallen zal sprake zijn van intellectuele eigendomsrechten van de dienstverlener (of daaraan verbonden partijen), en had de overledene een gebruiksrecht. Maar omdat o.a. auteursrechten van rechtswege ontstaan en aan de voorwaarden voor bescherming makkelijk is voldaan, zal ook vaak sprake zijn van eigen auteursrechten van de overledene, bijvoorbeeld op zelfgemaakte zogeheten 'User Generated Content' (verder: UGC) zoals videoclip, teksten en beeld gepost op sociale media etc.

Allereerst wat betreft de rechten die de gebruiker heeft ten aanzien van de diensten, de dienstverlener geeft daarbij een *licentie aan de gebruiker*. Voor het gebruik van de software en andere informatie (emoji's bijvoorbeeld) verlenen de meeste diensten een beperkte, herroepbare, wereldwijde, niet-exclusieve, niet-overdraagbare en vaak ook niet-sublicentieerbare licentie aan de gebruiker. Deze licentie eindigt met de verbonden gebruikersovereenkomst. Met name bij sociale media en digitale mediadiensten betreft de licentie uitsluitend persoonlijk en niet-commercieel gebruik. Verder komt het veelvuldig voor, dat wordt benadrukt dat er bij het downloaden of ontvangen van de software geen (intellectuele) eigendom wordt overgedragen; dit zien we voornamelijk in de voorwaarden van games en streamingdiensten.

App stores nemen over het algemeen een vrij standaard 'End User License Agreement' of 'Licentie voor Eindgebruikers van Gelicentieerde Apps' (verder: EULA) op, waarin de voorwaarden van derden appaanbieders en ontwikkelaars ook van toepassing worden verklaard. In de EULA kunnen eventueel aanvullende voorwaarden worden gesteld door de leverancier van de derden-app (d.w.z. een app die niet is ontwikkeld door de aanbieder van de app store). Dit houdt bij de Apple App Store bijvoorbeeld in dat de verantwoordelijkheid voor de inhoud, garanties en eventuele vorderingen ten aanzien van de door derden aangeboden apps uitsluitend bij de leverancier daarvan berust. De gebruiker dient enkel te aanvaarden dat Apple een derden-begunstigde is bij de op de derden-app toepasselijke Standaard of Bijzondere Licentieovereenkomst en op grond daarvan naleving daarvan kan afdwingen. Samsung benadrukt expliciet enkel als distributeur te handelen en geen partij te zijn bij de licentie. Samsung heeft enkel zeggenschap op de door Samsung zelf aangeboden apps, en ten aanzien van de downloadvoorwaarden, bijvoorbeeld hoe vaak een app gedownload kan worden, op hoeveel verschillende apparaten en welk gebruik is toegestaan (tenzij hierover in de EULA andere afspraken zijn gemaakt).

Over het algemeen verlangt de dienstverlener ook een *licentie van de gebruiker*, voor het gebruik door de dienst en/of derden van de User Generated Content. Het gaat hier eveneens om een wereldwijde, royaltyvrije, niet-exclusieve licentie, onder meer bij cloudopslagdiensten, games en sociale mediadiensten. De licentie voor UGC die aan **Amazon** wordt verleend is tevens onherroepbaar en volledig te sublicentiëren. Dit geldt ook voor bijvoorbeeld de boekentak van Amazon, **Kindle**. Dit recht vervalt echter bij beëindiging van de overeenkomst door een van beide partijen. Per dienst kan het ook verschillen wat de reikwijdte is van de toestemming die de gebruiker moet geven. Bij Snapchat bijvoorbeeld geeft de gebruiker een in de tijd beperkte licentie voor het gebruik van 'inhoud' door Snapchat of zusterbedrijven om de dienst te kunnen verzorgen en promoten. Voor zogenaamde 'publieke inhoud' –'verhalen' die de gebruiker deelt via zijn account in een publiek kanaal-- moet de gebruiker veel verdergaande toestemming verlenen die erop neer komt dat Snapchat en gelieerde partners een eeuwigdurend gratis recht krijgen om de inhoud te mogen gebruiken en exploiteren op allerlei manieren. Deze toestemming heeft ook betrekking op het gebruik van de naam, beeltenis en stem.

Een van de weinige diensten waarbij de gebruiker geen licentie verleent ten aanzien van de eigen inhoud, betreft de digitale kluizen. Voor content die de gebruiker opslaat bij **Digizeker**, **LastPass** en **KeePass** hoeft deze geen gebruikslicentie te verlenen aan de aanbieder. Alle rechten blijven bij de

accounthouder. Dit hangt samen met het feit dat de gebruiker controle moet kunnen houden over het delen van de content; doorgaans is het juist de bedoeling deze vertrouwelijk te houden.

2.5.5 Digitale goederen

Voor erfgenamen kan het ook relevant zijn om te weten of er digitale goederen aan accounts gekoppeld zijn. Bekende voorbeelden zijn spelomgevingen waarin virtuele ‘goederen’ (objecten zoals wapens, amuletten, gebouwen, machines, grondstoffen) verkregen worden, of virtuele valuta. In de Algemene Voorwaarden van aanbieders van games wordt benadrukt dat gebruikers geen (intellectuele) eigendomsrechten hebben op deze virtuele goederen, maar slechts beperkte, persoonlijke, herroepelijke, niet-overdraagbare, niet-sublicentieerbare licenties. Het kopen, ontvangen, winnen of verdienen van deze goederen houdt niet de overdracht van enige eigendomsrechten in en overdracht van dergelijke goederen is over het algemeen enkel ‘binnen de gameplay’ mogelijk. Bovendien wordt bepaald dat deze goederen geen ‘echte waarde’ vertegenwoordigen in het normale economisch verkeer. Zij kunnen bij de dienstverlener ook niet worden ingewisseld voor ‘echt geld’. Het eerdergenoemde LindenLab, de producent van de game **Second Life**, heeft boven op deze regel nog een specifieke ‘no right of survivorship’-bepaling met betrekking tot virtuele goederen. Ook **TikTok** heeft een eigen betaalsysteem binnen de app, de ‘Coins’, die met normale betaalmiddelen worden gekocht. Coins in het tegoed kunnen gebruikt worden binnen de app maar zijn niet inwisselbaar voor geld.

Andere digitale goederen zijn bijvoorbeeld verdiende punten in puntensystemen of tegoeden. Microsoft, de producent van OneDrive, heeft bijvoorbeeld een digitaal puntensysteem. Net zoals bij de meeste virtuele goederen, kunnen deze punten niet worden overgedragen. Wel kunnen ze worden gedeeld binnen de ‘Microsoft-familie’. De algemene voorwaarden bepalen dat ze niet gelden als persoonlijk eigendom en ook niet kunnen worden ingewisseld voor contant geld. Ook verscheidene streamingdiensten maken gebruik van tegoeden, die niet inwisselbaar zijn, noch vatbaar voor terugstorting, terugbetaling of ruil, voor overdracht of doorverkoop. Deze tegoeden vervallen over het algemeen bij beëindiging van de overeenkomst. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor de tegoeden die een abonnee heeft bij KPN. Er is slechts één onderzocht platform waarbij dat anders is. Gameplatform Steam heeft een zogenaamde ‘Wallet’ voor tegoeden en virtuele goederen. Opvallend is dat zij in hun voorwaarden hebben opgenomen dat bij afwezigheid van een aanspraak op een bepaald eigendom, dit wordt overgedragen aan de bevoegde autoriteit. Dit zou van toepassing kunnen zijn bij overlijden. Zie over digitale goederen en digitaal geld verder onderdeel 3.6.

2.6 Conclusies

Het algemene beeld dat naar voren komt uit de analyse, is dat aanbieders van informatiediensten tot op heden weinig oog hebben voor de belangen van zowel de gebruiker zelf als die van erfgenamen (of breder nabestaanden) rond de digitale nalatenschap en de afwikkeling daarvan. De belangrijkste conclusie is dat vanwege de grote diversiteit aan voorwaarden en het ontbreken van een duidelijk beleid, het moeilijk is voor gebruikers om grip te krijgen op wat er bij overlijden gebeurt met accounts en daaraan gekoppelde digitale inhoud. Dat geldt evenzeer voor nabestaanden, of preciezer: erfgenamen en eventueel gevolmachtigden.

Veel aanbieders van informatiediensten hebben geen specifiek beleid, en ook geen specifieke bepalingen in de algemene voorwaarden waarin is neergelegd wat er gebeurt bij overlijden van de gebruiker. De uitzonderingen hierop zijn de grote platforms, die hier in de praktijk vaker mee geconfronteerd worden. Ook aanbieders van digitale kluizen hebben over het algemeen wel beleid en voorwaarden rond beheer bij overlijden, omdat dit juist (ook) een onderdeel is van de dienstverlening die ze willen bieden aan gebruikers.

Waar bedrijven wel een beleid voeren, is dit niet altijd neergelegd in de algemene voorwaarden. Dit werkt rechtsonzekerheid in de hand. Verder is de juridische status van de wensen die de overledene via online ‘tools’ heeft aangegeven onduidelijk. Deze tools geven de gebruiker allicht onterecht de indruk dat zij of hij een rechtsgeldige voorziening heeft getroffen over hoe er na overlijden met gegevens dient te worden omgegaan. Wat de gebruiker via online tools kan regelen, maakt nog geen uiterste wilsbeschikking in erfrechtelijke zin. Zoals we in verderop zullen zien, zijn er diverse mogelijkheden voor de wetgever om te zorgen dat online tools wel een duidelijker status krijgen. In diverse landen treft men daar maatregelen voor, zie nader hoofdstuk 6. Uit de analyse blijkt een bepaalde samenhang tussen bepaalde soorten bepalingen of beleid en categorieën van diensten. Allereerst wat betreft het beleid. Het meest opvallend en uitgebreid is wat in dit onderdeel is genoemd het ‘vertrouwenspersoonbeleid’. Vergeleken met de mogelijkheid voor erfgenamen om overeenkomsten op te zeggen, geeft een vertrouwenspersoonbeleid de gebruiker zelf mogelijkheden om te bepalen wat er bij overlijden moet gebeuren en met wie welke inhoud wordt gedeeld. Digitale mediadiensten hebben geen vertrouwenspersoonbeleid, verscheidene communicatie- en ICT-diensten wel. Met name grote platforms zoals Facebook en Google hebben hier voorzieningen getroffen. Bij digitale kluizen is toegangsfunctionaliteit voor erfgenamen of gevolmachtigden zelfs een essentieel onderdeel van de dienst.

Een minder vergaande variant op de vertrouwenspersoon is de mogelijkheid die sommige diensten bieden om gegevens op te vragen. Deze optie wordt (hoewel beperkt) gegeven door bepaalde cloudopslagdiensten, waaronder OneDrive, Dropbox en Amazon. Diensten die erin bestaan inhoud met een bepaalde sentimentele of persoonlijke waarde op te slaan bieden aldus vaker de mogelijkheid aan erfgenamen of andere gerechtigden om toegang te krijgen hiertoe.

Er is verder een duidelijke samenhang tussen de algemene voorwaarden van bepaalde categorieën dienstenaanbieders en auteursrechten en andere intellectuele eigendomsrechten. Bepalingen daarover zijn met name gedetailleerd bij diensten waarbij veel gebruik wordt gemaakt van auteursrechtelijk beschermd werk. Dat zijn voornamelijk digitale mediadiensten zoals games, app stores en streamingdiensten. Bovendien zijn IE-bepalingen prominent aanwezig bij aanbieders van diensten waarbij UGC wordt ontwikkeld en gedeeld, zoals communicatiediensten (sociale media) maar ook bij cloudopslagdiensten. Ook voor games is dit van belang, zeker nu in bijvoorbeeld online gaming UGC ook met derden gedeeld wordt. Het veiligstellen van deze rechten over en weer wordt gedaan door middel van licenties. Zie over overerfbaarheid van licenties verder onderdeel 3.3.

Een type bepaling dat in de voorwaarden van alle informatiediensten voorkomt is de geheimhoudingsbepaling, waarin de gebruiker zich verplicht om inloggegevens als gebruikersnaam en wachtwoord niet met derden te delen. Vooral aanbieders van diensten die in mindere mate gepersonaliseerd zijn en makkelijk gedeeld kunnen worden, zoals streamingdiensten of cloudopslagdiensten nemen expliciet een verbod tot het delen van inloggegevens op. Dit maakt het echter moeilijk voor nabestaanden om toegang te krijgen tot de account en bijbehorende gegevens. Zie over de rechtsgeldigheid van een dergelijk verbod nader 3.7.

Bezieet men welke kenmerken bepaalde diensten gemeenschappelijk hebben, dan vallen vooral de digitale mediadiensten op. Zij hebben met elkaar gemeen dat zij geen duidelijk overlijdensregime hebben, het eerdergenoemde strenge geheimhoudingsbeding en een focus in de algemene voorwaarden op de IE-bepalingen. De diensten in de overige categorieën lopen onderling te sterk uiteen om dergelijke conclusies te trekken.

Wel kan nog wat gezegd worden over het verschil tussen betaalde en onbetaalde diensten. Dat onderscheid is vanuit een consumentenperspectief weinig relevant, nu in veel gevallen voor diensten waar niet een geldprijs voor wordt betaald in een andere vorm wordt betaald, bijvoorbeeld met persoonsgebonden gegevensprofielen die ingezet kunnen worden voor marketingdoeleinden. Opvallend is wel dat diensten die gepersonaliseerd aanbod leveren, zoals voornamelijk communicatiediensten maar ook sommige digitale mediadiensten, over het algemeen niet de optie bieden dat een account kan worden overnemen. Zij richten zich op afsluit- of opzegmogelijkheid. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het feit

dat deze diensten van persoonlijker aard zijn (vanuit het perspectief van de gebruiker) maar ook en wellicht vooral dat de contract overname voor een breuk zorgt in de effectiviteit van personalisatie, het is immers een ander persoon, met eigen voorkeuren en eigenschappen die de account voortzet. Dit ‘vervuilt’ voor de aanbieder mogelijk waardevolle data. Betaalde diensten met een minder gepersonaliseerd karakter, zoals bijvoorbeeld ISPs, bieden daarentegen vaak wel de mogelijkheid tot overname van de account na overlijden.

Wat verder opvalt in dit verkennend onderzoek is de impact die de grote aanbieders kunnen hebben op de afwikkeling van de digitale nalatenschap. Voor sommige bedrijven geldt dat indien zij bepaalde voorwaarden hanteren, deze gelden voor een groot aantal typen diensten. Aangezien door het creëren van ‘walled gardens’ en ‘bundeling’ veel gebruikers verschillende diensten aannemen bij dezelfde aanbieders kunnen de voorwaarden van één bedrijf veel impact hebben op de afwikkeling van de digitale nalatenschap. Zo kan een overledene onder meer een e-mailinbox, een cloudopslagdienst, een streamingabonnement en een app store account hebben bij Apple. De ‘no right of survivorship’-bepaling en hun afwijzende houding tegen de afgifte van content aan erfgenamen of andere nabestaanden kan ervoor zorgen dat een groot deel van de digitale nalatenschap verloren gaat.

Waar het de consument makkelijker wordt gemaakt is bij Facebook, Digizeker en SecureSafe. Van de onderzochte dienstenaanbieders zijn zij de enige die het beleid ook hebben neergelegd in de algemene voorwaarden. Daarmee geven zij de consument de meeste zekerheid. Bovendien bieden Facebook en SecureSafe ook de mogelijkheid aan gebruikers vast te leggen wat er met de account en de gegevens dient te gebeuren bij overlijden. Dit geeft de gebruikers veel ruimte om zelf te bepalen wat er met de account dient te gebeuren, zonder dat de dienstverlener dit met de eigen voorwaarden of het eigen beleid te veel stuurt. Dit in tegenstelling tot aanbieders als Microsoft, die door het vereisen van een rechterlijk bevel de drempel voor erfgenamen om toegang te krijgen tot de digitale nalatenschap zeer hoog lijken te maken.

3 Huidig wettelijk kader

3.1 Inleiding

Digitaal bezit is primair informatiebezit. Voor stoffelijke objecten is er een helder wettelijk kader, zeker in vergelijking met de veelheid aan doorgaans losstaande regelingen die samen het wettelijk kader vormen bij digitale ‘objecten’. Een complicatie is verder dat niet altijd duidelijk is met welk rechtskarakter men te maken heeft, wat weer van invloed is op de vraag of het object in de nalatenschap valt en wat de erfgenamen daarmee verkrijgen. Is het recht van een persoon om zich te verzetten tegen het (commercieel) gebruik van haar of zijn afbeelding bijvoorbeeld een vermogensrecht dat overgaat op erfgenamen? Geeft de domeinnaam een subjectief recht of slechts een contractenrechtelijke aanspraak op het gebruik van de domeinnaam? Zijn de rechten die een persoon heeft op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming na overlijden uit te oefenen door erfgenamen of nabestaanden? In hoeverre gaan rechten en plichten die gebruikers van informatiediensten hebben over op erfgenamen, en welke beperkingen kunnen dienstenaanbieders daar middels (algemene)contractvoorwaarden aan stellen?

Dit hoofdstuk analyseert de belangrijkste van die regelingen, waarbij bijzondere aandacht wordt geschonken aan de uitkomsten van de inventarisatie van de gebruiksvoorwaarden die verschillende soorten diensten hanteren. Hierbij komen naast algemene erfrechtelijke aspecten (3.2) drie grotere thema's aan bod: overeenkomstenrecht en dan in het bijzonder de consumentenovereenkomst (3.7), intellectuele eigendom (m.n. auteursrecht) en aanverwante rechten (3.3), en regelgeving rond privacy en persoonsgegevens (portretrecht 3.4, AVG 3.8). Verder staan we nog stil bij ‘verdwaald digitaal bezit (3.5) en digitaal en virtueel ‘geld’ (zie verder 3.6).

Een onderscheid dat in de Angelsaksische literatuur veel opgeld doet is de onderverdeling van ‘digital assets’ in financial assets (virtueel geld bijvoorbeeld), bezit met economische waarde (waaronder intellectuele eigendom), en persoonlijk bezit. In die laatste categorie wordt dan een onderscheid aangebracht naar bezit dat gericht is op communicatie (zoals een emailaccount) of bezit dat meer samenhangt met het verwezenlijken van iemands persoonlijke identiteit (Instagram account, Twitterkanaal). De gedachte achter deze driedeling is dat de financieel bezittingen en ander (informatie)bezit met economische waarde vermogensrechtelijk eerder aan te merken zijn als ‘property interests’ die voor vererving vatbaar zijn. Voor persoonlijk bezit is dat problematischer, en zou het ook minder voor de hand liggen om erfgenamen danwel nabestaanden zeggenschap te geven over bijv. een Instagram account. Zoals uit onderstaande analyse van de meest relevante juridische Nederlandse kaders blijkt, is het maken van een dergelijk onderscheid niet eenvoudig.

3.2 Algemene erfrechtelijke aspecten

Dit onderdeel zet eerst kort enkele basisbegrippen in het erfrecht uiteen: het versterkerfrecht, testamentair erfrecht, en het begrip nalatenschap. Daarnaast wordt op hoofdlijnen beschreven hoe de aanvaarding en verdeling plaatsvindt, en hoe men via een executeur vooraf al aspecten kan regelen rond het omgaan met digitale nalatenschap. Tot slot behandelen we de verklaring van erfrecht, die van groot belang is voor erfgenamen om bij dienstverleners aan te kunnen tonen dat zij bijvoorbeeld gerechtigd zijn om een account te beëindigen of over te nemen. Hoewel geen erfrechtelijk onderwerp, komt ook de volmacht in dit onderdeel aan de orde omdat dit instrument ook een rol speelt in het regelen van de digitale nalatenschap.

Het Nederlandse erfrecht is opgenomen in Boek 4 BW. Er wordt onderscheid gemaakt tussen versterkerfrecht volgens de wet (ook wel ab intestaat erfrecht of kort a.i. erfrecht genoemd) en vererving op grond van een testament. Het is ook mogelijk dat een testament een deel van de vererving regelt en de rest volgens het erfrecht bij versterf overgaat.

Door de saisine treedt een erfgenaam (ongeacht of deze persoon door de wet of door een testament is aangewezen) in de voetsporen van de overledene. Alle vererfbare vermogensbestanddelen uit de nalatenschap en alle voor vererving vatbare schulden gaan op de erfgenaam over krachtens een verkrijging onder algemene titel, wat zoveel wil zeggen als dat die verkrijging ‘automatisch’ gaat. De goederen hoeven dus niet geleverd te worden. Ook goederen waarvan de erfgenaam geen weet heeft, gaan dus op hem over. De erfgenamen zijn in beginsel ook gebonden aan overeenkomsten die de erflater heeft gesloten, zowel wat betreft de rechten als de verplichtingen uit de overeenkomst. Als bijvoorbeeld de erflater met een social mediabedrijf heeft afgesproken dat accounts worden gewist als bij overlijden of dat bepaalde personen hiertoe toegang moeten krijgen, dan zijn erfgenamen aan deze afspraak gebonden, ook al werkt deze pas na zijn overlijden. Hiervan te onderscheiden is de situatie waarin de overeenkomst zelf ophoudt te bestaan bij overlijden; dan valt deze überhaupt niet in de nalatenschap, zie nader 3.2.3 en 3.2.4.

3.2.1 Erfrecht bij versterf

Als er geen testament is, dan gaat de vererving volgens het zogenaamde parentele stelsel van art. 4:10 BW: eerst komen aan de beurt de langstlevende echtgenoot/geregistreerd partner en de kinderen van de erflater (1^e parentele). Zijn die er niet, dan komen de ouders van de erflater en diens broers en zusters aan de beurt, en mochten die zijn voor overleden, zijn neefjes en nichtjes. De ouders erven altijd ten minste een kwart. Halfbroers en halfzusters erven de helft van hele broers/zusters. Zijn die familieleden uit de 2^e parentele er ook niet, dan komen de grootouders en hun afstammelingen aan de beurt (dus de ooms en tantes van de erflater en bij hun vooroverlijden de neven en nichten van de erflater etc.). Zijn die er ook niet dan komt de 4^e parentele aan de beurt: de overgrootouders van de erflater en hun afstammelingen. Er wordt niet verder vererfd dan aan personen in de zesde graad.

Is er vererving in de 1^e parentele en zijn er naast een of meer eigen kinderen ook nog een langstlevende echtgenoot/geregistreerd partner, dan vererft de nalatenschap via de wettelijke verdeling. De langstlevende krijgt –kort gezegd– alle goederen en schulden van de erflater. De kinderen krijgen een voornamelijk niet opeisbare vordering ter grootte van hun erfdeel. Die vordering is opeisbaar bij overlijden van de langstlevende en bij diens faillissement of schuldsanering. Als de langstlevende hertrouwt, dan voorziet de wet in bepaalde wilsrechten die de kinderen moeten beschermen tegen het ‘stiefoudergevaar’. Bij testament kunnen erflaters bepaalde modificaties aanbrengen in de wettelijke verdeling, bijvoorbeeld wat betreft de opeisbaarheid van de vorderingen van de kinderen of aangaande de genoemde wilsrechten. Stiefkinderen erven niet volgens de wet maar deze kunnen wel als testamentaire erfgenamen worden benoemd als de erflater alle kinderen uit het gezin gelijk wil behandelen binnen de wettelijke verdeling.

3.2.2 Testamentair erfrecht

Net als bij het a.i. erfrecht kan een erfgenaam bij testament worden aangewezen. Een erfgenaam verkrijgt altijd de hele nalatenschap of een breukdeel daarvan.

Daarnaast kan de erflater in een testament een legaat opnemen. Een legataris verkrijgt slechts een vorderingsrecht jegens de erfgenamen. Hij wordt niet aansprakelijk voor de schulden van de nalatenschap. De verkrijging krachtens legaat is een verkrijging onder bijzondere titel: de gelegateerde goederen moeten dus nog wel geleverd worden aan de legataris.

Een erflater kan ook een verkrijging onder een last opnemen. De erfgenaam is dan verplicht om iets te doen, bijvoorbeeld geld te betalen of een zaak over te dragen, maar de ontvanger, de lastbevoordeelde, heeft – anders dan een legataris – geen vorderingsrecht jegens de lastbezwaarde. In de praktijk wordt wel een last gebruikt als een legaat niet mogelijk is: als bijvoorbeeld alle kleinkinderen, geboren en ongebornen ten tijde van het overlijden van de erflater, een bepaald bedrag uit de nalatenschap van de erflater moeten ontvangen. Voor de reeds geboren kan gebruik worden gemaakt van een legaat; voor ongebornen kan dat niet. Ten behoeve van deze groep kleinkinderen wordt dan een last opgenomen. Als de lastbezwaarde

de last niet uitvoert, dan kunnen degenen die in plaats van de lastbezwaarde zouden erven als hij niet zou erven, naar de rechter gaan met het verzoek om de verkrijging van de lastbezwaarde vervallen te verklaren als ‘straf voor het niet uitvoeren van de last. De verkrijging van de lastbezwaarde is daarom in de wet vormgegeven als een verkrijging onder de ontbindende voorwaarde van de last.

Ook in andere constellaties kan gebruik worden gemaakt van een voorwaardelijke verkrijging. Een erflater kan door middel van een zogenaamde tweetrapsmaking (een ‘making’ is een erfstelling of een legaat) ervoor zorgen dat de eerste verkrijger, de bezwaarde, eerst het goed krijgt onder ontbindende voorwaarde van zijn overlijden mits de tweede verkrijger, de verwachter dan nog leeft. De verwachter verkrijgt dan het goed van de oorspronkelijke erflater onder de opschortende voorwaarde dat hij nog leeft als de bezwaarde is overleden. Op die manier kan de erflater quasi over zijn dood heen regeren. Soms wordt deze verkrijging ook aangeduid met de oude naam ‘fidei commis’, waarbij kan worden onderscheiden tussen het zuivere fidei commis dat de bezwaarde een bewaarplicht oplegt van de goederen waarvan hij alleen de vruchten mag genieten, en het fidei commis de residuo. De bezwaarde mag in dat geval het verkregene ook opmaken, en de verwachter verkrijgt dan alleen wat nog over is.

Een erflater kan in zijn testament ook een onterving opnemen: zij het expliciet, zij het impliciet doordat hij zijn gehele nalatenschap aan de testamentaire erfgenamen laat toekomen zodat er niets meer overblijft voor erfgenamen die bij versterf wel zouden erven.

3.2.3 Het object van de verkrijging: de nalatenschap

Vererfd wordt de nalatenschap. Als de erflater, zoals in Nederland in ruim 70% van de huwelijken voorkomt, is getrouwd in gemeenschap van goederen, dan moet die gemeenschap eerst worden verdeeld om vast te kunnen stellen wat de nalatenschap is. De langstlevende is immers in de regel gerechtigd tot de helft van de huwelijksgemeenschap. De andere helft vormt dan de nalatenschap die overgaat op de erfgenamen. Bij de verdeling moet rekening worden gehouden met eventueel verknochte goederen. Dit zijn goederen die geacht worden zodanig met de individuele persoon verbonden te zijn, dat ze aan haar of hem privé toegedeeld worden. De verknochtheid van goederen is niet bij alle goederen even sterk. Bijvoorbeeld smartengeld wordt geheel privé (bijvoorbeeld bij ernstige privacy schendingen op social media³²), terwijl het van de concrete situatie afhangt of de rechthebbende op een auteursrecht dit recht bij de verdeling toegedeeld zal krijgen. Betreft het haar eigen werk, dan heeft zij een sterk recht op toedeling. Betreft het daarentegen een auteursrecht dat zijn oorzaak niet vindt in eigen werk (bijvoorbeeld omdat het auteursrecht is overgedragen door de auteur), dan wordt het auteursrecht meer als algemeen vermogensrecht gekwalificeerd (omdat de exploitatierechten centraal staan) en bestaat er niet per se een sterker recht op toedeling van de rechthebbende echtgenoot. Tegenover de toegedeelde vermogenswaarde van de een moet de andere echtgenoot evenveel krijgen aan andere goederen of aan geld.

In de praktijk vindt vaak bij een wettelijke verdeling, waarbij de langstlevende alle goederen en schulden van de erflater verkrijgt, geen verdeling plaats zodat je niet precies weet wat eigenlijk tot de nalatenschap behoorde en wat niet. Eigenlijk is een boedelbeschrijving verplicht maar die blijft vaak achterwege.

Als de erflater en zijn echtgenoot of geregistreerd partner niet in gemeenschap van goederen waren getrouwd of geregistreerd, dan vormen zijn privévermogen en zijn aandelen in eenvoudige gemeenschappen (bijvoorbeeld goederen die partijen samen hebben verkregen) de nalatenschap.

Tot de nalatenschap behoren goederen, dat wil zeggen vermogensrechten en zaken (stoffelijke objecten) van de erflater, en diens schulden. Apparaten waarop digitaal bezit staat, zoals een laptop, computer of een smartphone, vallen dus ook in de nalatenschap en de erfgenamen kunnen er over beschikken. Daarmee hebben ze overigens nog niet direct toegang tot de informatie die op het device staat,

³² Lindenbergh 1998, §4.2.4 over smartengeld bij aantasting van de eer en de goede naam.

dat kan immers beveiligd zijn met bijvoorbeeld pincode of biometrisch slot. Zie hierover nader onderdeel 3.7.1 en 4.1.

Alles wat géén goed is en geen schuld, kan niet vererven. Denk bijvoorbeeld aan persoonlijke goodwill voor zover deze niet als ‘goed’ wordt gekwalificeerd. Derhalve moet steeds de vraag worden gesteld of de rechten die de erflater bij leven heeft verkregen a) überhaupt een goed zijn dat vererfd kan worden; en b) of bepaalde rechten dusdanig contractueel onoverdraagbaar zijn gemaakt dat ze niet kunnen vererven. Zoals uit de analyse van gebruiksvoorwaarden in hoofdstuk 2 blijkt, komt dat laatste geregeld voor. Bij uitzondering vererven bepaalde rechten en plichten van rechtswege niet, denk aan alimentatieverplichtingen of de opdracht die een kunstfotograaf heeft aangenomen om een bepaald werk te vervaardigen. Die eindigen vanwege het hoogstpersoonlijke karakter van de verplichting steeds met de dood van de schuldenaar.

Met betrekking de vererving van digitaal ‘bezit’ kan de vraag ook opkomen of een specifiek(e) recht of plicht zo hoogstpersoonlijk is dat deze niet zou moeten overgaan bij overlijden. Waar het de toegang tot digitale inhoud betreft —en met name communicatie met derden— spelen ook andere belangen dan die van erflater en wederpartij (schuldenaar of schuldeiser) en erfgenamen. Dit komt aan de orde in 3.5 hieronder. Maar vooraleerst gaat het om de vraag in hoeverre überhaupt sprake is van een vermogensrecht. Is bepaalde informatie object van een (absoluut) vermogensrecht zoals auteursrecht, of object van een vordering uit verbintenis (bijv. aanspraak op verwijderen van informatie op grond van dienstverleningsovereenkomst). Zie hierover nader de verschillende onderdelen in de beschrijving van het wettelijke kader.

3.2.4 Aanvaarding en verwerping van makingen

Een erfgenaam kan ervoor kiezen of hij een nalatenschap zuiver aanvaardt, beneficiair aanvaardt of verwerpt. Heel kort samengevat komt dat erop neer dat een erfgenaam bij een zuivere aanvaarding gerechtigd wordt tot zijn breukdeel in de goederen maar ook aansprakelijk wordt met zijn eigen vermogen voor zijn deel van de schulden der nalatenschap. Bij beneficiair aanvaarding (in de officiële terminologie heet deze ‘aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving’) is de aansprakelijkheid voor de nalatenschapsschulden beperkt tot hetgeen de erfgenaam heeft verkregen uit de nalatenschap. Voor bepaalde erfgenamen, bijvoorbeeld minderjarigen en mensen die onder curatele staan, kunnen hun wettelijk vertegenwoordigers niet anders aanvaarden dan beneficiair.

Bij beneficiair aanvaarding volgt in de regel de vereffening van de nalatenschap; een procedure die een beetje lijkt op die bij een faillissement. In bepaalde gevallen kan de rechter bepalen dat aan minder vereisten hoeft te worden voldaan (lichte vereffening), maar soms is er ook reden voor een zware vereffening, waarbij een rechter-commissaris wordt benoemd die onder meer getuigen onder ede kan horen om erachter te komen waar zich goederen uit de nalatenschap bevinden.

Als er meer dan een erfgenaam is (of als de nalatenschap vereffend moet worden omdat bijvoorbeeld een of meer erfgenamen het beheer niet willen of kunnen aanvaarden), dan vormt de nalatenschap een afgescheiden vermogen dat – nadat alle schulden zijn betaald – verdeeld moet worden. Verdeling vindt in de regel plaats door een overeenkomst waaraan alle deelgenoten hebben meegewerkt. Komen zij er niet uit, dan kunnen zij zich tot de rechter wenden zodat deze wijze van de verdeling bepaalt (dan moeten de deelgenoten naar de aangewezen notaris gaan die met hen probeert overeenstemming te krijgen over de verdeling) of de verdeling bepaalt. In dat geval maakt de rechter uit wie wat moet krijgen en wie draagplichtig is voor welke schulden. De rechter kan daarbij ook het algemeen belang laten meewegen, zodat zij niet gebonden is aan de voorstellen die partijen haar hebben voorgelegd.

Een legataris is nooit aansprakelijk voor de schulden der nalatenschap. De wetgever gaat ervan uit dat hij het legaat zal aanvaarden, maar hij kan het legaat ook verwerpen.

Een lastbezwaarde heeft geen vorderingsrecht; zij moet afwachten of de lastbezwaarde hem het hem toekomende overdraagt of de desbetreffende prestatie verricht. Als de lastbezwaarde daarmee in gebreke blijft, dan riskeert deze de vervallenverklaring van zijn verkrijging, zie boven. Als de vervallenverklaring

wordt uitgesproken, dan gaat de verplichting uit de last over op degene die dan de goederen verkrijgt die eerst aan de lastbezwaarde toekwamen.

3.2.5 Regelingen aangaande het beheer: de executeur

Een testateur kan voor het geval hij overlijdt, in zijn testament een *executeur* benoemen.³³ Deze is na aanvaarding exclusief bevoegd om de nalatenschap te beheren en opeisbare schulden te voldoen. De erflater kan aan de executeur de bevoegdheid geven om een of meer executeurs aan zich toe te voegen of vervangers aan te stellen. De erflater kan ook bepalen dat de kantonrechter een executeur kan aanstellen als deze komt te ontbreken.

Tot het betalen van opeisbare schulden behoort ook het afgeven van legaten, omdat deze worden gezien als vorderingen van de legatarissen op de nalatenschap. In beginsel zijn legaten direct opeisbaar, tenzij het vorderingsrecht een geldsom betreft; in dat geval is het legaat pas 6 maanden na het overlijden opeisbaar, art. 4:125 BW.

Desgewenst kan de erflater ook meerdere executeurs benoemen, waarbij hij bijvoorbeeld een aparte ‘social media executeur’ of ‘digitaal bezit executeur’ benoemt, die het recht heeft om zijn digitale nalatenschap te beheren. Hij kan diens taak daartoe beperken, zie art. 4:142 lid 2 BW. Vaak wordt omschreven wat in ieder geval tot het beheer van deze digitaal bezit executeur behoort, zoals het verwijderen van social media-accounts die op naam van de overledene stonden, en het ‘innen’ van cryptocurrency tegoeden, voor zover dat mogelijk is.

Tijdens de executele kunnen de erfgenamen niet beschikken over goederen van de nalatenschap, art. 4:145 BW. Wat na de executele overblijft, geeft de executeur af aan de erfgenamen. Dat kan bijvoorbeeld betreffen de geïnde bedragen uit het cryptocurrency tegoed voor zover de opbrengst niet moest worden aangewend om opeisbare schulden te voldoen, zoals de tijdens leven ontstane schulden en het bedrag dat is verschuldigd ten gevolge van de eindafrekening inkomstenbelasting namens de erflater.

Voor het geval de testateur al voor zijn overlijden niet meer in staat is om zijn vermogen te beheren, heeft de praktijk het zogenaamde *levenstestament* ontwikkeld. Dat is in tegenstelling tot wat de in de praktijk gebruikte term suggereert geen testament, want het werkt al voor het overlijden, maar een volmacht. De levensexecuteur mag daardoor – als de levenstestateur daartoe vanwege geestelijke stoornis (dementie, ziekte, ongeluk) niet meer in staat is om zijn vermogensrechtelijke zaken te regelen – dat voor hem doen. Om misbruik te voorkomen, wordt regelmatig in het document ook een toezichthouder benoemd, die toezicht houdt over het beheer. Desgewenst kan ook gebruik worden gemaakt van een onherroepelijke volmacht, die ook geldig blijft na het overlijden van de levenstestateur. De erfgenamen zijn in dat geval aan die volmacht gebonden vanwege de saisine. Zie hierover verder onderdeel 3.2.7.

3.2.6 Verklaring van erfrecht

Door middel van een verklaring van erfrecht kunnen de erfgenamen van een nalatenschap aantonen dat zij bevoegd zijn om over de nalatenschap te beschikken. Dit is bijvoorbeeld van belang jegens de bank maar ook jegens anderen die zeker willen weten wie hiertoe bevoegd is, zoals bijvoorbeeld een social media platform, waarmee de erflater niet al bij leven afspraken heeft gemaakt over wat er moet gebeuren na zijn overlijden.

Een verklaring van erfrecht wordt afgegeven door de notaris. Deze vermeldt naast de gegevens van de overledene en zijn burgerlijke staat ook zoveel mogelijk wie de erfgenamen zijn van de overledene en of zij de nalatenschap hebben aanvaard. Ook vermeldt de notaris of er sprake is van een wettelijke verdeling,

³³ Anders dan voor invoering van het huidige erfrecht in 2003, is tegenwoordig een executeursbenoeming alleen nog maar mogelijk in een notarieel testament, niet meer in een handgeschreven codicil. Daarin kunnen naar huidig recht alleen nog maar legaten van kleren en sieraden en inboedelgoederen worden gemaakt. Voor auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten en de uitoefening van portretrechten na overlijden gelden nog andere regelingen, zie nader 3.3.1 en 3.4.2.

in welk geval de langstlevende echtgenoot alleen beschikkingsbevoegd is. Als er geen sprake is van een wettelijke verdeling dan zijn de erfgenamen alleen maar samen bevoegd om over de nalatenschap te beschikken. Om dit in de praktijk wat eenvoudiger te maken, geven de erfgenamen vaak een zogenaamde boedelvolmacht af aan een van hen die de praktische zaken verder regelt.

Het komt ook regelmatig voor dat er een executeur is benoemd in een testament. In dat geval is de executeur exclusief (privatief, dus met uitsluiting van de erfgenamen) bevoegd om de nalatenschap te beheren en de opeisbare schulden te voldoen. Daarom kan bij het afgeven van een zogenaamde verklaring van executele (een beperkte verklaring van erfrecht) worden volstaan met het vermelden van de executeur. Dan kan deze alvast aan het werk gaan, ook als nog niet alle erfgenamen zijn vastgesteld en/of als nog niet alle erfgenamen hebben aangegeven of zij de nalatenschap willen aanvaarden (zuiver of beneficiair) of dat zij deze willen verwerpen. In hoeverre de verklaring van erfrecht ook in het buitenland tegen buitenlandse dienstenaanbieders gelding heeft komt aan de orde in het hoofdstuk grensoverschrijdende aspecten.

3.2.7 Volmacht

Zoals boven is beschreven, kan een gebruiker van digitale diensten door bij testament een ‘digitaal bezit executeur’ aan te wijzen regelen hoe er na overlijden met de digitale nalatenschap moet worden omgegaan. Veel mensen zullen deze weg echter niet bewandelen. De vraag is dan of er andere laagdrempeliger manieren zijn om iemand aan te wijzen die na haar of zijn dood toegang zal krijgen tot de digitale diensten of accounts. In het algemeen vermogensrecht lijkt de volmacht de meest voor de hand liggende rechtsfiguur. Volmacht biedt de mogelijkheid om een vertegenwoordiger aan te wijzen die kan handelen in plaats van de volmachtgever. De regeling van volmacht lijkt echter niet naadloos aan te sluiten op de vragen met betrekking tot de digitale nalatenschap.

Volmachtverlening

Op basis van een volmacht verleent de volmachtgever aan een ander, de gevolmachtigde, de bevoegdheid om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten (art. 3:60 lid 1 BW). Volmachtverlening is de toekenning van een bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de volmachtgever.³⁴ De verlening van een volmacht voor het gebruik van digitale diensten zou wellicht het best kunnen worden vergeleken met die voor het (mede) kunnen beschikken over een bank- of girorekening.³⁵

Hierbij dient bedacht te worden dat een dergelijke volmacht al tijdens het leven zal moeten worden gegeven. Een gebruiker die na de dood de toegang tot accounts aan een erfgenaam wil geven via een volmacht, zal die persoon dus al tijdens het leven als vertegenwoordiger moeten aanwijzen. Dit betekent in principe dat de gevolmachtigde al tijdens het leven van de volmachtgever de bevoegdheid krijgt om accounts en diensten van de volmachtgever te gebruiken. De volmachtgever zelf blijft naast de gevolmachtigde bevoegd om van de diensten gebruik te maken.

Omvang en inhoud

De volmacht zal aangeven welke bevoegdheden deze gevolmachtigde heeft.³⁶ Naar Nederlands recht heeft een gevolmachtigde niet per definitie dezelfde bevoegdheden ten aanzien van het gebruik van de digitale diensten als de volmachtgever. De volmachtgever bepaalt hoever de bevoegdheden van de gevolmachtigde reiken.³⁷ Aangezien het om een bevoegdheid gaat, is de gevolmachtigde tot slot niet verplicht om van de volmacht gebruik te maken. Dit is een belangrijke beperking.

³⁴ Asser/Kortmann 3-III 2017/22.

³⁵ Vgl. Asser/Kortmann 3-III 2017/22.

³⁶ Asser/Kortmann 3-III 2017/32.

³⁷ Asser/Kortmann 3-III 2017/32.

Voor de digitale nalatenschap zal de volmacht maar deels de relevante bevoegdheden voor toegang en gebruik van accounts en diensten kunnen beslaan. Dit heeft te maken met het feit dat volmacht ziet op de bevoegdheid om *rechtshandelingen* te verrichten. Een rechtshandeling is een handeling met beoogd rechtsgevolg. Voor digitale diensten zou bijvoorbeeld beëindiging van de overeenkomst voor levering van digitale diensten onder de definitie vallen, of het laten overzetten van een abonnement op een andere naam (partij). Feitelijke handelingen als het plaatsen van berichten of verwijderen van contacten op sociale media lijken echter niet te kunnen worden gedekt door een volmacht in de zin van Boek 3 BW.

Voortduren volmacht na de dood

Volmacht eindigt in beginsel door de dood van de volmachtgever (art. 3:72 sub a BW). De wet kent niettemin een beperkt aantal uitzonderingen. Zo kan een onherroepelijke volmacht na de dood van de volmachtgever voortduren, indien dit in de volmacht is bepaald. Een volmacht is onherroepelijk, wanneer zij strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde (art. 3:74 lid 1 BW). Op basis van deze bepaling zou bijvoorbeeld de mogelijkheid die Facebook geeft voor het aanwijzen van een 'legacy contact' kunnen worden geduid als een onherroepelijke volmacht die voortduurt na de dood. Het aanduiden van een dergelijke contactpersoon dient immers het belang van die persoon om na de dood van de gebruiker beslissingen te nemen ten aanzien van diens Facebook-account.

De wederpartij

In de regeling van Facebook valt op dat de persoon die als 'legacy contact' wordt aangeduid minder mogelijkheden heeft om van de dienst gebruik te maken dan de hoofdgebruiker.³⁸ Dit roept de vraag op in hoeverre de contractuele wederpartij beperkingen kan opleggen aan de gevolmachtigde. Een 'legacy contact' bij Facebook kan bijvoorbeeld wel een bericht plaatsen op de profielpagina van de overledene, diens profielfoto wijzigen, het account beëindigen en mogelijk gegevens van de site downloaden. Deze persoon kan echter niet op het account inloggen, berichten lezen of wijzigingen maken in de vriendenlijst van de overledene.³⁹

Een wederpartij als Facebook heeft in beginsel geen invloed op de volmachtverlening door de gebruiker en op de omvang en inhoud van de volmacht. Volmachtverlening betreft immers de relatie tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde. Wel kan een partij als Facebook aangeven in hoeverre zij bereid is met andere personen dan de accounthouder te handelen. De 'legacy contact' optie geeft weer dat Facebook akkoord is om rechtshandelingen te willen verrichten met een tussenpersoon die in naam van de gebruiker handelt. Facebook bepaalt hierbij in het contract met de gebruiker in hoeverre zij bereid is met de tussenpersoon te handelen. De gevolmachtigde zal dus niet meer bevoegdheden kunnen afdwingen dan waarmee Facebook heeft ingestemd.

Rechtspositie erfgenamen

Erfgenamen zullen het handelen van de gevolmachtigde moeten dulden (cf. art. 3:77 BW). Indien de erfgenamen beneficiair hebben aanvaard, zullen zij niet in hun privévermogen kunnen worden geraakt door handelingen van de gevolmachtigde, nu van de fictie wordt uitgegaan dat de handelingen bij leven van de volmachtgever zijn verricht.⁴⁰ Deze fictie heeft ook tot gevolg dat de daardoor ontstane verplichtingen worden geacht te vallen onder de schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub a BW, waardoor zij een zekere voorrangpositie genieten, zie art. 4:7 lid 2 sub 1 BW.⁴¹

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Asser/Kortmann 3-III 2017/67.

⁴¹ Zie verder Biemans 2020.

3.3 Intellectuele eigendom en digitale objecten

Uit de analyse van gebruiksvoorwaarden van informatiediensten in hoofdstuk 2 blijkt al dat intellectuele eigendomsrechten een belangrijke rol spelen. Dat geldt in het bijzonder voor het auteursrecht, het databankenrecht en de zogeheten naburige rechten. Zeker bij digitale mediadiensten ligt de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten aan de basis van de bedrijfsmodellen in de keten. Het verlenen van toestemming om handelingen te verrichten die aan de houder van intellectuele eigendomsrechten zijn voorbehouden gebeurt middels licenties. Wie bijvoorbeeld een abonnement neemt op een videostreaming of muziekdienst, *krijgt* een beperkte gebruikslicentie voor o.a. het luisteren, kijken, opslaan en soms ook delen van de content. Maar wie gebruiker is van een dienst waarbij content gedeeld kan worden (YouTube, Twitter, Dumptert etc.), *geeft* doorgaans volgens de algemene voorwaarden ook een licentie aan de dienst aanbieder opdat die de content vrij kan gebruiken.

Het intellectuele eigendomsrecht is een verzamelterm waaronder diverse wettelijk geregelde rechten vallen die gemeenschappelijk hebben dat ze absoluut zijn (werking hebben ten opzichte van derden) en primair immateriële prestaties beschermen. Daaronder vallen zogeheten industriële eigendomsrechten zoals het octrooi-, merken- en modellenrecht. In dit kader zijn die van weinig belang. Het auteursrecht en zogeheten ‘naburige’ rechten beschermen creatieve prestaties van auteurs en kunstenaars, en investeringen van diverse producenten in media-industrieën (o.a. persmedia, film, geluidsopnamen).⁴² Deze naburige rechten hebben een aan het auteursrecht vergelijkbare structuur, hoewel het object van bescherming verschilt. Gemeenschappelijk kenmerk is dat het bepaalde afgebakende exploitatierechten (economische rechten) betreft met daarop wettelijk omschreven beperkingen ten gunste van o.m. de uitingsvrijheid en bescherming van privacy van anderen. De rechten zijn beperkt in de tijd. De economische rechten vallen in de nalatenschap.

In het navolgende beschrijven we kort wanneer er auteursrecht of naburige rechten op bepaalde inhoud kan rusten, wat de omvang van die rechten is en aan wie de wet ze toekent (3.3.1). Vervolgens komt de licentieverlening aan de orde (3.3.2 hieronder), aangezien IE-licenties onderdeel zijn van veel gebruiksvoorwaarden. Hoewel domeinnamen geen intellectuele eigendomsrechten zijn, behandelen we ze wel kort (3.3.3 hieronder) omdat het inmiddels vrij normaal is voor burgers om domeinnamen te (laten) registreren en dit vaak via de internet-serviceprovider gebeurt. Het is een vorm van digitaal bezit waar erfgenamen ook mee moeten omgaan.

3.3.1 Auteursrechten

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van de auteur van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, om dit werk openbaar te maken en te verveelvoudigen (art. 1 Auteurswet, hierna: Aw), en duurt in beginsel tot 70 jaar na overlijden van de maker.⁴³ Het ontstaat van rechtswege. De rechten komen toe aan de maker (auteur), d.w.z. de persoon die de scheppende (creatieve) arbeid verricht. Zijn er meerdere auteurs, dan hebben zij een gezamenlijk auteursrecht dat ze ook gezamenlijk moeten uitoefenen maar individueel kunnen handhaven. In een beperkt aantal gevallen wordt een ander dan de auteur geacht rechthebbende te zijn (werkgever, rechtspersoon).

Object van bescherming

Welke soorten uitingen beschermt het auteursrecht zoal? Op een werk ex art. 10 Aw rust auteursrecht wanneer dit werk een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.⁴⁴

⁴² Naburige rechten kennen over het algemeen niet het vereiste dat de rechthebbende een commerciële of professionele hoedanigheid moet hebben, of dat sprake moet zijn van een bepaalde minimum investering (m.u.v. databankenrecht sui generis). Ook ‘gewone’ personen kunnen dus van rechtswege naburige rechten krijgen.

⁴³ De beschermingsduur van naburige rechten is 50 jaar, voor bepaalde rechten 70 jaar. Deze termijn is niet gekoppeld aan het leven van uitvoerend kunstenaar, maar wordt primair gerekend vanaf het jaar na (eerste) uitvoering.

⁴⁴ Hoge Raad, 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (Endstra Tapes).

Het moet een eigen intellectuele schepping zijn op het terrein van letterkunde, wetenschap of kunst, en in een voor menselijke waarneming vatbare vorm zijn uitgedrukt.⁴⁵ Het domein letterkunde, wetenschap of kunst wordt zodanig ruim uitgelegd dat elke vorm van tekst, beeld of geluid eronder valt, en de vereiste oorspronkelijkheid is geen hoge drempel. Alleen hetgeen zo banaal of triviaal is dat er geen creatieve arbeid in te herkennen valt voldoet niet aan die eis.⁴⁶ Feiten, stijlen en ideeën beschermt het auteursrecht niet. Korte teksten zoals een Twitterbericht of reactie kunnen ook aan de werk-eis voldoen, al zal zeker bij berichtjes met een sterk feitelijk/beschrijvend karakter niet snel sprake zijn van een oorspronkelijk karakter. Ook geldt over het algemeen dat hoe korter de tekst, hoe minder ruimte is voor creatieve expressie. Namen van personen zijn geen werk in de zin van de Auteurswet, en op persoonsnamen rusten verder ook geen rechten tenzij het een handelsnaam of merk betreft; voor domeinnamen zie nader onderdeel 3.3.3.⁴⁷

Bezien we welke digitale inhoud zoal aangeboden wordt door mediadiensten dan kan men ervan uitgaan dat dit doorgaans door auteursrecht en naburige rechten beschermd materiaal is, o.a. muziek, video's en games. Ook op sociale media en bij andere communicatiediensten zal veel informatie object zijn van auteursrecht: niet alleen de software, de vormgeving van apps, emoji's maar ook teksten, foto's al dan niet bewerkt met filters, en andere beelden zoals 'GIFjes', TikToks, en daarnaast geluidscomposities halen vrij makkelijk de oorspronkelijkheidsdrempel. Het zijn dus ook de gebruikers van o.a. social media zelf die werken in de zin van de Auteurswet creëren; deze creaties worden ook wel aangeduid als User Generated Content (UGC). In (online)spelomgevingen waarin spelers meebouwen aan virtuele werelden, zelf het uiterlijk van hun personage of bepaalde digitale gebruiksvoorwerpen kunnen samenstellen, kan in beginsel ook sprake zijn van het scheppen van werken. Dat hangt echter wel sterk af van de creatieve ruimte die de spelomgeving de spelers biedt om de vorm van 'hun' objecten te bepalen.

Er is bij veel digitale inhoud sprake van samenloop van auteursrechten en naburige rechten. Op filmopnames rust het naburig recht van de filmproducent (die ook een natuurlijk persoon kan zijn), op uitvoeringen van werken het naburig recht van de uitvoerend kunstenaar, op de audio-opname ('fonogram') het naburig recht van de fonogrammenproducent, etc. In een kort videoclipje kunnen daarom rechten gestapeld zijn van o.a. filmacteurs, muziekcomponisten, uitvoerende musici, fonogrammenproducenten, filmproducenten etc. Deze samenloop van intellectuele eigendomsrechten is een belangrijke reden waarom de licentiebepalingen in gebruiksvoorwaarden zo breed geformuleerd zijn: ze moeten alle mogelijke rechten dekken.

Exploitatierechten

De termen 'openbaarmaken' en 'verveelvoudigen' dienen nu de auteursrechtelijke exploitatierechten vrijwel geheel zijn geharmoniseerd, uitgelegd te worden conform een reeks van Europese richtlijnen. Kort gezegd komt het er op neer dat de auteur toestemming moet geven voor elke vorm van geheel of gedeeltelijk kopiëren van diens werk. Verveelvoudigen omvat ook bewerkingen maken, zoals vertalen, inkorten, doen van toevoegingen, en het combineren met andere werken (in 'mash-ups'). De term openbaarmaken omvat elke vorm van distributie van exemplaren (digitaal of analoog) en de mededeling aan het publiek, o.a. door het plaatsen op een social media kanaal, verspreiden via een berichtenapp, en onder bijzondere omstandigheden zelfs door het plaatsen van een hyperlink naar het werk.⁴⁸

⁴⁵ Hof van Justitie 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq I).

⁴⁶ Geerts & Visser 2019.

⁴⁷ Nabestaanden kunnen zich ook op andere grond niet verzetten tegen het gebruik van de naam van de overledene, bijv. in de naamgeving van een organisatie of gebouw, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat sprake is van een onrechtmatige daad (strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid). Vlg. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3034, IER 2015/60 met noot Eijsvogels.

⁴⁸ Wat betreft de naburige rechten van uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten geldt dat zij ten aanzien van bepaalde vormen van openbaarmaking enkel een aanspraak hebben op een vergoeding (m.n. bij tv-, radiuitzending). Dit betreft echter niet streaming on demand, het plaatsen van een (deel van een) opname op een social media account of website etc.; daar hebben ze wel een verbodsrecht.

Op de exclusieve rechten bestaat een catalogus van zogeheten beperkingen, die met het oog op de bescherming van de belangen van (bepaalde groepen) gebruikers zekere vormen van gebruik toestaan, soms in ruil voor een (wettelijke) vergoedingsaanspraak van de auteursrechthebbende.⁴⁹ De grondslag van veel van deze beperkingen is gelegen in de bescherming van fundamentele rechten, met name de vrijheid van meningsuiting en persoonlijke levenssfeer, maar er worden ook andere publieke belangen mee gediend. Voorbeelden van beperkingen die in de context van digitale media- en communicatiediensten belangrijk zijn, zijn het recht om te citeren uit openbaargemaakte werken (art. 15a Aw), de vrijheid van parodie (art. 18b Aw), en het maken van een privékopie van rechtmatig verkregen exemplaren (art. 16b-c Aw).

Wat betreft het bezit van een fysiek exemplaar van een werk (boek, DVD of ander stoffelijk object) zei nog opgemerkt dat de eigenaar van dat exemplaar vrij over het exemplaar kan beschikken. Tegen het doorverkopen of schenken daarvan kan de auteursrechthebbende zich niet verzetten, maar uitlenen buiten de privésfeer en verhuren zijn wél voorbehouden, vergoedingsplichtige, handelingen. Het gaat in het kader van dit onderzoek te ver om de complexe rechtspraak rond digitale kopieën te behandelen, maar de gebruiker die een digitaal exemplaar heeft (dat dus niet op een bijbehorende fysieke drager is geleverd, vlg. een film op DVD versus film als download) is niet ‘eigenaar’ van die digitale kopie en mag deze normaliter dus niet zonder toestemming van de rechthebbende doorleveren.⁵⁰ Dit is ook van belang met het oog op de vraag op welke manier erfgenamen kunnen beschikken over digitale inhoud die door de erflater is aangeschaft, zie hierover nader 3.3.2.

Auteursrechten zijn vermogensrechten die in de nalatenschap vallen. Het auteursrecht is vatbaar voor overdracht per akte en gaat ingevolge art. 2 lid 1 Aw over bij erfopvolging onder algemene titel ex art. 3:80 lid 2 BW. In het auteursrecht onderscheidt men economische rechten (exploitatierechten) en persoonlijkheidsrechten (morele rechten). Ten aanzien van die laatste rechten bepaalt de Auteurswet dat deze na overlijden van de maker (de auteur) ‘toekomen’ aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezen persoon. Er is in de doctrine geen overeenstemming over de vraag of persoonlijkheidsrechten wel vererven, maar slechts *uitoefend* kunnen worden als er cf. artikel 25 Aw een persoon is aangewezen, of dat ze in beginsel niet vererven, tenzij de auteur iemand aanwijst.⁵¹ Uitvoerend (amateur)kunstenaars, dat wil zeggen acteurs, zangers, dansers, musici en andere personen die werken opvoeren of uitvoeren, hebben ook persoonlijkheidsrechten. Of ze als amateur of beroepsmatig uitvoeren is niet relevant. De Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr) bepaalt dat deze persoonlijkheidsrechten toekomen aan de door de uitvoerend kunstenaar ‘bij uiterste wilsbeschikking aangewezen’ (art. 5 lid 2 Wnr). De exploitatierechten van de uitvoerend kunstenaar zijn vatbaar voor overdracht en gaan over bij erfopvolging, aldus bepaalt art. 9 lid 1 Wnr.

3.3.2 Licenties

De maker van een auteursrechtelijk beschermd werk, een uitvoerend kunstenaar of diens rechtverkrijgende, kan aan een derde een licentie verlenen voor het geheel of een gedeelte van het auteursrecht (art. 2 lid 2 Aw, art. 9 Wnr). Deze licentie is in feite een verbintenisrechtelijke toestemming van de rechthebbende (de licentiegever) aan een derde (de licentienemer) om ten aanzien van het werk bepaalde handelingen te verrichten die aan de rechthebbende zijn voorbehouden. Het gaat dus voornamelijk om het verlenen van bevoegdheden aan personen die van het werk gebruik willen maken.⁵²

In de Terms of Service van informatiediensten aanbieders zien we dat terug. De dienstenaanbieder verleent zoals boven in onderdeel 2.5 beschreven een gebruikslicentie aan de consument, en de consument van digitale mediadiensten, sociale media, multiplayer games etc. geeft op haar beurt een licentie aan de

⁴⁹ De belangrijkste richtlijn is de Richtlijn 2001/29/EG, *PbEU* 2001/29 (‘Auteursrechtlijn’). Over het limitatieve stelsel van beperkingen en de relatie met uitingenvrijheid o.a. HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624, m.nt. P.B. Hugenholtz (Pelham e.a.).

⁵⁰ Visser & Dack 2020; Hugenholtz 2019.

⁵¹ Spoor, Verkade & Visser 2019; Van Engelen 2020; Geerts & Visser 2019.

⁵² Spoor, Verkade & Visser 2019, p. 549.

dienstverlener ten aanzien van eventuele inhoud die de consument via de dienst opslaat of communiceert. Wat daarbij opvalt is dat de licentie aan de gebruiker over het algemeen beperkt is en eindigt met de gebruikersovereenkomst. Toegestaan is alleen persoonlijk gebruik voor niet-commerciële doeleinden en sublicenties zijn niet toegestaan. De licentie die de gebruiker zelf geeft is eerder onbeperkt in de tijd, wel sublicentieerbaar en komt ten gunste niet alleen aan de dienstverlener/handelaar, maar ook aan andere partijen waar deze zaken mee doet. In bepaalde gevallen verleent de gebruiker door het aangaan van overeenkomst zelfs een onherroepelijk recht aan eenieder om de inhoud verder te gebruiken.

De auteursrechthebbende kan naar eigen goeddunken toestemming verlenen via licenties; de contracteervrijheid staat voorop. Licenties worden ook beheerst door het algemene verbintenissenrecht, zo kunnen ze vormvrij geschieden.⁵³ Voor het verlenen van een exclusieve licentie is sinds 2015 een akte vereist (art. 2 lid 3 Aw, art. 9 lid 2 Wnr), maar zoals de analyse boven in onderdeel 2.5.4 laat zien, komt het eigenlijk niet voor dat dienstaanbieders een exclusieve licentie vragen van gebruikers.

Hoewel autonomie een belangrijk uitgangspunt is, zijn er met betrekking tot exploitatiecontracten wel bijzondere beschermende regels voor auteurs (voor zover natuurlijke personen) neergelegd in de Auteurswet en voor uitvoerend kunstenaars in de Wet op de naburige rechten. Deze zijn niet van toepassing op gebruiksovereenkomsten zoals die bij social media e.a. diensten gewoon zijn, omdat dat geen exploitatiecontracten zijn. Een andere beperking van de autonomie die beoogt de auteur te beschermen, is dat de auteur niet van al haar of zijn persoonlijkheidsrechten afstand kan doen. Dat geldt primair voor het recht om zich te verzetten tegen misvorming of andere (groeve) aantasting van het werk (art. 25 Aw); de licentie die elk gebruik toestaat heeft hier geen vat op.

3.3.3 Domeinnamen

Domeinnamen zijn vermogensrechtelijk gezien niet op één lijn te stellen met intellectuele eigendomsrechten zoals het auteursrecht, die absoluut zijn in hun werking ten opzichte van derden. Wel zijn rechten op domeinnamen vermogensrechten die in de nalatenschap vallen. In de ene interpretatie zijn ze als vorderingsrechten te karakteriseren, namelijk uit de overeenkomst tussen de domeinnaamhouder en de registrerende partij. Een andere interpretatie is dat rechten t.a.v. domeinnamen als een aparte categorie subjectieve rechten hebben te gelden. De standpunten zijn in de rechtswetenschappelijke literatuur (nog steeds) verdeeld, en duidelijke jurisprudentie is er niet.⁵⁴ Van belang in de context van dit onderzoek is primair dát rechten t.a.v. domeinnamen in de nalatenschap vallen.

De creatie en toewijzing van domeinnamen geschiedt in een systeem dat zwaar leunt op zelfregulering, zowel op nationaal als internationaal vlak. Voor domeinnamen in het zogeheten Generic Top Level domain (gTLD), zoals .com, .org en .live, is ICANN de partij die voor elke gTLD zogeheten registrars accrediteert. Registrars zijn ten opzichte van ICANN contractueel gebonden aan *polities* op het gebied van onder andere overdracht (*transfer*). Wil de registrant de domeinnaam overbrengen naar een andere registrar, of overdragen aan een ander persoon (registrant), dan zijn registrars gehouden daaraan mee te werken. Een vergelijkbaar systeem geldt voor het countrycode domein .NL, dat beheerd wordt door SIDN (de ‘register’). Aanvragen van domeinnamen gebeurt via een van een van meer dan duizend registrars, waarvan een deel domeinnamen voor particulieren registreert. Op het .nl domein geldt dat de domeinnaamhouder (‘registrant’) een contractuele verbintenis heeft met de partij die namens de houder technisch en administratief zorgdraagt voor registratie (‘registrar’), waarbij SIDN domeinnamen toewijst.⁵⁵

⁵³ Geerts et al. 2018, p. 507.

⁵⁴ Zie bijv. Rechtbank Den Haag 21 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10459. Voor de bredere discussie rond de vraag in hoeverre (los van intellectuele eigendomsrechten) domeinnamen, databestanden e.a. objecten onderwerp kunnen zijn van eigendom, zie Tweehuysen 2019a; zie ook Wibier 2016; en Naves 2018. Vgl. ook Van der Steur 2003, p. 183, die voor *informatie* wijst op een gebrek aan individualiteit, maar software overigens wel wil erkennen als zaak, p. 178.

⁵⁵ Complicaties kunnen zich voordoen waar de domeinnaam ook handelsnaam is, en de domeinnaamhouder niet (langer) degene is die de handelsnaam voert. In dat geval is het niet automatisch zo dat nabestaande van de domeinnaamhouder

Het opheffen van een domeinnaam, wijzigen van de houder, overstappen naar een andere registrar, e.d. geschiedt via de registrar.

Op het domein .nl staan ongeveer 6 miljoen domeinnamen geregistreerd, waarvan naar schatting 85% is geregistreerd voor zakelijk gebruik. Ook particulieren die om zakelijke redenen domeinnamen registreren zijn daarin meegenomen.⁵⁶ Er zijn dus ook bijna 1 miljoen niet-zakelijke domeinnamen op het .nl domein. Wie de (particuliere) houder van een domeinnaam is kan opgevraagd worden via de openbare Whois, maar bij particulieren kan dat alleen als de houder ingestemd heeft met het vermelden van haar of zijn naam. Omdat de registrar wel altijd zichtbaar is, kan de nabestaande/belanghebbende daar nadere informatie opvragen. Nabestaanden zullen als zij eenmaal toegang hebben tot de administratie van een overledene, met name tot bankgegevens, wel kunnen nagaan of de overledene überhaupt houder van domeinnamen was. Dat is bijvoorbeeld af te leiden uit betalingen aan registrars. Blijft onbekend of de overledene domeinnaamhouder was, en is er dus ook geen registrar bekend, dan kunnen nabestaanden zich tot SIDN richten.⁵⁷

3.4 Portretrecht

Zoals verderop uiteengezet, kent het Nederlandse recht geen algemeen persoonlijkheidsrecht dat post-mortem doorwerkt, en ook de regels rond persoonsgegevens (waaronder de AVG, zie nader 3.8) gelden in beginsel niet voor persoonsgegevens van de overledene.⁵⁸ Wat betreft *afbeeldingen* van personen is dat anders. Op basis van de Auteurswet hebben personen bepaalde zeggenschap over het gebruik en de verspreiding van afbeeldingen van hun portret; bepaalde nabestaanden hebben die zeggenschap na overlijden van de geportretteerde (art. 19-21 Auteurswet). De Auteurswet maakt een onderscheid tussen portretten die in opdracht of zonder opdracht zijn vervaardigd. Hoewel de wettekst anders doet vermoeden —omdat de betreffende bepalingen zijn geformuleerd als beperkingen op het auteursrecht, en telkens sprake is van wat de aanspraken van de geportretteerde zijn jegens de ‘auteur’ van het portret—kan de geportretteerde zich ook op haar of zijn portretrecht beroepen ten opzichte van derden, zoals mediadiensten en gebruikers van sociale media. Dit is vaste rechtspraak. Het portretrecht is door de Hoge Raad uitdrukkelijk gesitueerd als aspect van het fundamenteel recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de zin van art. 8 EVRM.⁵⁹ Het dient echter niet alleen de bescherming van privacybelangen in enge zin, waaronder de goede naam en reputatie,⁶⁰ maar ook de bescherming van economische belangen gemoeid met wat heet ‘verzilverbare populariteit.’ Het zijn met name personen met publieke bekendheid, zoals artiesten, sporters, schrijvers, fotomodellen, politici, maar ook bijvoorbeeld influencers die door hun reputatie en naamsbekendheid financieel voordeel kunnen halen uit het gebruik van hun portret (of schade kunnen leiden door ongeautoriseerd gebruik).⁶¹

aanspraak kunnen maken op domeinnaam. Zie bijv. Rechtbank Midden-Nederland 18 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3854 (partner van overleden domeinnaamhouder voert handelsnaam gelijk aan domeinnaam; nabestaanden vorderen domeinnaam).

⁵⁶ SIDN 2017.

⁵⁷ SIDN heeft geen specifiek beleid voor gevallen waarin nabestaanden niet kunnen achterhalen of de overledene houder van een domeinnaam is, maar nabestaanden kunnen via de helpdesk wel om hulp vragen daarbij [informatie verstrekt door SIDN aan onderzoekers d.d. 06.10.20].

⁵⁸ Het Duitse recht erkent een algemeen persoonlijkheidsrecht op grond van het leerstuk van onrechtmatige daad, en ook dat aspecten daarvan na de dood blijven bestaan (waarbij onduidelijk is hoe lang), zie Westkamp 2007.

⁵⁹ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, NJ 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (Cruijf/Tirion). Zie ook EHRM 15 januari 2009, nr. 1234/05, NJ 2009/524, m.nt. E.J. Dommering, (Reklos & Davourlis t. Griekenland).

⁶⁰ Het portretrecht wordt beschouwd als verbijzondering van de onrechtmatige daad. Los van portretrechten, kan een uiting die een aantasting van goede naam en reputatie vormt ook onrechtmatig zijn op grond van schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art 6:162 BW. Hierover Asser/Sieburgh 6-IV 2019/298, Volgenant 2019.

⁶¹ Zie voor een discussie in hoeverre verzilverbare populariteit moet voortvloeien uit beroepsmatige activiteiten, De Vrey 2020.

In het navolgende komt achtereenvolgens aan de orde wanneer sprake is van een portret (3.4.1), welke rechten de geportretteerde heeft, en onder welke voorwaarden nabestaanden die kunnen uitoefenen (3.4.2).

3.4.1 Portret

Van een portret is sprake als een persoon herkenbaar in beeld wordt gebracht. Dat beeld kan in de vorm van bijvoorbeeld een foto, tekening, video, computer generated image (een karakter in een voetbalspel bijvoorbeeld dat herkenbaar gebaseerd is op een echte sporter),⁶² schilderij of driedimensionale vorm zijn. Het aanzicht van een persoon hoeft niet per se in beeld te staan; wat telt is of het een herkenbare weergave van een persoon betreft. Die kan ook gelegen zijn in een treffende lichaamshouding, of bij bijv. een foto waarop iemand staat met gedeeltelijk zichtbaar gelaat, in de combinatie daarvan met andere identificerende elementen. Het portret is kortom een breed begrip, waaronder tal van beelden vallen die bij digitale mediadiensten (video, artwork bij muziek, nieuws) en communicatiediensen (profielfoto's, geposte vakantiekiekjes en TikTok filmpjes, met filters bewerkte 'snaps', GIFjes) een belangrijk element zijn. Het portretrecht komt toe aan elke geportretteerde, en is dus niet beperkt tot professionele of publieke personen.

3.4.2 Rechten geportretteerde en nabestaanden

Is een *portret in opdracht* gemaakt, dan is het aan de geportretteerde om toestemming te verlenen voor openbaarmaking (publicatie) ervan (art. 20 Aw.). Dit geldt niet alleen voor eerste publicatie, maar ook voor opvolgende publicatie door een andere partij,⁶³ tenzij die partij zich natuurlijk op de eerder gegeven toestemming kan beroepen. Rechtsgeldig gegeven toestemming kan in beginsel niet worden ingetrokken. Toestemming geven voor het maken van een portret is te onderscheiden van toestemming voor openbaarmaking ervan, al kan die laatste wel impliciet zijn gegeven.⁶⁴ Hier speelt de Haviltexnorm een rol (zie ook 3.7.1 hieronder).⁶⁵

Is een *portret niet in opdracht* gemaakt, dan heeft de geportretteerde geen verbodsrecht. Wel kan zij of hij zich verzetten tegen publicatie als daar een redelijk belang bij is. Dat belang kan gelegen zijn in de privacy-sfeer, maar dus ook in een economisch belang voortvloeiend uit het hebben van verzilverbare populariteit. In beide gevallen dienen de belangen van de geportretteerde afgewogen te worden tegen de belangen van degene die publiceert. Die laatste zijn vaak gelegen op het vlak van vrijheid van meningsuiting. De geportretteerde kan een (civielrechtelijk) verbod op publicatie vorderen, verwijdering van een reeds openbaargemaakt portret (bijv. op sociale media), een bevel om (her)publicatie in de toekomst te voorkomen, maar ook schadevergoeding.⁶⁶ Of het commerciële portretrecht (ook) te karakteriseren is als vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW dat bovendien vatbaar is voor overdracht (en daarmee voor vererving los van de bepalingen van art. 19-21 Aw), is omstreden in de doctrine maar wordt over het algemeen niet aangenomen.⁶⁷

Na de dood van de geportretteerde kunnen nabestaanden dezelfde rechten uitoefenen als de geportretteerde toekwamen. Onder nabestaanden verstaat de Auteurswet uitsluitend (art. 25a Aw): ouders, de echtgenoot of de geregistreerde partner en de kinderen. Het gaat dus niet per se om erfgenamen. Voor in opdracht gemaakte portretten is enkel gedurende tien jaar na overlijden toestemming van de

⁶² Aldus Rechtbank Amsterdam 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5415 (Davids/Riot Games).

⁶³ Rechtbank Amsterdam 23 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU6005, *AMI* 2012, p. 43-44, m.nt. K.J. Koelman (Jackson/De Telegraaf).

⁶⁴ Volgenant 2019.

⁶⁵ Verkade, Tekst & Commentaar Intellectuele eigendom.

⁶⁶ In hoeverre toewijzing ook volgt, hangt in sterke mate af van de context en dan met name van de mate waarin een verbod of bevel een noodzakelijke (en proportionele) beperking van de vrijheid van meningsuiting meebrengt. Zie voor mogelijkheden om content te laten verwijderen: Van Hoboken et al. 2020.

⁶⁷ Verkade, Tekst & Commentaar Intellectuele eigendom, 'Auteurswet, Artikel 21'; Spoor, Verkade & Visser 2019; Van Engelen 2009.

nabestaanden vereist voor (nieuwe) openbaarmaking. Elke nabestaande kan zelfstandig de bevoegdheden uitoefenen; zijn nabestaanden het niet eens over de vraag of bijvoorbeeld een foto van de overledene van een social media account verwijderd zou moeten worden, dan bepaalt art. 25a Aw dat ‘de rechter een voor hen bindende beslissing [kan] geven.’

Bekijkt men de rechtspraak, dan is duidelijk dat nabestaanden vooral een beroep doen op het portretrecht in gevallen waarin publicatie, bijv. als boekomschlag, in een televisieprogramma of in persmedia, de geportretteerde of diens omgeving in een negatief daglicht stelt.⁶⁸ Hoewel deze niet altijd even expliciet wordt gemaakt, vindt een afweging plaats tussen de belangen van de nabestaanden bij het voorkomen van (verdere) publicatie en de belangen van de publicerende partij. Als publicatie gebeurt door de pers of een daarmee te vergelijken ‘social watchdog’, en het betreft een zaak van publiek belang, komt aan de uitsingsvrijheid meer gewicht toe. De overledene wordt geacht geen eigen belangen meer te hebben.⁶⁹

Bij digitale mediadiensten zal over het algemeen sprake zijn van commercieel geproduceerde content waarvan de benodigde rechten —inclusief portretrechten— vooraf zijn geregeld. Daarentegen is bij communicatiediensten en dan in het bijzonder bij sociale media, sprake van grootschalig *posten* van beeld dat onder het portretrecht valt, waarbij in veruit de meeste gevallen onduidelijk is of dit met expliciete dan wel impliciete toestemming van de geportretteerde gebeurt. Door het geven van toestemming ontvalt een redelijk belang bij het opkomen tegen openbaarmaking. In de gebruiksvoorwaarden van communicatiediensten en digitale mediadiensten zien we standaard een bepaling waarmee de gebruiker de dienstverlener een (niet-exclusieve) licentie verstrekt voor het gebruik van de content door de dienstverlener in het kader van dienst. Het lijkt redelijk daaronder ook de toestemming tot het gebruik van portretten van de gebruiker zelf (al dan niet opdracht van de gebruiker gemaakt) te begrijpen. Maar deze toestemming betreft niet andere personen die zijn afgebeeld op content die een gebruiker via bijvoorbeeld social media openbaar maakt.

Kort samengevat is het portretrecht een belangrijk middel voor personen om verspreiding van afbeeldingen te controleren waarop zij herkenbaar zijn afgebeeld. De kring personen die na overlijden het portretrecht kan uitoefenen is anders van aard dan erfgenamen, namelijk beperkt tot kleinere en doorgaans naaste kring. Het zal niet altijd duidelijk zijn of de overledene opdracht heeft gegeven tot het maken van een foto, en of er (impliciete) toestemming is verleend voor publicatie, bijvoorbeeld voor het posten van een foto of filmpje door vrienden. Hetgeen ‘normaal’ is in het maatschappelijk verkeer is hier een belangrijke maatstaf.

3.5 ‘Verdwaald’ digitaal bezit

Niet alle informatie die een persoon achterlaat in accounts is object van vermogensrecht. Er bestaat een categorie van wat wij gemakshalve aanduiden als ‘verdwaald’ (informatie)bezit, dat noch als fysieke eigendom noch als intellectueel eigendom gekwalificeerd kan worden, terwijl het daarmee in bepaalde opzichten wel vergelijkbaar kan zijn. Naar geldend recht is omstreden of er eigendomsrechten kunnen bestaan op digitale goederen, voor zover deze niet onder de bestaande intellectuele eigendomsrechten vallen.⁷⁰ De goederenrechtelijke status van bijvoorbeeld magische zwaarden of kleding in games, een verzameling van contactgegevens in een digitaal adressenboek, de financiële gegevens in een online bijgehouden huishoudboekje, online geplaatste berichten als tweets of reviews, en verrichte zoekopdrachten, is daarbuiten onduidelijk.

In het strafrecht is in het beroemde —inmiddels 100-jarige— Elektriciteitsarrest van de Hoge Raad, en recenter in het RuneScape-arrest bepaald dat immateriële objecten onder voorwaarden gelijk gesteld

⁶⁸ Zie de rechtspraak in Volgenant 2019.

⁶⁹ In die zin uitdrukkelijk: Rechtbank Amsterdam 6 juni 1985, ECLI:NL:RBAMS:1985:AH0726; zie ook Rechtbank Amsterdam 10 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7357; V.zr. Rb. Groningen 31 mei 2000, ECLI:NL:RBGRO:2000:AH8177. Echter wel rekening houdend met reputatie overleden geportretteerde: Rechtbank Amsterdam 19 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9089. Zie ook Verkade 2009.

⁷⁰ Zie voor verwijzingen naar de verschillende opvattingen hierover: Tweehuysen 2019a, p. 1148-1159 (1151).

kunnen worden aan stoffelijke objecten, en dus vatbaar kan zijn voor diefstal (in juridische zin).⁷¹ Voor dit onderzoek is echter niet het strafrecht, maar het privaatrecht (vermogensrecht) van belang. Daar ligt de discussie ingewikkelder. Er gaan wel stemmen op dat gegevens(bestanden) als zodanig ook als vermogensbestanddeel zouden moeten worden aangemerkt met het oog op het belang ervan in het economisch verkeer. Wat betreft (private) communicatie, maakt het *Bundesgerichtshof* (BGH) in de geruchtmakende Facebook-zaak de analogie tussen fysieke brieven en digitale ‘correspondentie’, zonder overigens duidelijkheid te scheppen over de vraag of digitale correspondentie dan ook net als de fysieke brief als eigendom aangemerkt zou moeten worden. Naar huidig Nederlands recht is digitale communicatie als zodanig geen object van eigendom (buiten het intellectuele eigendomsrecht).

In het navolgende schetsen we wat dieper de problematiek, omdat ‘verdwaald digitaal bezit’ vragen oproept over wat er in de nalatenschap valt en hoe er na overlijden mee om moet worden gegaan.

3.5.1 Goederenrechtelijke status

In het RuneScape-arrest stond de vraag centraal of het afnemen van een virtueel object in een online spel te kwalificeren is als diefstal in de zin van art. 310 van het Wetboek van Strafrecht. Gezien de delictomschrijving dient het virtuele object —het betrof hier een virtueel amulet en een virtueel zwaard die binnen een spelomgeving toebehoorden aan een speler en hem werden afgenomen door verdachte— te kwalificeren als ‘goed’ wil art. 310 Sr van toepassing zijn. Volgens de Hoge Raad staat de virtuele aard van deze objecten op zichzelf niet een kwalificatie als ‘goed’ in de weg. De in het spel opgebouwde bezittingen hebben voor de spelers een reële waarde, die door inspanning en tijdsinvestering worden verworven. Bovendien kunnen spelers de feitelijke en exclusieve heerschappij die zij in het spel hebben verliezen.⁷² Aangezien art. 310 Sr. dient ter bescherming van vermogen, zouden ook onstoffelijke objecten moeten gelden als ‘goed’ ondanks dat de wetgever bij het opstellen van de bepaling in 1886 stoffelijke objecten op het oog had (hetgeen in het privaatrecht sinds de invoering van het nieuw burgerlijk wetboek ‘zaak’ heet).⁷³ Dat een virtueel object in het strafrecht wordt aangemerkt als ‘goed’, betekent echter niet dat automatisch kan worden aangenomen dat voor een virtueel object in het goederenrecht hetzelfde geldt.⁷⁴

Het Runescape-arrest wordt in de doctrine wel aangehaald in discussies over de vraag wat de vermogensrechtelijke status is van virtuele objecten (en de accounts waarbinnen deze ontstaan). Het blijkt niet eenvoudig het arrest te vertalen naar de privaatrechtelijke context. Zoals hierboven bij de bespreking van intellectuele eigendomsrechten en het portretrecht reeds aangegeven, erkent de wet in ieder geval niet expliciet exclusieve rechten op digitaal bezit, naast intellectuele eigendomsrechten. De meningen zijn verdeeld over de vraag of accounts (inclusief daarin ‘verworven’ virtuele objecten en tegoeden) als vermogensrecht aangemerkt kunnen of als zodanig zouden moeten worden aangemerkt, en wat de aard daarvan dan is: verbintenisrechtelijk (een gebruiksrecht bijvoorbeeld) of goederenrechtelijk (eigendomsrecht). Er zijn ook verschillende benamingen voorgesteld voor digitale goederen, waarbij doorgaans getracht wordt de connotatie met het wettelijk begrip ‘goed’ in de zin van art. 3:1 BW te vermijden en daarmee ook de suggestie dat digitale ‘goederen’ object van eigendom (zouden) zijn in de zin van art. 3:2 BW Jo 5:1 BW. Men spreekt bijvoorbeeld van digitale activa met daarbinnen onderscheid tussen digitale objecten en data, of van digitale producten, of digitale inhoud.⁷⁵

Betogen dat een eigendomsrechtelijke benadering van digitale activa, in termen van bevoegdheden en rechten uitkomst kan bieden, zien vooral op behoeftes in het zakelijk verkeer (de mogelijkheid tot revindicatie van data, beslaglegging, faillissement, overnames).⁷⁶ Voor de particuliere sfeer die in dit onderzoek centraal staat is het denken minder ver ontwikkeld. Samengevat is naar huidig recht onduidelijk

⁷¹ Hoge Raad 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251.

⁷² Hoge Raad 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, r.o. 3.6.1.

⁷³ Spierings & Pesselse 2012, §3.

⁷⁴ Spierings & Pesselse 2012, §5.

⁷⁵ Zie o.a. Tweehuysen 2019a §7.1-7.3; Spierings & Pesselse 2012, §4.2.

⁷⁶ Vgl. Tjong Tjin Tai 2016.

wat de status is van digitaal bezit, los van auteursrecht en andere intellectuele eigendomsrechten enerzijds en contractuele verbintenissen anderzijds. Ook is onduidelijk wat überhaupt wenselijk is op dit gebied, ook met het oog op de contractuele relatie tussen accounthouder, dienstverlener en houder van auteursrechten (bijv. de speler, aanbieder spelomgeving en rechthebbende op game). Dat gegevens, teksten, audio en beeld een grote rol spelen in wijze waarop personen online vorm geven aan hun bestaan en identiteit maakt het vraagstuk nog ingewikkelder, evenals het feit dat omdat het doorgaans om communicatie gaat, er ook te beschermen belangen van derden zijn betrokken.

Gezien het grote maatschappelijk belang dat met duidelijkheid gemoeid is —zowel in de zakelijke als private sfeer schrijdt digitalisering immers voort— is nader onderzoek naar deze complexe materie noodzakelijk. Uiteindelijk is de vraag wat de impact is op de digitale nalatenschap een tweede orde vraag, die pas beantwoord kan worden als de vermogensrechtelijke status van digitaal bezit duidelijker wordt.

3.5.2 Persoonlijke digitale communicatie en de brievenanalogie

Vermogensrechtelijk gezien bestaat er geen twijfel over dat de papieren brief een zaak is die in de nalatenschap valt. Inhoud (tekst) en drager (papier) van correspondentie vallen juridisch gezien niet samen, maar wie beschikt over de drager heeft daarmee toegang tot de inhoud van de communicatie, en zal doorgaans ook eigenaar van de drager zijn (verzender) of worden (ontvanger). Betekent dit dat voor digitale correspondentie hetzelfde geldt, los van eventuele auteursrechten? Zijn e-mails, Facebook posts en WhatsApp berichten op één lijn te stellen met ansichtkaart of brief? De opvattingen hierover in de rechtsgeleerde literatuur zijn verdeeld. Sommige auteurs stellen e-mail en andere digitale communicatie gelijk aan fysieke brieven: de auteur houdt het eventuele auteursrecht op de inhoud, en de ontvanger (de data) waarin de inhoud is vervat. Deze rechten gaan bij overlijden dan over op de erfgenamen.⁷⁷ Deze 'brievenanalogie' lijkt wellicht logisch, maar roept netelige vragen op.⁷⁸

In het zogenaamde Facebook-arrest van het Duitse *Bundesgerichtshof* —een van de eerste malen dat een hoogste rechter moest oordelen over toegang tot accounts van overleden gebruikers, nader besproken in 6.1 hieronder— is de brievenanalogie ook uitgangspunt. In deze zaak wilden de ouders (erfgenamen) toegang tot de Facebook-account van hun overleden dochter en tot alle daaraan gekoppelde informatie (berichten, foto's, etc.). Daarbij claimden zij onder meer belang te hebben omdat dit een manier was om inzicht te krijgen in de mentale gesteldheid van de dochter ten tijde van haar dood. De ouders beriepen zich op de Duitse saisine regel, op grond waarvan zij met het overlijden van hun dochter van rechtswege partij zouden zijn geworden bij de gebruikersovereenkomst tussen hun dochter en Facebook. Deze positie zou ook betekenen dat ze de volledige toegang tot de inhoud van de account zouden moeten krijgen. Facebook bracht daartegenin dat regelgeving op het gebied van privacy en vertrouwelijke communicatie daaraan in de weg stonden. Het BGH achtte de saisine regel van toepassing. Het BGH zag geen grond om met het oog op privacy of briefgeheim hiervan af te wijken: fysieke brieven gaan ook over naar de erfgenamen. Er zou geen reden zijn om aan te nemen dat digitale communicatie in die zin anders behandeld diende te worden: de Facebookchats van de dochter konden gelijk worden gesteld aan fysieke brieven.⁷⁹

Dit uitgangspunt van het Hof (de brievenanalogie) is veel bekritiseerd.⁸⁰ Het fysieke aspect van brieven kan juist als een onderscheidende factor gezien worden, omdat inhoud en drager in het ene geval wel en het andere niet samenvallen voor de eigenaar. Digitale communicatie is als zodanig niet iemands 'eigendom', hooguit rusten er intellectuele eigendomsrechten op de in de communicatie vervatte prestatie. Ook al zou er op een deel van de correspondentie in een account auteursrechten rusten van de overledene,

⁷⁷ Zie o.a. Connor 2011, Mazzone 2012. Merk op dat vanwege verschillen in rechtssystemen (met name waar het eigendomsconcepten betreft, en *property interests* in common law) men voorzichtig moet zijn met het vertalen naar de Nederlandse systematiek van vermogensrechten.

⁷⁸ Voor een uitgebreide analyse, zie Harbinja 2017.

⁷⁹ BGH III ZR 183 17, §50.

⁸⁰ Zie uitgebreid Harbinja 2017, p. 188.

dan levert dat nog geen aanspraak op voor de erfgenamen op toegang tot (en zeggenschap over) de gehele correspondentie.

Wat ook een verschil is tussen de traditionele briefpost en communicatiediensten is de relatie tussen dienstaanbieder en verzenders/ontvangers. Bij klassieke correspondentie werkt de dienstverlener (de bezorgdienst) in opdracht van de verzender, maar bestaat er geen relatie meer tussen dienstverlener en verzender als de communicatie de bestemming heeft bereikt.⁸¹ Bij elektronische communicatie is dat anders, er is een voortdurende relatie tussen in ieder geval verzender en dienstenaanbieder, en vaak ook tussen dienstenaanbieder en ontvanger(s), zoals bij sociale media en berichtenapps. De voortdurende communicatie vindt plaats binnen de (contractuele) voorwaarden van de dienstverlener, en deze voorwaarden kunnen wijzigen en daarmee ook van invloed zijn op de onder controle van de dienstverlener opgeslagen inhoud.

Elektronische ‘correspondentie’ verschilt zowel in kwantitatieve als kwalitatieve zin in nog meer opzichten fundamenteel van de analoge briefwisseling. In kwantitatieve zin, omdat de hoeveelheden berichten die mensen delen onvergelijkbaar veel groter zijn dan in de analoge tijd. Het volume hangt wel af van het soort dienst: in chat apps kan het al snel om tientallen berichten per dag gaan, terwijl gebruikers niet dagelijks een nieuwe post op Instagram zetten, en fanatieke twitteraars honderden zelfs duizenden berichten plaatsen. Het volume hangt vanzelfsprekend ook af van de communicatievoorkeuren van de gebruiker en de (sociale) omgeving waarin zij functioneert. Maar dát de gemiddelde gebruiker van communicatiediensten bij leven een grote hoeveelheid berichten verspreidt vergeleken met de gemiddelde brievenschrijver van weleer staat buiten kijf. En tenzij de gebruiker actief handelt, worden deze berichten bij de meeste diensten automatisch bewaard. Bij bepaalde diensten zoals Snapchat worden verstuurd berichten over het algemeen wel automatisch verwijderd (chats) of kan de gebruiker dat instellen.

Ook de kwaliteit van de ‘correspondentie’ verschilt van de klassieke brief. Die laatste is over het algemeen bewust en zorgvuldig gecomponeerd, ook omdat het een investering kost om een brief te schrijven en te posten. Digitale berichten kunnen dat ook zijn, maar zijn het vaker niet; denk aan de snelle gedachtewisseling via direct messages, het doorsturen van memes en geven van likes. Verder is de brief doorgaans gericht aan één ontvanger en bestaat er maar één exemplaar van, dat uiteindelijk berust bij de ontvanger en niet bij de verzender. Bij communicatiediensten is het beeld veel diverser, het verschilt per soort app maar ook binnen een app bestaan verschillende communicatiemodaliteiten. Via een direct message functie is sprake van een-op-een communicatie zoals bij een brief, maar de verzender kan ook een beperkte groep (vrienden, collega’s, etc.) bereiken of juist een grote groep, tot aan alle gebruikers wereldwijd van een bepaalde app aan toe. Normaliter hebben zowel verzender als geadresseerden een ‘kopie’, ook hierin verschilt moderne correspondentie van analoge, waarin communicatiepartners beschikken over een helft van het gesprek.

Een kwalitatief aspect dat veel genoemd wordt om het verschil met klassieke correspondentie te duiden is dat de aard van de communicatie verschilt. De inhoud kan hoogstpersoonlijk zijn,⁸² zoals bij een voor de directe omgeving geheimgehouden account op een datingwebsite of -app, en vergezeld gaan van verkeersgegevens (locatie, tijdstip van verzenden etc.),⁸³ en bovendien betreft het doorgaans niet alleen tekst maar ook beelden (vaak van personen, aan wie portretrecht toekomt) en geluid.

Het BGH gaat door analoge correspondentie en social media accounts op een lijn te stellen niet alleen voorbij aan genoemde kwantitatieve en kwalitatieve verschillen, maar ook aan veranderende opvattingen over privacy. Het is goed voorstelbaar dat in maatschappelijke opvattingen over privacy de norm wordt dat communicatie die mensen zelf als persoonlijk beschouwen (en ook hooguit in beperkte

⁸¹ We laten hier buiten beschouwing dat dit bij zakelijk (post)verkeer anders kan zijn.

⁸² Pitz 2019, p. 398.

⁸³ Harbinja 2017, p. 228.

sociale kring verspreiden) ook voor erfgenamen of nabestaanden privé moet blijven.⁸⁴⁸⁵ Dit is een indicatie dat burgers zelf de brievenanalogie niet per se delen, en dat daarnaast sprake is van veranderende houding ten opzichte van digitale privacy post-mortem. De technologie biedt daarnaast veel mogelijkheden om communicatie tot een bepaalde kring te beperken, en mensen maken daar bewust gebruik van. En waar gebruikers kiezen voor het publiek communiceren, bijvoorbeeld op Facebook of Twitter, is de inhoud daarvan al grotendeels makkelijk toegankelijk voor erfgenamen. Waar gebruikers kiezen voor communicatie met een beperkte groep, zouden erfgenamen die toegang tot een account krijgen, daarmee ook toegang hebben tot de berichten van alle communicatiepartners. In het geval van email en berichtenapps bijvoorbeeld gaat het over de integrale correspondentie, in het geval van social media accounts over communicatie-uitingen zoals likes en reacties.

De privacybelangen van communicatiepartners komen dus ook sneller en omvangrijker in het geding dan bij brieven. Dit is zeker zo als mensen er bewust voor kiezen om een privécommunicatiemiddel te gebruiken, bijvoorbeeld voor de privéchat boven de post op een publieke pagina. Uit onderzoek onder Amerikaanse studenten blijkt dit een normale tactiek om de privacy te bewaken.⁸⁶ Vanuit het perspectief van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is er het nodige in te brengen tegen ongelimiteerde toegang voor erfgenamen tot gebruikersaccounts. Ook is het verschaffen van toegang door dienstverleners tot de persoonsgegevens van derden al snel problematisch vanuit het perspectief van de verplichtingen die op hen rusten op grond van Algemene Verordening Gegevensbescherming.⁸⁷ Zie nader 3.9 hieronder.

Op het punt van vertrouwelijkheid is het ook een verschil met de analoge tijd dat mensen digitale communicatie beschermen door hun devices te vergrendelen en daarnaast ook nog door inloggegevens af te schermen. Dat is overigens uit oogpunt van bescherming tegen misbruik van informatie door derden ook gewenst, en bovendien verplichten gebruikers van informatiediensten zich ook vaak contractueel om zorgvuldig met hun inloggegevens om te gaan en deze niet te delen (zie nader 2.5.3 hierboven en 3.7.1 hieronder). Voor gebruikers gaat van die beveiliging mogelijk de suggestie uit dat deze zich uitstrekt tot na de dood.⁸⁸ Het vertrouwen dat dit meebrengt kan worden geschaad door erfgenamen toegang te bieden tot de beveiligde omgeving. Een verder effect van dit vertrouwen in de beveiliging van de digitale communicatie en documentatie is dat vernietiging of verwijdering vaak achterwege wordt gelaten, mede omdat dit een gecompliceerd proces kan zijn.⁸⁹ Ook dat verklaart waarom het volume aan communicatie waartoe erfgenamen toegang zouden hebben zo veel groter is dan bij de doos met achtergelaten brieven of foto's.

Het BGH oordeelde dat er geen reden is om digitale communicatie anders te behandelen dan analoge communicatie. Of een Nederlandse rechter hetzelfde zou oordelen als het BGH is de vraag. Het maken van een onderscheid, waarbij erfgenamen wel toegang krijgen tot (bepaalde) account informatie, maar niet de beschikking krijgen over alle daarin bewaarde inhoud, kan nuttig zijn. Digitale communicatie kan niet eenduidig gekwalificeerd worden als 'eigendom' noch als enkel onderdeel van een contractuele relatie. Bovendien spelen er vanwege het vaak (hyper)persoonlijke karakter van digitale communicatie bepaalde maatschappelijke belangen die zich tegen een rechtlijnige toepassing van de saisineregels verzetten. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het respecteren van de persoonlijke sfeer van overledenen (zie hierover ook 3.9), het tegengaan van —in principe— eeuwigdurende overgang van persoonlijke communicatie op generaties erfgenamen en vooral ook aan belangen van derden (met name communicatiepartners van de

⁸⁴ Zo ook Tweehuysen 2019b.

⁸⁵ Uit een peiling van onderzoeksbureau Kantar uit februari 2021 blijkt dat hoewel meer dan de helft van de ondervraagde Nederlanders (n=1507) aangeeft nog niets te hebben geregeld met betrekking tot de digitale nalatenschap, met name jongere Nederlanders (18-34 jaar) veel vaker dan andere leeftijdsgroepen aangeven dat er voor toegang door erfgenamen tot foto's, filmpjes en berichten expliciet toestemming moet zijn gegeven. Kantar, Digitale nalatenschap en kwaliteit uitvaartbranche, februari 2021 (concept rapportage aan Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, nog niet gepubliceerd), p. 38.

⁸⁶ Leigh Young & Quan-Haase 2013, p. 481-482.

⁸⁷ Dienstverleners die 'ouderwets' functioneren als 'bezorger' tussen twee partijen kunnen ook op grond van o.a. de Telecommunicatiewet en de Postwet gehouden zijn het communicatiegeheim te eerbiedigen.

⁸⁸ Pitz 2019, p. 398.

⁸⁹ Edwards & Harbinja 2013, p. 118.

overledene). Deze duiden eerder in de richting van een systeem waarbij in beginsel de inhoud van accounts na overlijden wordt gewist tenzij de overledene anders heeft beslist.

Hoewel de onduidelijke vermogensrechtelijke status van digitale communicatie —wat wij hier aanduiden als verdwaald bezit— bijdraagt aan de problematiek tot welke informatie erfgenamen precies toegang (zouden moeten) hebben, laat een eenvoudige oplossing zich niet makkelijk aandragen. Zou men een goederenrechtelijk getint recht erkennen, dan blijft de vraag of dit vererfbaar moet zijn gezien de hier opgeworpen bezwaren. Beschouwt men de inhoud van een account als onlosmakelijk verbonden met de (gebruikers)overeenkomst, dan is ook de vraag of het wenselijk is dat erfgenamen zoals in de Facebook zaak onbeperkt toegang en zeggenschap krijgen.

3.6 Digitaal ‘geld’ en tegoeden

Er zijn zeer uiteenlopende manieren waarop men als gebruiker van digitale diensten een vorm van ‘digitaal geld’ of waardetegoed kan hebben, en de juridische status ervan verschilt ook sterk. Voor dit onderzoek onderscheiden we drie grove soorten: publiek gereguleerd elektronisch geld, tegoeden en cryptovaluta (crypto currencies). Hierboven en in onderdeel 2.5.5 en 3.3 is reeds uiteengezet waarom virtuele ‘objecten’ in met name spelomgevingen primair in het licht van auteursrecht en andere intellectuele eigendomsrechten worden beschouwd, het gaat daarbij om virtuele zaken zoals wapens, dieren, munten, of om spelpersonages (‘skins’). In spelomgevingen functioneert ook virtueel ‘geld’ (virtuele valuta) als betaalmiddel binnen het spel; spelers verdienen virtueel geld door bijvoorbeeld ruiltransacties, door het ‘exploiteren’ van virtuele winkels of ze winnen het als beloning voor bepaalde prestaties. Net als virtuele objecten hebben deze middelen normaliter alleen waarde binnen de spelomgeving, de gebruiksvoorwaarden verbieden doorgaans ook het ‘verhandelen’ ervan buiten de spelomgeving om (zie 2.5.5). Anders is het gesteld met digitale valuta.

Markten voor betaaldiensten ontwikkelen zich in hoog tempo, met een grote diversiteit aan soorten diensten en samenwerkingen tussen betaalinstellingen en aanbieders van de soorten informatiediensten die in dit onderzoek centraal staan. Ook hier zijn de grote tech platforms in opkomst. Apple introduceerde in samenwerking met banken en payment service providers zoals Mollie en Adyen Apple Pay in Nederland (2019). Ook Chinese internetreus Alibaba brengt de digitale portemonnee Alipay naar Europa. Met e-wallets kan de consument zowel online als in fysieke winkels betalen.

Net als giraal en chartaal geld is *elektronisch geld* publiekrechtelijk geregeld. Ondernemingen die elektronisch geld uitgeven (in ruil voor giraal of chartaal geld) waarmee betaaltransacties kunnen worden gedaan, zijn als elektronischgeldinstelling onderworpen aan de Wet financieel toezicht. Op de betaaldiensten⁹⁰ van dergelijke elektronischgeldinstellingen en andere betaaldienstaanbieders is ook de regeling van Titel 7B Boek 7 Burgerlijk wetboek inzake betalingstransacties van toepassing; waarin de Richtlijn elektronisch geld⁹¹ is geïmplementeerd.⁹²

Er is alleen sprake van elektronisch geld als de gebruiker (‘verkrijger’) een vordering heeft op de uitgevende instelling en als het tegoed gebruikt kan worden voor betalingen aan derden.⁹³ Een bekend voorbeeld is PayPal. Bij e-wallets zoals Apple Pay koppelt de consument een of meer bankpassen aan de dienst, en kan zo betalingen aan derden doen met een ontgrendeld Apple device (telefoon, tablet, watch). Wallets hebben doorgaans nog meer functionaliteiten, o.a. voor de opslag van winkeltegoed en cadeaubonnen, tickets voor events, of het doen van instant betalingen doen aan andere gebruikers op het platform. Lang niet alle middelen zijn dus elektronisch geld.

⁹⁰ De wet erkent verschillende soorten betaaldiensten, in het kader van dit onderzoek voert het te ver om op de verschillen en de juridische consequenties daarvan in te gaan. Zie Van Esch 2019 voor een overzicht.

⁹¹ Richtlijn 2009/110/EG betreffende toegang tot, uitoefening van en prudentieel toezicht op werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, *PbEU* 2009, L 26.

⁹² Bierens 2020.

⁹³ Van Esch 2019.

Ook een *waardetegoed* dat een gebruiker ‘stort’ op bijvoorbeeld een game account is geen elektronisch geld. Het kan immers alleen gebruikt worden om items te ‘kopen’ binnen de spelomgeving. Een digitale waardebon die inwisselbaar is voor goederen of diensten bij een bepaald bedrijf is ook geen elektronisch geld, onafhankelijk of deze waardebon in een e-wallet is opgeslagen of (alleen) in de administratie van het bedrijf of van een tussenpersoon. Zulke tegoeden vallen in beginsel wel in de nalatenschap, maar welke aanspraken de erfgenamen daarmee krijgen hangt af van de (algemene) voorwaarden van de gebruikersovereenkomst.

Cryptovaluta zijn digitale valuta (zoals Bitcoin) en het bijbehorende systeem voor online betalingen dat onafhankelijk functioneert van enige centrale bank, en waarbij traditionele financiële dienstverleners zoals commerciële banken worden gepasseerd.⁹⁴ Cryptocurrencies functioneren niet alleen als (informeel) betaalmiddel maar bijvoorbeeld ook als investeringsobject.⁹⁵ De Europese en nationale regulering van cryptocurrencies is sterk in ontwikkeling en het terrein wordt gekenmerkt door veel rechtsonzekerheid,⁹⁶ ook met betrekking tot de vermogensrechtelijke status van cryptovaluta.

Vanuit het perspectief van digitaal nalatenschap is met name van belang dat cryptovaluta gegenereerd, opgeslagen en verhandeld worden in blockchains met gebruikmaking van public en private keys. Alleen als men de beschikking heeft over de private key waarmee de waarde die in de blockchain is opgeslagen (gerepresenteerd door bijv. een bitcoin) is beveiligd kan men aantonen ‘eigenaar’ te zijn en transacties (laten) uitvoeren. Private keys kunnen op verschillende manieren beveiligd zijn opgeslagen: op een fysiek (offline) device ofwel ‘hardware wallet’, op een telefoon (mobile wallet) of in een computerprogramma (software wallet). Zonder toegang tot de private key –denk aan het geval waarop de private key alleen maar op een hardware wallet staat, waarvan de erfgenamen de toegangscode niet kennen– kunnen de erfgenamen niet over de cryptovaluta beschikken. De eigenaar zal dus voorzieningen moeten treffen om te zorgen dat cryptovaluta niet ‘verweesd’ achterblijven. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door een notarieel depot van de toegangscode (seedphrase) tot een wallet. De situatie is anders als de overledene gebruik maakte van een tussenpersoon die de wallet beheert (een zgn. *custodian wallet provider*), in dat geval heeft de overledene een (online) account bij de tussenpersoon en is het nog mogelijk om via die tussenpersoon toegang tot de wallet en dus tot de cryptovaluta te krijgen.⁹⁷

3.7 Overeenkomsten vanuit consumentenrechtelijk perspectief

In veel gevallen wordt de positie van erfgenamen ten aanzien van de digitale nalatenschap van de overledene primair beheerst door de contractuele verbintenissen die de overledene had met informatiedienstverleners. Het recht op toegang tot digitale inhoud en digitale ‘goederen’ wordt immers in beginsel geregeld door het contractenrecht.

Omdat dit onderzoek gericht is op de digitale nalatenschap van natuurlijke personen, richten wij ons op digitale goederen die niet hoofdzakelijk worden gebruikt in de uitoefening van een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit en daarvoor ook niet hoofdzakelijk zijn bestemd. Aangezien de aanbieders van digitale inhoud en digitale diensten wél in de uitoefening van beroeps- of bedrijfsactiviteiten handelen, is sprake van een contractuele relatie tussen een consument en wat in termen van Europees consumentenrecht doorgaans heet een ‘handelaar’.

Dat brengt mee dat op deze contractuele relatie ook het consumentenrecht van toepassing is. Dat geldt in het bijzonder voor de Richtlijn digitale inhoud, die overeenkomsten tot levering van digitale inhoud

⁹⁴ Valiente & Tschorsch 2020.

⁹⁵ Zie voor een overzicht van de functies: Ferrari 2020.

⁹⁶ O.a. met betrekking tot wanneer cryptovaluta als elektronisch geld zijn te beschouwen, welke partijen zijn aan te merken als betaaldienstaanbieder, wanneer regelgeving op het gebied van investeringsbescherming toepasselijk is. Zie Bierens 2020, Van Esch 2019.

⁹⁷ Met dank aan V. Ferrari voor het in eenvoudige termen inzichtelijk maken van de problematiek.

en digitale diensten aan consumenten betreft.⁹⁸ Daarnaast bevat de Richtlijn consumentenrechten⁹⁹ informatieverplichtingen en bedenktijden die ook voor deze overeenkomsten gelden. De Richtlijn oneerlijke bedingen¹⁰⁰ verbiedt het gebruik van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken,¹⁰¹ tot slot, verbiedt het handelen om bij of voorafgaande aan de sluiting of uitvoering van consumentenovereenkomsten gebruik te maken van misleidende, agressieve of anderszins oneerlijke handelspraktijken.

Met uitzondering van de Richtlijn oneerlijke bedingen gaan al deze richtlijnen uit van volledige harmonisatie, wat meebrengt dat het nationale recht niet minder, maar ook niet meer bescherming aan consumenten mag bieden.¹⁰² Voor zover een onderwerp niet, of niet uitputtend, is geregeld in de desbetreffende richtlijn geldt overigens dat de richtlijn niet in de weg staat aan de toepassing van regels uit het nationale algemene verbintenissenrecht. Dat geldt in het bijzonder voor de regels over de totstandkoming, geldigheid en niet-nakoming van overeenkomsten.¹⁰³

De richtlijnen gaan ervan uit dat de consument zich ten opzichte van de handelaar in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt (informatieasymmetrie), wat ertoe leidt dat de consument met de tevoren door de verkoper of dienstverrichter opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen.¹⁰⁴ De richtlijnen moeten waarborgen dat aan de consument een hoog niveau van consumentenbescherming wordt geboden,¹⁰⁵ wat ook een positieve invloed heeft op het vermogen om autonoom te beslissen.

Het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke bedingen en van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is niet beperkt tot overeenkomsten waarbij de consument zich verbindt om een prijs in geld te betalen. Na omzetting van de Richtlijn digitale inhoud¹⁰⁶ en de Moderniseringsrichtlijn¹⁰⁷ zullen de implementatiebepalingen van de Richtlijn digitale inhoud en de Richtlijn consumentenrechten niet alleen van toepassing zijn op overeenkomsten waarbij de consument een prijs in geld betaalt voor de geleverde digitale inhoud of digitale diensten. De implementatiebepalingen zullen ook van toepassing zijn op levering van digitale inhoud of digitale diensten in ruil waarvoor de consument persoonsgegevens verstrekt die niet strikt noodzakelijk zijn om de dienstenaanbieder in staat te stellen de digitale inhoud of diensten te leveren of aan wettelijke vereisten te voldoen.¹⁰⁸

⁹⁸ Richtlijn (EU) 2019/770 ('Richtlijn digitale inhoud'), *Pub. EU* 2019, L 136/1.

⁹⁹ Richtlijn (EU) 2011/83 ('Richtlijn consumentenrechten'), *Pub. EU* 2011, L 304/64.

¹⁰⁰ Richtlijn 93/13/EEG ('Richtlijn oneerlijke bedingen'), *Pb EU* 1993, L 95/29.

¹⁰¹ Richtlijn 2005/29/EG ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken'), *Pb EU* 2005, L 149/22.

¹⁰² Zie art. 4 Richtlijn digitale inhoud; art. 4 Richtlijn Richtlijn consumentenrechten en art. 4 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de overwegingen (14) en (15) in de preambule van die richtlijn. De Richtlijn oneerlijke bedingen gaat daarentegen uit van minimumharmonisatie, wat meebrengt dat de lidstaten consumenten niet minder, maar wel meer bescherming mogen bieden dan uit de richtlijn voortvloeit, zie art. 8 Richtlijn oneerlijke bedingen.

¹⁰³ Zie art. 3 lid 10 Richtlijn digitale inhoud, art. 3 lid 5 Richtlijn consumentenrechten en art. 3 lid 2 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

¹⁰⁴ Vgl. bijvoorbeeld Hof van Justitie 27 juni 2000, gev. zaken C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 (Océano), punt 25; Hof van Justitie 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395 (Pannon), punt 22; Hof van Justitie 17 mei 2018, zaak C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320 (Karel de Grote Hogeschool/Kuijpers), punt 26; Hof van Justitie 7 augustus 2018, gev. zaken C-96/16 en C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643 (Banco Santander/Demba en Godoy Bonet en Escobedo Cortés/Banco de Sabadell), punt 64; Hof van Justitie 7 december 2017, zaak C-598/15, ECLI:EU:C:2017:945 (Banco Santander/Sánchez López), punt 36; Hof van Justitie 11 maart 2020, zaak C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188 (Lintner), punt 23.

¹⁰⁵ Zie art. 169 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, *Pb EU* 2005, C 115/47.

¹⁰⁶ Richtlijn digitale inhoud. Deze richtlijn moet zijn omgezet voor 1 juli 2021; de nationale implementatiebepalingen moeten (met twee specifieke uitzonderingen) worden toegepast op overeenkomsten waarbij vanaf 1 januari 2022 digitale inhoud of digitale diensten worden geleverd, ongeacht of de overeenkomst vóór die datum is gesloten, zie art. 24 Richtlijn digitale inhoud.

¹⁰⁷ Richtlijn (EU) 2019/2161 ('Moderniseringsrichtlijn'), *Pb EU* 2019, L 328/7. Deze richtlijn moet zijn omgezet op 28 november 2021; de nationale implementatiebepalingen moeten worden toegepast vanaf 28 mei 2022, zie art. 7 Moderniseringsrichtlijn.

¹⁰⁸ Zie art. 3 lid 1, tweede zin, Richtlijn digitale inhoud en art. 3 Richtlijn consumentenrechten, zoals gewijzigd door art. 4 onder 2 Moderniseringsrichtlijn.

3.7.1 Voortbestaan of beëindiging van de overeenkomst na overlijden

Het uitgangspunt van het contractenrecht is dat het partijen vrij staat om afspraken te maken over de beëindiging van de overeenkomst en de overgang en de overdraagbaarheid van rechten (het beginsel van contractsvrijheid ofwel partijautonomie).¹⁰⁹ Gelet op de al gememoreerde zwakke onderhandelingspositie van consumenten betekent dit effectief dat de aanbieder van de digitale inhoud of de digitale dienst de voorwaarden bepaalt waaronder hij de digitale inhoud of dienst ter beschikking stelt. Deze vrijheid wordt begrensd door het dwingende consumentenrecht, zoals dat onder meer voortvloeit uit de nationale bepalingen ter implementatie van de genoemde richtlijnen. Het (consumenten)contractenrecht biedt daarmee een minimum aan bescherming aan de consument, waarvan de aanbieder niet mag afwijken.

In het contractenrecht geldt, in aanvulling op art. 3:80 lid 2 BW en art. 4:182 BW, dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst mede gelden voor de rechtverkrijgenden onder algemene titel (zoals de gezamenlijke erfgenamen), ‘tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit’ (art. 6:249 BW).¹¹⁰ De door het consumentenrecht aan de contractsvrijheid van de aanbieder gestelde beperkingen gelden daarmee in beginsel ook ten aanzien van de erfgenamen van de overleden consument.

Als de overeenkomst met de consument geen bepalingen of beleid omvat over het overgaan van de digitale inhoud of diensten, zal in beginsel aan de hand van de algemene regels van uitleg van overeenkomsten moeten worden bepaald wat tussen partijen geldt. Deze situatie zal zich bij de levering van digitale inhoud en diensten door commerciële bedrijven niet snel voordoen. Zoals uit de analyse van hoofdstuk 2 blijkt, contracteren deze aanbieders in beginsel altijd onder algemene voorwaarden.

In het navolgende brengen we een aantal van die algemene voorwaarden van bekende diensten nader in kaart die betrekking hebben op het voortbestaan van de overeenkomst bij overlijden van de consument. Wij onderscheiden drie gevallen. Soms nemen aanbieders van digitale diensten voorwaarden over het overgaan van digitale inhoud en diensten op in de algemene voorwaarden (voortzetting). Soms is het op basis van de voorwaarden niet duidelijk of de overeenkomst zal voortbestaan, met name waar overdracht van rechten wordt uitgesloten (overgang en niet-overdraagbare rechten). In andere gevallen bepalen de algemene voorwaarden juist uitdrukkelijk dat de overeenkomst wordt beëindigd bij overlijden (zoals in de eerdergenoemde ‘no-survivorship’-bepaling).

Voortzetting

In sommige gevallen is het op basis van de gemaakte afspraken duidelijk dat de overeenkomst ook na het overlijden van de particuliere accounthouder, licentiehouder of ‘eigenaar’ van de digitale inhoud (hierna: de consument)¹¹¹ blijft voortbestaan. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de aanbieder van digitale dienst (de ‘handelaar’)¹¹² in zijn algemene voorwaarden een voorziening heeft getroffen voor het beëindigen van de overeenkomst. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in de algemene voorwaarden voor de cloud storage dienst ‘Stack storage’ van TransIP Group. Art. 16.4 van deze algemene voorwaarden bepaalt het volgende:

‘6.4 TransIP Group is bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk, met directe ingang en zonder rechterlijke tussenkomst, zonder enige verplichting tot schadevergoeding of schadeloosstelling, te ontbinden en/of op te schorten, als: (...) je overlijdt;’

¹⁰⁹ Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 534.

¹¹⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018, nr. 534, merkt overigens op dat art. 6:249 BW nauwelijks zelfstandige betekenis heeft naast art. 4:182 BW.

¹¹¹ Met ‘consument’ wordt hier bedoeld op de natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Wij sluiten hiermee aan bij de definitie van dit begrip in art. 6:230g lid 1 onder a BW (welke bepaling deel uitmaakt van de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten) en de overeenkomstige definitie in art. 6:193a lid 1 onder a BW (welke bepaling deel uitmaakt van de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

¹¹² Met ‘handelaar’ doelen wij op de natuurlijke of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit, zoals omschreven in art. 6:230g lid 1 onder b BW en, in iets andere bewoordingen, in art. 6:193a lid 1 onder b BW.

Uit de bevoegdheid tot beëindiging die de aanbieder zich op basis van dit beding voorbehoudt, vloeit voort dat het uitgangspunt is dat de overeenkomst niet eindigt bij overlijden. Wanneer de overeenkomst geen bepalingen bevat over de situatie na overlijden, kan het algemene beleid van de aanbieder soms duidelijkheid bieden. Zoals in hoofdstuk 2.3 is uiteengezet, hebben sommige bedrijven in hun gepubliceerd ‘beleid’ (*policy*) een voorziening opgenomen voor het sluiten van een account van een overleden gebruiker. De consument (en diens erfgenamen) zijn slechts aan zulk beleid gebonden indien zij de toepasselijkheid daarvan op de (gebruikers)overeenkomst hebben aanvaard en het beleid voor hen gemakkelijk toegankelijk is gemaakt op het moment van contractsluiting, zie art. 6:231 juncto 232 en art. 6:230e BW. In dat geval zijn de bepalingen van dat ‘beleid’ ook aan te merken als algemene voorwaarden.

Een voorbeeld kan worden gevonden bij Google Play:

Een verzoek met betrekking tot het account van een overleden gebruiker indienen
Mensen verwachten dat Google hun gegevens veilig houdt, zelfs na hun overlijden.

Plannen maken voor uw account.

Met Inactiviteitsvoorkeuren kunt u ons laten weten wie toegang tot uw gegevens moet hebben en of u uw account wilt laten verwijderen. Stel Inactiviteitsvoorkeuren in voor uw account.

Een verzoek voor het account van een overleden persoon indienen
We realiseren ons dat veel mensen overlijden zonder duidelijke instructies achter te laten over hoe hun online accounts moeten worden beheerd. We kunnen samenwerken met naaste familieleden en vertegenwoordigers om het account van een overleden persoon indien van toepassing te sluiten. In bepaalde omstandigheden kunnen we content uit het account van een overleden persoon verstrekken. In al deze gevallen ligt onze hoofdverantwoordelijkheid bij het veilig en privé houden van de gegevens van mensen. We kunnen geen wachtwoorden of andere inloggegevens verstrekken. Elke beslissing om een verzoek met betrekking tot een overleden gebruiker in te willigen, wordt pas na een zorgvuldige beoordeling genomen.’

Ook Amazon heeft beleid ontwikkeld voor zijn App store:

Voeg een gewaarmerkte kopie van de overlijdensakte toe als bijlage aan een e-mail en stuur deze door naar het volgende e-mailadres: bereavement-support@amazon.nl. Dat is nodig om ervoor te zorgen dat de accountgegevens alleen aan bevoegde personen worden gegeven.

Als je een Amazon.nl-account hebt en je wilt dat cadeaubonnen worden overgezet naar je account, geef dan het e-mailadres en de laatste aankoop van je Amazon.nl-account op. Het is mogelijk dat we moeten controleren of je aanspraak maakt op de cadeaubonnen. Als je niet wordt genoemd in de overlijdensakte, vragen we je om bewijs van je relatie met de overledene naar ons op te sturen.’

Zowel bij Stack storage als bij Google Play en Amazon App Store is het duidelijk dat de overeenkomst niet automatisch eindigt door het overlijden van de consument: in de algemene voorwaarden voor Stack storage wordt een bevoegdheid tot opzegging voor de handelaar gecreëerd, in het ‘beleid’ van Google Play en Amazon kunnen de erfgenamen de account beëindigen. Amazon bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat eventuele cadeaubonnen die de overleden consument had, kunnen worden overgezet naar de account van een erfgenaam.

Overgang en niet-overdraagbare rechten

In andere gevallen is veel minder duidelijk of de overeenkomst blijft voortbestaan of wordt beëindigd door het overlijden van de consument. In veel sets met algemene voorwaarden wordt bepaald dat de account, de

licentie of de digitale inhoud ‘niet overdraagbaar’ is. Een voorbeeld bieden de algemene voorwaarden voor het gebruik van de diensten van Samsung Galaxy Apps, de app store van Samsung. De artikelen 5.1 en 19.7 van deze algemene voorwaarden bepalen het volgende:

‘5.1. De Diensten worden uitsluitend voor uw persoonlijke, niet-commerciële gebruik aangeboden. Samsung verleent u hierbij onder de voorwaarden van deze Overeenkomst een beperkt, persoonlijk, niet-exclusief, niet-overdraagbaar en herroepelijk recht om de Dienst te gebruiken, echter uitsluitend op de wijze die is toegestaan in deze Overeenkomst en in alle toepasselijke afzonderlijke voorwaarden van Samsung, welke recht u hierbij aanvaardt. (...)’

19.7. Het is u niet toegestaan deze Overeenkomst of een van uw rechten of verplichtingen uit hoofde hiervan zonder onze voorafgaande schriftelijke toestemming over te dragen, te cederen, te belasten of anderszins te vervreemden. Het is ons toegestaan deze Overeenkomst, of één van onze rechten of verplichtingen uit hoofde hiervan, op elk gewenst moment tijdens de looptijd ervan over te dragen, te cederen, te belasten, uit te besteden of anderszins te vervreemden.’

Ook de Servicevoorwaarden van Dropbox bevatten een dergelijke bepaling ten aanzien van de verstrekte gebruikerslicentie:

‘Bij sommige van onze Services kun je software (Software) van Dropbox downloaden die automatisch kan worden bijgewerkt. Mits je je houdt aan deze Voorwaarden, geven wij je een beperkte, niet-exclusieve, niet-overdraagbare, herroepbare licentie om de Software te gebruiken, en uitsluitend voor toegang tot de Services. (...)’

De Terms of Service van Instagram bepalen:

‘Je mag niet proberen om enig aspect van je account (inclusief je gebruikersnaam) te kopen, te verkopen of over te dragen of om inloggegevens of badges van andere gebruikers te vragen, te verzamelen of te gebruiken. (...)’
Het is niet toegestaan je rechten of verplichtingen op grond van deze overeenkomst over te dragen zonder onze toestemming.”

En tot slot bevatten ook de algemene voorwaarden van de populaire game Fifa van EA Games een dergelijke bepaling:

‘De EA-diensten worden onder licentie aan u verstrekt, en niet verkocht. EA verleent u een persoonlijke, beperkte, niet-overdraagbare, herroepbare en niet-exclusieve licentie om de EA-diensten te gebruiken waartoe u toegang heeft ten behoeve van uw niet-commerciële gebruik, onder voorbehoud van uw naleving van deze overeenkomst. U mag EA-diensten, content en/of rechten (zoals deze termen hieronder zijn gedefinieerd) niet openen, kopiëren, wijzigen of verspreiden, tenzij EA hiervoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven of dit volgens de wet is toegestaan.’

Deze bepalingen zien in beginsel niet op de gevolgen van het overlijden van de consument: de overdracht moet van overgang worden onderscheiden. Van het overdragen van de contractuele positie is bij opvolging onder algemene titel geen sprake, aangezien de overgang bij het overlijden van de rechthebbende van rechtswege plaatsvindt. Het is daarmee een vraag van uitleg van de desbetreffende bepaling uit de algemene voorwaarden van de handelaar in hoeverre een dergelijk beding betekenis heeft voor digitale nalatenschappen.

Naar Nederlands recht dient deze vraag te worden beantwoord aan de hand van het Haviltex-criterium. Volgens de Hoge Raad kan een vraag van uitleg ‘niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs

aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht¹¹³. Daarbij is van belang dat de handelaren in de regel grote commerciële partijen zijn, die veelal bijgestaan worden door een externe advocaat of een eigen juridische afdeling, dat de wederpartijen consumenten zijn die geen enkele invloed hebben kunnen uitoefenen op de formulering van de bepaling, en dat er ook geen sprake is geweest van overleg tussen de handelaar en gerenommeerde consumentenorganisaties over de bepaling.

De gemiddelde consument mag er dan vanuit gaan dat de handelaar bewust heeft aangegeven beperkingen te willen aanbrengen aan de mogelijkheid om de account of de digitale inhoud over te dragen aan een ander, maar niet aan de automatische overgang van rechten uit de overeenkomst bij overlijden. Daaruit volgt dan logischerwijs dat de rechten van de erflater – zowel ten aanzien van de (toegang tot) de account als ten aanzien van de digitale inhoud zelf – wel overgaan op diens erfgenamen: als de handelaar dat anders had willen regelen, had hij daarvoor andere bewoordingen moeten kiezen, zo volgt uit art. 6:238 lid 2 BW.

Geheimhouding

Iets wat tevens niet mag worden overgedragen op de nabestaanden, terwijl dit in het kader van het overgaan van de overeenkomst op de erfgenamen wellicht wel noodzakelijk is, is het persoonlijke wachtwoord of andere beveiligingscode van de overledene. Het grootste deel van de dienstverleners heeft in de voorwaarden opgenomen dat het wachtwoord niet met derden gedeeld mag worden. In Hoofdstuk 2 werd reeds de vraag opgeworpen hoe een dergelijke bepaling geïnterpreteerd dient te worden. Het gaat daarbij met name om de vraag of geheimhoudingsverplichtingen in algemene voorwaarden wellicht als onredelijk bezwarend kunnen worden gezien.

Bedacht dient echter te worden dat de gebruiker van digitale diensten (de latere erflater) zelf ook een belang kan hebben bij deze bepaling met het oog op het voorkomen van fraude. Daarnaast zal het opnemen en zo nodig handhaven van het beding de aanbieder kunnen beschermen tegen aansprakelijkheid wegens schending van de zorgplicht jegens de accounthouder. Verdedigbaar is immers dat wanneer de aanbieder onvoldoende maatregelen zou nemen om fraude te voorkómen, de aanbieder aansprakelijk zou zijn jegens de accounthouder, ook al zou het de accounthouder zijn die onzorgvuldig is omgegaan met inloggegevens. Het niet opnemen en zo nodig handhaven van een dergelijk geheimhoudingsbeding zou dan betekenen dat de aanbieder onvoldoende of onvoldoende adequate maatregelen zou hebben genomen om de fraude te voorkomen.

Het is verdedigbaar dat een geheimhoudingsbeding echter niet in de weg mag staan aan het delen van accountgegevens met de bij testament aangewezen executeur, erfgenamen dan wel de erfgenamen bij versterf, aangezien het delen van de accountgegevens nodig kan zijn in het kader van een doelmatig beheer van de accounts ook voorafgaande aan het latere overlijden van de erflater. Hierbij dient bedacht te worden dat ingeval van het delen van accountgegevens met erfgenamen ná overlijden in beginsel geen sprake zal zijn van schending van het geheimhoudingsbeding. Wanneer de erfgenamen de erflater opvolgen als accounthouder, zijn zij immers geen derden meer bij het contract (zie hierover nader 3.2 hierboven). Naar onze mening dient een geheimhoudingsbeding dat de accounthouder ook zou verbieden om accountgegevens te delen met erfgenamen, moeten vallen onder de grijze lijst van bedingen die in consumentenovereenkomsten worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 BW).

Wat betreft de toegang tot devices (laptops, tablets, telefoons) die erfgenamen verkrijgen is de vraag of de eigendom van de zaak, ook meebrengt dat zij toegang zouden moeten hebben tot de op het device opgeslagen informatie. Erfgenamen kunnen devices natuurlijk terugzetten naar de fabrieksinstellingen, maar daarmee verdwijnt toegang tot alle door de overledene geïnstalleerde applicaties en content. Zie over

¹¹³ Hoge Raad 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Ermes c.s./Haviltex).

de praktische aspecten hiervan, 4.1. Erfgenamen zouden naar onze opvatting potentieel gebruik moeten kunnen en mogen maken van voorafgaande aan het overlijden door de erflater met hen gedeelde gegevens (wachtwoorden, inlog gegevens voor accounts) teneinde toegang tot de op een device geplaatste inhoud te krijgen (zie hierboven, 2.5.3), nu anders het risico wordt gelopen dat de digitale nalatenschap (deels) verloren gaat.

‘No survivorship’ clauses

In een derde groep met algemene voorwaarden beoogt de handelaar juist uitdrukkelijk de overgang van het recht uit te sluiten door middel van een zogenaamde ‘no survivorship’-clause. Zo bepaalt Art. IV onder D van de algemene voorwaarden voor iCloud, de online storage dienst van Apple, het volgende:

*D. Geen recht van de langstlevende
Tenzij toepasselijke wetgeving anders vereist, aanvaard je dat je Account niet overdraagbaar is en dat alle rechten op je Apple ID of Materiaal in je Account vervallen bij je overlijden. (...)’*

In de algemene voorwaarden van cloud storage bedrijf Arlo is een soortgelijke bepaling opgenomen:

‘Geen recht op overleven en niet-overdraagbaarheid. U gaat ermee akkoord dat uw Arlo-account niet overdraagbaar is en dat eventuele rechten op uw Arlo-ID of inhoud in uw account bij uw overlijden komen te vervallen.’

Ook de Terms and conditions van Linden Lab voor de game Second Life bevatten een dergelijk beding. Art. 3.1 van de Second Life Terms and conditions bepalen ten aanzien van de ‘Linden dollars’, de virtuele munteenheid van de game:

‘Except as expressly permitted by this Second Life Policy or otherwise expressly permitted by Linden Lab, Linden Dollars may not be sublicensed, encumbered, conveyed or made subject to any right of survivorship or other disposition by operation of law or otherwise, and you agree that any attempted disposition in violation of these Terms of Service is null and void’.¹¹⁴

Of dergelijke bedingen naar Nederlands recht zijn toegestaan, is onzeker. Het gaat hier om een afstand van recht in de zin van art. 6:160 BW.¹¹⁵ Aangezien het hier gaat om algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument, is op deze situatie echter art. 6:237 onder d BW van toepassing. Volgens dat artikel wordt een beding dat de gebruiker van de algemene voorwaarden bevrijdt van zijn gebondenheid aan de overeenkomst of hem de bevoegdheid geeft om zich daarvan te bevrijden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, tenzij de overeenkomst de gronden bevat waaronder de gebondenheid eindigt of kan eindigen, en de gronden van zodanige aard zijn dat verdere gebondenheid van de gebruiker aan de overeenkomst niet kan worden gevegd.

Het is duidelijk dat het enkele overlijden niet als regel kan rechtvaardigen dat de overeenkomst of het account eindigt. Dat brengt mee dat het aan de handelaar is om aan te tonen dat het beding niet onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 onder a BW. Slaagt de handelaar niet in dat bewijs, dan kunnen de erfgenamen het beding vernietigen en aanspraak maken op de rechten die de overleden consument had ten aanzien van de handelaar. Daarbij is wel de vraag of het maatschappelijk gezien wenselijk is dat erfgenamen onbeperkte toegang tot de inhoud krijgen, op grond van het feit dat een ‘no survivorship’

¹¹⁴ Art. 3.4 Second Life Terms and Conditions bevat een overeenkomstige bepaling ten aanzien van ‘virtual land’ waarvoor de overleden consument een licentie heeft verkregen.

¹¹⁵ Spierings 2019.

clausule nietig is en de overeenkomst dus blijft bestaan met de erfgenamen als contractspartij;¹¹⁶ zie wat hierover is gezegd in 2.5.5 en 3.8-3.9, met name wat betreft de post-mortem privacy verwachtingen van de gebruiker.

Verdedigbaar is ook dat art. 6:237 onder h BW van toepassing is. Volgens dat artikel wordt een beding dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de consument, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van aan de consument toekomende rechten of de bevoegdheid om bepaalde verweren te voeren, vermoed onredelijk bezwarend te zijn, tenzij deze gedragingen het verval van die rechten of die verweren rechtvaardigt. Ook hier geldt dat naar onze mening niet kan worden volgehouden dat het enkele overlijden het automatische verval van een account of van digitale inhoud rechtvaardigt,¹¹⁷ maar ook niet dat erfgenamen altijd onbeperkte toegang zouden moeten hebben. Hier raakt men namelijk weer aan de vraag of consumenten een (gerechtvaardigde en rechtens te respecteren) verwachting hebben op post-mortem privacy ten opzichte van erfgenamen. Gezien het beperkte besef bij consumenten over digitale nalatenschap en het ontbreken van inzicht in wat maatschappelijke opvattingen zijn omtrent de wenselijkheid dat nabestaanden toegang tot accounts en digitale inhoud krijgen, is niet op voorhand te zeggen dat dergelijke toegang wenselijk is.

Wij achten het verder niet uitgesloten dat een rechter in bepaalde gevallen zou oordelen dat het beding wél aanvaardbaar is, bijvoorbeeld in het geval van online gespeelde multiplayer games waarbij de persoonlijke prestaties van de consument impact hebben op de positie van andere deelnemers aan de game, of waar privacybelangen in het geding zijn (in social games bijv.). Voor gevallen waarin aan de consument toekomende data is opgeslagen (zoals bij cloud storage) of waarin aan de consument een vorm van virtueel bezit is toegekend (zoals bij Second Life) lijkt ons dat minder waarschijnlijk, omdat niet direct zichtbaar is welke gerechtvaardigde belangen van de handelaar of van derden in het geding zijn.

3.7.2 Beperkingen aan de mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst door erfgenamen

Indien de overeenkomst na het overlijden van de consument wordt voortgezet door de erfgenamen, zullen deze voor de keuze komen te staan of zij de overeenkomst zelf willen beëindigen of niet. Daarbij zijn twee aspecten relatief belangrijk: dat de erfgenamen een relatief eenvoudige wijze tot beëindiging hebben, en dat ze (onder omstandigheden) de digitale inhoud kunnen ‘meenemen’. In dit rapport duiden we dit ‘meenemen’ van de digitale inhoud aan als: portabiliteit.

Beëindiging

Overeenkomsten voor het gebruik van cloud services, social media, games en streaming, en mogelijk ook voor het gebruik van app stores, betreffen veelal duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Naar Nederlands recht kunnen dergelijke duurovereenkomsten in beginsel door opzegging worden beëindigd.¹¹⁸ Wanneer de opzeggingsbevoegdheid contractueel is geregeld, is de opzegging in beginsel aan de contractuele voorwaarden onderworpen. Daarbij geldt wel dat een beding in de algemene voorwaarden op grond waarvan voor de opzeggingsverklaring een vormvereiste geldt dat strenger is dan een onderhandse akte, vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 onder m BW). Dat betekent dat als de

¹¹⁶ Uit HvJ EU 27 januari 2021, gevoegde zaken C-229/19 en 289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (Dexia Nederland BV) volgt dat een nietig onredelijk bezwarend beding niet kan worden vervangen door een bepaling van het aanvullend recht.

¹¹⁷ Indien het overlijden niet als een ‘gedraging’ in de zin van art. 6:237 onder h BW kan worden aangemerkt, is dit artikelonderdeel niet rechtstreeks van toepassing. De daaraan ten grondslag liggende gedachte dat de enkele gebeurtenis (hier: het overlijden van de consument) niet behoort te leiden tot het verlies van aan de consument toekomende rechten en de bevoegdheid om bepaalde verweren te voeren, tenzij die gebeurtenis dat verval rechtvaardigt, geldt naar onze mening echter onverkort. In dit geval kan dan aan art. 6:237 onder h BW reflexwerking worden toegekend bij de toepassing van art. 6:233 onder a BW. Dat betekent dat de sterke gelijkenis met een bepaling op de grijze lijst wordt meegewogen door de rechter bij de beoordeling of het beding onredelijk bezwarend is. Zie hierover nader Loos 2018, nr. 415-420.

¹¹⁸ Zie bijv. HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446, NJ 2019/149 (Gemeente Voorst/Alliander c.s.).

dienstenaanbieder wil voorkomen dat het beding op de voet van art. 6:233 onder a BW wordt vernietigd, hij zal moeten rechtvaardigen waarom een strenger vormvoorschrift wordt gesteld dan een schriftelijke of digitale verklaring met een (elektronische) handtekening.

Diverse handelaren die op zich erkennen dat de overeenkomst na het overlijden van de consument wordt voortgezet door diens erfgenamen, stellen beperkingen aan de wijze waarop de erfgenamen de overeenkomst kunnen beëindigen. Beëindiging door de erfgenamen gaat eenvoudig bij Spotify Premium indien de erfgenamen de beschikking hebben over de inloggegevens van de overleden consument. Zo niet, dan kan de account van een overledene ook worden opgezegd door een e-mail te sturen, en daarbij de gegevens van de overledene te vermelden, waaronder het op een bank- of creditcard-afschrift genoemde referentienummer.

Het beleid van Amazon voor de App store is ingewikkelder:

‘Voeg een gewaarmerkte kopie van de overlijdensakte toe als bijlage aan een e-mail en stuur deze door naar het volgende e-mailadres: bereavement-support@amazon.nl. Dat is nodig om ervoor te zorgen dat de accountgegevens alleen aan bevoegde personen worden gegeven.’

Een dergelijk beding valt onder het bewijsvermoeden van art. 6:237 onder m BW. Het is dan aan de rechter om te beoordelen of de – al in het beding genoemde – rechtvaardiging dat voorkomen moet worden dat de accountgegevens in verkeerde handen terechtkomen voldoende is om te oordelen dat het beding niet onredelijk bezwarend is. Wij achten een beroep van Amazon op deze rechtvaardiging op voorhand kansrijk, aangezien hier de bescherming van de privacy van de consument in het geding is: weliswaar geldt de AVG niet meer indien de consument overleden is (hierover nader 3.8) maar Amazon kan pas zeker zijn van dat overlijden indien de erfgenamen het bewijs hebben geleverd.

In haar beleid voor de toegang van erfgenamen tot de Microsoft-accounts van de overleden consument tot Outlook, OneDrive en andere Microsoft-services stelt Microsoft dat

‘...eerst een formele dagvaarding of een vonnis [moet zijn] ontvangen voordat in overweging kan worden genomen of het wettelijk is toegestaan om de gebruikersgegevens betreffende een persoonlijk e-mailaccount (dit geldt voor e-mailaccounts die eindigen op outlook.com, live.com, hotmail.com en msn.com), OneDrive-opslag of een ander aspect van het Microsoft-account van een overledene of een handelingsonbekwaam persoon kan worden vrijgegeven.’¹¹⁹

Daarmee gaat Microsoft aanzienlijk verder dan Amazon, en lijkt de kans groter dat dit beding onredelijk bezwarend wordt geoordeeld, omdat het ogenschijnlijk verder gaat dan nodig is ter bescherming van de privacy van de consument.

Ook Google gaat – voor al haar diensten, waaronder ook YouTube en Google Play – naar onze mening verder dan noodzakelijk door te eisen dat de erfgenamen een scan uploaden van het identiteitsbewijs van de erfgenaam (wat ook problemen oplevert met de AVG, zie 3.8 hieronder), van de overlijdensakte van de overledene en van eventuele aanvullende documenten, en door bovendien te eisen dat de verzoeker een beëdigde Engelse vertaling door een professionele vertaler meestuurt als de originele documenten niet in het Engels zijn gesteld. Van een bedrijf dat op moment van schrijven een kantoor in Nederland heeft en een eigen vertaaldienst (Google Translate) heeft waarmee ook vertalingen naar en vanuit het Nederlands mogelijk worden gemaakt, mag naar onze mening worden verwacht dat het in staat is om zonder een dergelijke officiële vertaling te kunnen beoordelen of een account moet worden beëindigd.

¹¹⁹ Alleen voor Duitse consumenten wordt genoeg genomen met een kopie van de overlijdensakte, een kopie van het legitimatiebewijs van de overleden persoon en die van de verzoeker, en een kopie van de verklaring van erfrecht waaruit blijkt dat de verzoeker de enige erfgenaam is of een kopie daarvan plus de namen en adressen van alle erfgenamen met de toestemming dat de verzoeker namens hen kan handelen.

Portabiliteit

Een eis waarvan de vraag is of deze ook kan worden gesteld aan handelaren, betreft portabiliteit: erfgenamen worden dan bij beëindiging van de overeenkomst in staat gesteld om de aan de overleden consument toekomende digitale inhoud over te zetten op een aan de erfgenamen toebehorende fysiek apparaat of deze te plaatsen in een door de erfgenamen gebruikte digitale omgeving. Deze eis van portabiliteit is echter niet eenvoudig op grond van het geldende recht aan te nemen.

Art. 16 lid 4 en 19 lid 2 en 3 Richtlijn digitale inhoud maken het wel mogelijk voor een consument om bij de ontbinding van een overeenkomst tot levering van digitale inhoud of digitale diensten wegens non-conformiteit of wegens een niet door de consument aanvaarde wijziging van die inhoud of dienst, te eisen dat de digitale inhoud die door de consument was gecreëerd of verstrekt, door de aanbieder kosteloos, binnen een redelijke termijn, en in een gangbaar en machinaal leesbaar gegevensformaat beschikbaar wordt gesteld. Aan deze regeling ligt de gedachte ten grondslag dat de consument deze digitale inhoud opnieuw kan gebruiken, bijvoorbeeld door deze over te zetten op een aan hem toebehorend *device* of door deze te uploaden naar een andere clouddienst. Deze bepalingen¹²⁰ zouden analoog kunnen worden toegepast op beëindiging van overeenkomst tot levering van digitale inhoud of digitale diensten door erfgenamen, ook buiten het geval van non-conformiteit of wijziging van de digitale inhoud of dienst. De huidige wetgeving biedt echter geen expliciete basis voor een dergelijke verplichting, zodat die hooguit kan worden gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).

De wetgever zou een expliciete regeling van een dergelijke bevoegdheid kunnen overwegen voor bijvoorbeeld inhoud die door de overleden consument zelf publiekelijk is gepost (op social media bijvoorbeeld), waarbij dan wel uitdrukkelijk de privacybelangen van derden en dan met name die van levende personen die bijvoorbeeld op beeldmateriaal voorkomen, gewaarborgd dienen te zijn (zie o.a. ook 3.5 hierboven en 3.9 hieronder). Voor digitale inhoud waarop derden intellectuele eigendomsrechten hebben, en waar de overleden persoon slechts op basis van een (beperkte) licentie tot het gebruik gerechtigd was op grond van de te beëindigen overeenkomst, is dergelijke portabiliteit niet aangewezen.

3.7.3 Tussenconclusie

Het contractenrecht geeft aan binnen welke bandbreedte aanbieders en consumenten van digitale diensten afspraken kunnen maken over de overdracht en het gebruik van die diensten na overlijden van de consument. Gezien de afwezigheid van nadere regelgeving over de goederenrechtelijke kwalificatie van digitale inhoud, is het immers primair het contractenrecht dat het recht op toegang tot digitale inhoud beheerst. In aanvulling op het algemeen contractenrecht is het EU-consumentenrecht van toepassing op de contracten die natuurlijke personen sluiten met professionele aanbieders van digitale diensten. Deze regelgeving maakt niet alleen duidelijker welke regels tussen partijen gelden, maar dient ook het algemeen belang om zwakkere partijen bij overeenkomsten meer bescherming te bieden.

Zoals we hebben gezien, maken aanbieders van digitale diensten geregeld gebruik van algemene voorwaarden om het al of niet voortbestaan van de dienst na het overlijden van de consument te reguleren. Soms wordt in deze voorwaarden uitdrukkelijk in het voortduren van de overeenkomst voorzien, terwijl in andere gevallen juist een ‘no survivorship’-clausule is opgenomen. In een derde categorie is onduidelijk of de algemene voorwaarden het voortbestaan van de overeenkomst beogen. In dat geval zal op basis van uitleg van de betreffende voorwaarde moeten worden vastgesteld wat geldt tussen de aanbieder en de erfgenamen van de erflater/consument.

Het gegeven dat in het contractenrecht het beginsel van contractsvrijheid leidend is, zou een aanknopingspunt kunnen bieden bij het verder ontwikkelen van het juridisch kader voor digitale nalatenschappen. Wij komen hier in de afsluitende Bevindingen en aanbevelingen op terug.

¹²⁰ Deze bepalingen moeten uiterlijk op 1 juli 2021 zijn omgezet in Nederlandse wetgeving en moeten vanaf 1 januari 2022 worden toegepast op digitale inhoud en digitale diensten die vanaf dat moment geleverd worden.

3.8 Persoonlijke gegevens

Een belangrijke vraag in de discussie rond post-mortem ‘privacy’ is op welke grondslag deze is of kan worden gebaseerd. Zoals verderop nader uiteengezet, geldt het regime van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) alleen voor persoonsgegevens van levende personen. Een leidend beginsel in de bescherming van persoonsgegevens volgens Artikel 8 Handvest grondrechten EU is de informationele zelfbeschikking, die weer voortvloeit uit met name de erkenning van persoonlijke autonomie van mensen.¹²¹ Het algemenere grondrecht op privacy, ofwel de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, is traditioneel ook relevant voor de bescherming van persoonsgegevens. Het is neergelegd in artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest¹²² alsook in artikel 10 Grondwet. Het uit 1950 daterende EVRM kent in tegenstelling tot het veel jongere Handvest geen zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens, en onze Grondwet ook niet.

In de literatuur is wel geopperd dat grondrechten een basis zouden kunnen bieden voor het in stand houden van privacybescherming na de dood.¹²³ Hoewel de overledene niet meer als rechtssubject wordt gezien,¹²⁴ wat in beginsel een voorwaarde is om belangen geldend te kunnen maken, bestaan toch goede argumenten voor het erkennen van bepaalde ‘post-mortem privacy’. Zo kan vanuit moreel oogpunt worden betoogd dat schade die na de dood wordt toegebracht, bijvoorbeeld door schending van de goede naam van de overledene, ook zijn weerslag heeft op de belangen die de persoon tijdens het leven had.¹²⁵

In de rechtspraak over artikel 8 EVRM is deze bepaling echter niet erkend als grondslag voor bescherming na de dood. Hoewel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens daar (nog) geen principiële uitspraak over heeft gedaan, zijn er arresten waarin klagers vergeefs een beroep deden op de privacy van overleden personen (vaak naaste familie). Zo is de afname van een DNA-sample van een overleden persoon geen inmenging in diens privésfeer,¹²⁶ en kan een klager zich niet beroepen op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (i.c. reputatie) van een grootouder omdat het recht van art. 8 niet overdraagbaar is.¹²⁷ Daarmee is niet gezegd dat er bij de toepassing van art. 8 geen ruimte is voor erkenning van belangen of wensen van overledenen,¹²⁸ maar het EHRM is zeer terughoudend om deze in de sleutel te zetten van aantasting van de persoonlijke levenssfeer van de overledene zelf.¹²⁹ Nabestaanden zullen in de regel op grond van hun ‘eigen’ recht op bescherming op moeten komen tegen onzorgvuldige omgang met gegevens, bijvoorbeeld kwetsende uitingen over de overledene.¹³⁰

Naar huidige recht lijkt dan ook een lacune te bestaan in de bescherming van persoonlijke gegevens na de dood. Dit kan als problematisch worden gezien in het licht van het beginsel van autonomie, dat een belangrijke leidraad vormt in het recht ten aanzien van privacybescherming.¹³¹ Na overlijden blijven er mogelijk grote hoeveelheden persoonlijke informatie achter, waarover zoals we hebben gezien erfgenamen lang niet altijd controle hebben. Bovendien is het maar de vraag of gebruikers die (onbeperkte) controle

¹²¹ Voor verdergaande analyse, zie Oostveen 2018, p. 8-9.

¹²² Zie o.a. EHRM 15 april 2009, no. 1234/05 (Reklos and Davourlis t. Griekenland), EHRM 27 juli 2010, no. 27138/04 (Ciubotaru t. Moldavië) & EHRM 21 februari 2014, no. 16882/03 (Putistin t. Oekraïne).

¹²³ Berlee 2017, p. 255.

¹²⁴ Buitelaar 2017, p. 132-133.

¹²⁵ Buitelaar 2017, p. 133.

¹²⁶ EHRM 13 oktober 2006, no. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland), r.o. 42.

¹²⁷ EHRM 9 december 2014, no. 41123/10 (Dzhugashvili t. Rusland).

¹²⁸ David, 2016; EHRM 12 januari 2016, no. 55495/08 (Genner t. Oostenrijk).

¹²⁹ Zie gevallen genoemd in EHRM 15 mei 2006, no. 1338/03 (Erven van Filtenborg Mortensen t. Denemarken).

¹³⁰ Vgl. EHRM: passend omgaan met overledenen uit *respect voor de gevoelens van nabestaanden* (curs. toegevoegd) valt onder de bescherming van art. 8 EVRM, zie EHRM 14 mei 2008, no. 55525/00 (Hadri-Vionnet t. Zwitserland) § 51, EHRM 18 augustus 2008, no. 58148/00 (Éditions Plon t. Frankrijk), EHRM 21 februari 2014, no. 16882/03 (Putistin t. Oekraïne), § 33.

¹³¹ Blok 2003, p. 276-278, die een vergelijking maakt met het voortduren van het medisch beroepsgeheim na het overlijden van de patiënt.

wel wensen. Dat maakt het belangrijk dat gebruikers bij leven over voldoende mogelijkheden beschikken om over hun dood heen te bepalen wat er met hun gegevens gebeurt. Op basis van de aan het huidige recht ten grondslag liggende beginselen zou dan ook naar onze mening een rechtvaardiging kunnen worden gevonden voor de uitbreiding van het recht op privacybescherming voor de overledene. Een nadere bestudering van de bescherming van persoonsgegevens en van de Europeesrechtelijke verplichtingen onder de Algemene Verordening gegevensbescherming maakt duidelijker wat hiervoor het juridisch kader is.

3.8.1 Algemeen persoonsrecht

In Nederlandse rechtspraak en doctrine wordt wel een algemeen persoonsrecht erkend, o.a. kenbaar uit het arrest *Valkenhorst* van de Hoge Raad.¹³² Daarin bepaalde de HR dat er aan grondrechten zoals het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst een algemeen persoonsrecht *ten grondslag* ligt. Grondrechten zelf worden wel beschouwd als subjectief recht ten opzichte van de overheid (verticale relatie), maar daarmee zijn het nog niet direct subjectieve rechten in privaatrechtelijke zin (horizontale relatie). Privaatrechtelijke subjectieve rechten omvatten vermogensrechten en bepaalde persoonsrechten. Een erkend persoonsrecht is bijvoorbeeld bescherming van de goede naam en reputatie, en bescherming van de persoonlijke levenssfeer.¹³³ Voor zover niet direct als subjectieve (persoons)rechten aan te merken kunnen grondrechten ook doorwerken in horizontale verhoudingen, bij de invulling van (andere) subjectieve rechten zoals bijvoorbeeld intellectuele eigendomsrechten, of via de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art. 6: 162 BW.¹³⁴

De vraag of naar algemeen Nederlands recht de bovengenoemde persoonsrechten (in subjectieve zin) overgaan bij erfopvolging is niet met zekerheid te beantwoorden, althans niet in algemene zin. Zoals aangegeven in onderdeel 3.2.3 kunnen ook andere dan vermogensrechten in de nalatenschap vallen, mits deze voor overgang vatbaar zijn in de zin van art. 4:182 BW. Van bepaalde rechten, zoals de wettelijk geregelde persoonsrechten van de auteur (art. 25 Aw) en het aan een geportretteerde toekomende portretrecht (art. 19-20 Aw) bepaalt de wet dat deze uitgeoefend kunnen worden door een beperkt omschreven categorie nabestaanden (niet: erfgenamen, zie nader 3.4.2).¹³⁵

Interessant is overigens wel dat in het kader van een zaak over de Wet openbaarheid van bestuur, de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (ABRvS) heeft geoordeeld dat de weigeringsgrond ‘bescherming van de persoonlijke levenssfeer’ van art. 10(2) sub e Wob ook toepassing kan vinden als het verzoek documenten betreft waarin informatie over (inmiddels) overleden personen staat.¹³⁶ Ook in latere rechtspraak is de toepasselijkheid van art. 10(2) sub e Wob op informatie betreffende overleden personen aangenomen, onder gelijktijdige erkenning dat de (toenmalige) Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) zich niet uitstreckte tot gegevens van overleden personen.¹³⁷ Welke betekenis we in deze moeten hechten aan het feit dat Wob-zaken uitsluitend gaan om een wettelijk recht op toegang tot (bestuurs)informatie berustend bij bestuursorganen is onduidelijk.

In geschillen tussen private partijen waar nabestaanden een beroep doen op het persoonsrecht of privacybelang van overledene, gaat de rechter daar doorgaans aan voorbij en

¹³² Hoge Raad 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd.

¹³³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/46, voor de geschiedenis zie Jansen 2020.

¹³⁴ Vgl. Jansen 2019, aant. 4.2.3.2.

¹³⁵ Zuiderveen Borgesius & Korteweg 2009, bepleiten dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zou moeten doorwerken na de dood; Van der Geld 2014 is daarin minder stellig.

¹³⁶ Het moet dan wel informatie betreffen op een periode waarin de persoon in leven was, en hier speelde ook nog mee dat het informatie was die onder een medisch beroepsgeheim viel. In deze zaak ging het om een verslag van een zorginstelling met informatie over een patiënte die suicide had gepleegd, ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2643 (De Gelderse Roos). Zie ook Rechtbank Amsterdam, 12 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3303.

¹³⁷ Rechtbank Den Haag, 15 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13698.

beperkt zich tot het beroep op een eigen belang van de nabestaande(n).¹³⁸ Ook daarom is relevant om te bezien in hoeverre het gegevensbeschermingsrecht indirect van invloed is op de omgang met digitaal bezit voor zover dat persoonsgegevens betreft.

In de literatuur is tot slot wel gepleit voor het uitbreiden van de bescherming van persoonlijkheidsrechten naar de fase na de dood. De reden hiervoor zou niet alleen kunnen worden gevonden in het belang van de overledene om beschermd te worden tegen (reputatie)schade na de dood.¹³⁹ Er is ook een algemeen belang gemoeid met het beschermen van ‘post-mortem’ privacy, voor zover bescherming van de goede naam van overledenen als een gedeeld maatschappelijk goed is erkend.¹⁴⁰

3.8.2 Algemene Verordening Gegevensbescherming

Een groot deel van de informatie die burgers achterlaten bij overlijden betreffen persoonlijke gegevens. Van contactgegevens in adresboeken en sociale media, tot foto-/videocontent die men op clouddiensten opslaat. Het gaat daarbij niet alleen om mogelijke persoonsgegevens van de overledenen zelf, maar ook om die van erfgenamen, nabestaanden en/of derden.

Kortom, bij het in kaart brengen van het wettelijke kader van toepassing op gegevens in digitale nalatenschappen, is het gegevensbeschermingsrecht van groot belang. Dit recht wordt met name vormgegeven door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en Nederlandse Uitvoeringswet AVG (UAVG).¹⁴¹ De AVG is er op gericht grondrechten en fundamentele vrijheden te beschermen voor zover deze aangetast kunnen worden door de verwerking van persoonsgegevens.

Het doet dit door een uitgebreid kader van plichten en rechten neer te leggen waaraan elke verwerking van persoonsgegevens moet voldoen. Zo legt Artikel 5(1) de basisbeginselen vast die te allen tijde gevolgd moeten worden door diegenen die persoonsgegevens verwerken, met name (a) rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie; (b) doelbinding; (c) minimale gegevensverwerking; (e) opslagbeperking; of (f) integriteit en vertrouwelijkheid. Daarnaast formuleert de AVG een catalogus aan rechten die individuen in staat moet stellen controle over het gebruik van hun persoonsgegevens uit te oefenen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het recht op inzage, rectificatie, ‘gegevenswissing’ (verwijdering), of overdraagbaarheid die op een makkelijke en toegankelijke manier uitgeoefend moeten kunnen worden.¹⁴²

Teneinde een optimale bescherming voor burgers te bereiken kent de AVG een zeer ruim toepassingsgebied, dat *a priori* alle ‘verwerkingen van persoonsgegevens’ omvat die plaatsvinden in het kader van activiteiten in de EU en/of betreffende individuen die zich in de EU bevinden.¹⁴³ Het begrip *persoonsgegevens* betreft ‘alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon („de betrokkene”); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd’¹⁴⁴ en het begrip *verwerking* omvat ‘een bewerking of een geheel van bewerkingen

¹³⁸ Rechtbank Amsterdam 10 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7357; Rechtbank Amsterdam 7 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2573; Gerechtshof Amsterdam 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3749 (inbreuk persoonlijke levenssfeer kind bij vermelden achternaam vader in door zelfdoding om het leven gekomen vader in biografische publicatie).

¹³⁹ Buitelaar 2017, p. 135; Harbinja 2017, p. 101-104.

¹⁴⁰ Buitelaar 2017, p. 135. Vgl. Rodotà 2012, p. 398, die de publieke verantwoordelijkheid benadrukt voor het beschermen van de (private) sfeer waarbinnen het ‘digitale lichaam’ en de identiteit zich ontwikkelen.

¹⁴¹ Noemenswaardig is ook de Richtlijn 2002/58/EG (‘ePrivacy richtlijn’), *PbEG* 2002, L 201, die het recht op privacy en vertrouwelijkheid beschermt specifiek in de context van verwerkingen van persoonsgegevens in de elektronische communicatie sector. Deze richtlijn is omgezet in de Nederlandse Telecommunicatiewet, en de EU wetgever is doende de richtlijn te herzien en in een Verordening om te zetten (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/proposal-eprivacy-regulation>). Voor de doeleinden van dit hoofdstuk, is het niet noodzakelijk deze wetgeving apart te bespreken. Wanneer er naar AVG-plichten en/of rechten verwezen wordt, omvat dit ook de rechten en plichten in het ePrivacy wetgevend kader.

¹⁴² Resp. artt. 15, 16, 17, 20 en 12 AVG.

¹⁴³ Het materieel toepassingsgebied wordt uitgestippeld in Artikel 2 AVG; het territoriaal toepassingsgebied in Artikel 3 AVG.

¹⁴⁴ Artikel 4(1) AVG.

met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés¹⁴⁵. Beide begrippen worden ook in de rechtspraak zeer breed geïnterpreteerd.¹⁴⁶

Vrijwel zonder uitzondering zal bij de informatiediensten die in dit onderzoek aan de orde zijn, sprake zijn van het verwerken van persoonsgegevens. De AVG en de Uitvoeringswet zijn dan van toepassing, hoewel niet op alle informatie.

Een belangrijke kanttekening is zoals eerder reeds aangegeven, dat in de systematiek van de AVG persoonsgegevens enkel betrekking hebben op natuurlijke *levende* personen. Overlijdt een persoon, dan vallen de gegevens over hem of haar niet langer onder het bereik van de AVG. Erkent men dat er ook na overlijden nog belangen gemoeid zijn met toegang en gebruik van persoonlijke gegevens, dan is een belangrijke vraag in hoeverre (U)AVG bepalingen al dan niet (on)rechtstreeks relevant kunnen of zouden moeten zijn. Deze vraag vormt de rode draad door de rest van dit hoofdstuk.

Allereerst wordt geschetst waarom ervoor gekozen is de AVG niet van toepassing te laten zijn op persoonsgegevens van overledenen, en waarom de Nederlandse wetgever tot op heden geen gebruik maakt van de mogelijkheid om (bepaalde) bepalingen wél van toepassing te laten zijn. Vervolgens analyseren we in hoeverre de bescherming van de AVG indirect blijft doorwerken na overlijden. Dat kan zijn omdat bepaalde gegevens niet alleen de overledene betreffen maar ook zijn aan te merken als persoonsgegevens betreffende iemand uit bijv. familie, vrienden- of kennissenkring ('dubbele' persoonsgegevens). Verder kan uit de vereiste rechtmatigheidsgrondslag waarop de verwerking bij leven is gebaseerd (met name de in art. 6 AVG voorziene grondslagen 'toestemming', en 'uitvoering overeenkomst') volgen dat bescherming voort blijft duren. Een andere mogelijkheid is nog dat de facto een bepaalde bescherming blijft bestaan, puur uit praktische overwegingen aan de kant van de verwerkingsverantwoordelijke partij. Daarnaast kan de dienstverlener ook onderworpen zijn aan aanvullende regels, als in de jurisdictie waaronder deze valt wel regels gelden voor de omgang met persoonsgegevens van overledenen.

Dit deel sluit af met enkele overwegingen en conclusies, die mede invulling geven aan de af te wegen belangen, alsmede de beleidsopties in het laatste hoofdstuk. Wat betreft terminologie zij nog opgemerkt dat in de literatuur en wetgevingsgeschiedenis rond AVG de term nabestaanden vaker wordt gebruikt dan de (erfrechtelijk bepaalde) juridische term 'erfgenamen', ook omdat in andere landen regels rond toegang niet per se zijn geadresseerd aan erfgenamen. De termen worden in het vervolg van dit onderdeel inwisselbaar gebruikt.

3.8.3 Totstandkoming (Uitvoeringswet) Algemene Verordening Gegevensbescherming

Vóór de inwerkingtreding van de AVG, werd de bescherming van persoonsgegevens op Europees niveau geregeld door richtlijn 95/46/EG. In Nederland was deze geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).¹⁴⁷ De Europese regelgever liet het aan de lidstaten over om nationaalrechtelijk te bepalen in welke mate de regels tevens op overledenen van toepassing waren.¹⁴⁸

Het oorspronkelijke voorstel van de AVG uit 2012 bevatte geen bepaling over de toepasselijkheid op overleden personen.¹⁴⁹ In de daaropvolgende jaren werd het wel een agendapunt, maar bleek ook al snel een zekere onenigheid tussen de lidstaten. Zo pleitten verschillende lidstaten (waaronder Zweden en het

¹⁴⁵ Artikel 4(2) AVG.

¹⁴⁶ Hof van Justitie 19 oktober 2016, zaak C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (Breyer); Hof van Justitie 20 december 2017, zaak C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994 (Nowak t. Data Protection Commissioner). Zie ook Kuner et al. (eds.) 2020, hoofdstuk I.

¹⁴⁷ Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens), *Stb.* 2000, 302 (nadien gewijzigd).

¹⁴⁸ Zuiderveen Borgesius & Korteweg 2009, p. 218-19.

¹⁴⁹ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), COM(2012) 11.

Verenigd Koninkrijk)¹⁵⁰ voor een bepaling die de AVG duidelijk niet van toepassing op overledenen zou verklaren,¹⁵¹ wat dan weer op protest van andere lidstaten stuitte (o.a. van Estland, Slovenië, Slowakije, Frankrijk en Italië).¹⁵² Uiteindelijk werd er tot een politiek compromis gekomen, dat kenbaar is uit het huidige artikel 1 en de overwegingen 27, 158 en 160. Lidstaten kunnen zelf regels stellen t.a.v. overleden personen. Volgens artikel 1(1) bevat de AVG regels betreffende de bescherming van natuurlijke, dat wil ook zeggen: levende, personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens. Overweging 27 van de AVG verduidelijkt dit: ‘De onderhavige verordening is niet van toepassing op de persoonsgegevens van overleden personen. De lidstaten kunnen regels vaststellen betreffende de verwerking van de persoonsgegevens van overleden personen.’ Overwegingen 158 en 160 bevestigen ook nog eens dat de AVG *niet* van toepassing is op de persoonsgegevens van overleden personen, (ook) wanneer deze verwerkt worden voor archiveringsdoeleinden, historisch onderzoek of onderzoek voor genealogische doeleinden.

Met het oog op de beleidsvrijheid van de lidstaten was nadere uitwerking van de AVG nodig. Dit is gebeurd in de Uitvoeringswet AVG (UAVG)¹⁵³. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de (niet-) toepasselijkheid van de AVG op overleden personen onderwerp van discussie was, al was dat niet uitgebreid.¹⁵⁴ Uiteindelijk werd ervoor gekozen géén afwijkende regelgeving t.a.v. overleden personen op te stellen ‘vanwege het uitgangspunt om de AVG, waar mogelijk, beleidsneutraal te implementeren’.¹⁵⁵ Dat houdt in dat waar mogelijk de oude Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) werd gevolgd. Deze motivering past ook in de lijn die de Nederlandse wetgever normaliter volgt bij implementatie van Europeesrechtelijke regelgeving; doorgaans wordt deze zonder ‘goldplating’ en zo letterlijk mogelijk omgezet. Inhoudelijke argumenten waren er ook: zo werd aangevoerd dat er al bescherming bestond omdat het portretrecht en het medisch beroepsgeheim ‘zich wel uitstrekken tot na het overlijden van de patiënt respectievelijk de geportretteerde’.¹⁵⁶ Bovendien bevatten gegevens van overleden personen ook vaak persoonsgegevens van nabestaanden, die dus ook op grond van eigen rechten kunnen optreden.¹⁵⁷

In haar advies betreffende het UAVG wetsvoorstel, besprak de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) kort de wenselijkheid om ook de persoonsgegevens van overledenen bepaalde bescherming te bieden.

‘De AP acht het zinvol om de regels inzake bepaalde rechten van betrokkene (het recht van inzage en op rectificatie of gegevenswijziging, het recht op overdraagbaarheid van gegevens en het recht van bezwaar) van overeenkomstige toepassing te verklaren op overleden personen dan wel te bepalen dat die rechten gedurende een bepaalde periode na overlijden door de nabestaanden kunnen worden ingeroepen, in verband met onder meer het gebruik van dergelijke gegevens op social media.’¹⁵⁸

¹⁵⁰ Working Party on Data Protection and Exchange of Information (22 June 2012) (11326/12) (ANNEX), recital 23; General Secretariat of the Council to Delegations (20 October 2014) (14098/1/14), p. 48.

¹⁵¹ Presidency to Working Party on Data Protection and Exchange of Information (22 June 2012) (11326/12) (ANNEX), overweging 23.

¹⁵² Erdos 2020, p. 27.

¹⁵³ Wet van 16 mei 2018, houdende regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene verordening gegevensbescherming) (*PbEU* 2016, L 119) (‘Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming’).

¹⁵⁴ Leden van de PvdA fractie stelden bijvoorbeeld de volgende vraag: ‘In navolging van de AP vragen de voornoemde leden of er niet ook voorzien zou moeten worden in de bescherming van gegevens van overleden personen.’ Zo waren zij ‘van mening dat er niet zomaar foto’s van overleden personen in de media gepubliceerd zouden mogen worden.’ Kamerstukken II 2017/2018, 34851, 6, p. 14 Dat de (U)AVG in Nederland niet van toepassing is op overleden personen werd overigens ook nog eens bevestigd n.a.v. Kamervragen door de Kamerleden Van Dam (CDA) en Den Boer (D66). Zie: Aanhangel Handelingen II 2018/2019, 752, p. 2-3.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2017/2018, 34851, 7, p. 56-57.

¹⁵⁶ Blok merkt op dat dit argument de afwezigheid van bescherming van informationele privacy na de dood niet ondersteunt en juist een uitbreiding van bescherming van persoonsgegevens zou rechtvaardigen; Blok 2003, p. 277.

¹⁵⁷ Kamerstukken II 2017/2018, 34 851, 7, p. 56-57.

¹⁵⁸ Autoriteit Persoonsgegevens 2017, p. 19.

De AP haalt o.a. het voorbeeld aan dat de overledene is gefotografeerd of gefilmd kort voor overlijden waarna de beelden worden gedeeld op social media, foto- of videomateriaal zonder dat nabestaanden dat weten, en wijst ook op de situatie waarin social media accounts blijven bestaan. De AP suggereert dat een termijn van vijf jaar (gelijk de maximale termijn waarbinnen erfgenamen hun legitieme portie kunnen opeisen als er geen specifieke termijn gesteld is door bijv. de erflater) passend is, of een ‘andere redelijke termijn’.

Dit advies van de AP is niet opgevolgd, mede omdat ‘gelet op het krappe tijdspad voor uitvoering van de verordening, [het] niet wenselijk is om in het kader van deze Uitvoeringswet hiervoor een regeling te ontwerpen.’¹⁵⁹ Ook wordt verwezen naar de Wbp, waarin ook geen dergelijke regeling voor overleden personen was opgenomen. De minister hield de optie dat het advies op een later moment zou worden gevolgd daarbij wel open.¹⁶⁰

Samengevat heeft de Nederlandse wetgever dus bewust geen aanvullende bepalingen opgenomen in de UAVG wat betreft de toepasselijkheid van de (U)AVG op overleden personen, waardoor de normen uit de AVG en UAVG *a priori* niet van toepassing zijn op overleden personen. De voornaamste redenen daarvoor lijkt de wens de AVG beleidsneutraal te implementeren, ook met het oog op tijdige implementatie.

3.8.4 Ruimte voor AVG-bescherming na overlijden

Hoewel de persoonsgegevens van overleden personen in Nederland buiten het toepassingsgebied van de (U)AVG vallen, kunnen de persoonsgegevens van overledenen in bepaalde gevallen wel *indirect* nog enige bescherming genieten.¹⁶¹ Er zijn diverse scenario’s waar (bepaalde) AVG-rechten en plichten alsnog afgedwongen kunnen worden door erfgenamen of nabestaanden. In deze sectie worden de belangrijkste situaties beschreven waar dit het geval kan zijn.

Eerst en vooral is er de situatie waarbij de verwerkingsverantwoordelijke (de entiteit die doel en middelen van de verwerking van persoonsgegevens bepaalt, en daarmee de hoofdverantwoordelijke is voor het naleven van de AVG)¹⁶² gevestigd is in een lidstaat waarin de implementatiewet wél voorziet in de bescherming van persoonsgegevens van overledenen. Dit is het gevolg van de hybride vorm van het gegevensbeschermingsrecht, met een Verordening die dezelfde regels voor de hele Unie vastlegt, maar die ook voorziet in ruimte voor lidstaten om nationaal alsnog in afwijkingen te voorzien. Zo kunnen de nabestaanden van een overleden Nederlander wel profiteren van het afwijkende regime in bijvoorbeeld Frankrijk, Denemarken, Ierland en Italië met betrekking tot verwerkingsverantwoordelijken die in die lidstaten gevestigd zijn. Zie nader hoofdstuk 6 voor oplossingen waarvoor andere landen hebben gekozen.

De AVG verbiedt het niet contractuele afspraken te maken die strenger zijn dan de AVG zelf. Het is dus mogelijk om bij overeenkomst (bijvoorbeeld in gebruiksvoorwaarden) te bepalen dat de verwerkingsverantwoordelijke ook na de dood van de betrokkene m.b.t. diens gegevens de AVG in acht zal nemen.

Verder kan de (U)AVG ook nog van toepassing blijven op persoonsgegevens van overledenen, voor zover die gegevens ook persoonsgegevens bevatten over een nog reeds levend persoon, bijvoorbeeld foto’s, of lijsten contactpersonen (‘vrienden’). Die persoon kan dan t.a.v. die gegevens de naleving van AVG-rechten en plichten afdwingen, hetwelk dan ook invloed heeft op de bescherming van de persoonsgegevens van de overledene. Dit scenario van feitelijke doorwerking van (specifieke bepalingen in) de AVG op overledenen wordt verder uiteengezet in de volgende pagina’s.

Zoals boven reeds gezegd, wordt in de rechtsgeleerde literatuur wel verdedigd dat het informationele zelfbeschikkingsrecht een rechtvaardiging zou kunnen bieden voor uitbreiding van ‘post-mortem privacy’ bescherming. Een ander mogelijk aanknopingspunt is naast artikel 8 EU Handvest van de Grondrechten (gegevensbescherming) ook artikel 7 Handvest (persoonlijke levenssfeer). Het bepaalt: ‘Eenieder heeft recht

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2017/2018, 34 851, 3, p. 81.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Article 29 Working Party 2007, p. 23.

¹⁶² Artikel 4(7) AVG.

op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.’ In het licht van technologische ontwikkelingen zou dit grondrecht kunnen worden geïnterpreteerd in tweeledige zin: aan de ene kant geeft het een (negatief) recht om met rust te worden gelaten, aan de andere kant biedt het een basis voor een (positief) recht om de eigen identiteit te ontwikkelen en het eigen levensverhaal te vertellen. Dit beeld van privacybescherming als basis voor het maken van een eigen levensverhaal is met verve verdedigd door Rodotà, invloedrijk Italiaans privacyjurist, en één van de opstellers van het Handvest. Het recht op bescherming van privacy heeft zich, in zijn visie, ontwikkeld van een enkel ‘recht om met rust te worden gelaten’ tot een rijker geschakeerd recht tot vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid. Dit omvat het recht om persoonlijke informatie te beheren en invloed te hebben op de manier waarop de privésfeer wordt afgebakend. De artikelen 7 en 8 van het Handvest vormen in deze opvatting de basis voor de vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid en het vertellen van het eigen levensverhaal.¹⁶³ Het waarborgen van een bepaalde continuïteit van het levensverhaal zou mogelijk een aanvullend argument kunnen bieden voor uitbreiding van de werking van de AVG naar de bescherming van persoonsgegevens van de overledene.¹⁶⁴

De doorwerking van specifieke AVG-bepalingen op persoonsgegevens van overledenen zal in de volgende paragrafen uiteen worden gezet. In de conclusies komen we terug op de betekenis van het autonomiebeginsel in de context van gegevensbescherming (informatieele zelfbeschikking).

3.8.5 Indirecte doorwerking van AVG plichten

De (U)AVG voorziet in een breed scala aan maatregelen om de bescherming van persoonsgegevens te garanderen. Een significant deel van deze maatregelen vereist geen actieve stappen van de betrokkenen wiens persoonsgegevens verwerkt worden. Denk bijvoorbeeld aan de basisbeginselen in artikel 5 of de technische en organisatorische maatregelen die hoe dan ook door verwerkingsverantwoordelijken getroffen moeten worden (art. 24-25 AVG). Dit houdt met name ook in dat een passende beveiliging te allen tijde gewaarborgd is, waarbij persoonsgegevens ‘beschermd zijn tegen ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking en tegen onopzettelijk verlies, vernietiging of beschadiging’.¹⁶⁵ Deze laatste verplichting kan bijzonder belangrijk blijken met betrekking tot persoonsgegevens van overledenen, bijvoorbeeld om gegevens veilig te stellen tijdens de afhandeling van een nalatenschap, of het voorkomen dat bepaalde gegevens ongewenst publiek gemaakt worden.

Belangrijk is ook dat elk doeleinde waarvoor persoonsgegevens verwerkt worden een wettelijke grondslag moet hebben onder artikel 6(1) AVG. Wat betreft digitale diensten worden meestal drie gronden in het bijzonder als relevant beschouwd: (a) toestemming; (b) noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst; en (f) gerechtvaardigde belangen.

Wanneer men kijkt naar de verwerking van persoonsgegevens van overledenen, lijken de eerste twee grondslagen ook de mogelijkheid te geven om individuen zelfbeschikking te geven over (post-mortem) verwerkingen door ze contractueel vast te leggen. Daarbij is het wel belangrijk dat toestemming enkel geldig is als ze ook onvoorwaardelijk ingetrokken kan worden (wat bij overlijden dan door nabestaanden zou moeten kunnen plaatsvinden, als zij door erfopvolging wederpartij worden).¹⁶⁶ De laatste grondslag impliceert een afweging tussen enerzijds de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of derden, en anderzijds de belangen, grondrechten en fundamentele vrijheden van de betrokkene. Het overlijden van deze laatste kan een belangrijke impact hebben op deze afweging. In het kader van post-mortem verwerking van persoonsgegevens loont het ook nog de moeite om naar een vierde grondslag te kijken, namelijk (c) de verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust. Wanneer de Nederlandse wetgever zou

¹⁶³ Rodotà 2012, p. 270-271, 319-321. Hij was betrokken ook voorzitter van de Italiaanse toezichthouder gegevensbescherming en op EU niveau invloedrijk o.a. als voorzitter van de zogenaamde Article 29 Working Party (WP29).

¹⁶⁴ De verhouding tussen art. 8 EVRM, art. 7 en 8 Handvest EU is een complexe waarvan verdere bespreking de reikwijdte van dit onderzoek te buiten gaat.

¹⁶⁵ Artikel 5(1)f AVG, ook wel het ‘integriteit en vertrouwelijkheid’ beginsel genoemd.

¹⁶⁶ Artikel 7(3) AVG.

overwegen (zekere bepalingen in) de AVG alsnog van toepassing te verklaren op persoonsgegevens van overledenen, zou het ook sterk aanbevolen zijn om daar niet slechts een expliciete grondslag voor neer te leggen, maar tevens de grenzen van dergelijke verdere verwerkingen vast te leggen (zie nader 3.8.7).

Tenslotte zal het in vele gevallen, zeker bij onlinediensten die de persoonsgegevens van miljoenen mensen verwerken, eenvoudiger zijn om de gegevens van overledenen *de facto* op dezelfde manier te beschermen als de gegevens van levenden.¹⁶⁷ Wordt de verwerkingsverantwoordelijke bewust (gemaakt) van het feit dat de betrokkene overleden is, dan kan daar mogelijk ook een plicht om de gegevens te verwijderen uit volgen: dat is in lijn met de beginselen van doelbinding, data minimalisatie (zo min mogelijk gegevens verwerken) en opslagbeperking (niet langer opslaan dan noodzakelijk) van gegevens.¹⁶⁸ Deze feitelijke bescherming is momenteel echter niet juridisch afdwingbaar door erfgenamen of anderen, tenzij in de gevallen genoemd in de vorige paragraaf.

3.8.6 Indirecte doorwerking van AVG rechten

Naast de voornoemde bepalingen die geen actieve rol aan de betrokkene toeschrijven, bevat de AVG ook een reeks belangrijke uitoefenbare rechten (Hoofdstuk III). Deze rechten kunnen in principe niet uitgeoefend worden door erfgenamen of nabestaanden namens een overleden betrokkene. Echter, zoals hierboven al gesteld, kunnen nabestaanden hun eigen AVG-rechten wel uitoefenen m.b.t. persoonsgegevens van de overledene wanneer die tevens betrekking hebben op henzelf. Gezien het ruime materiële toepassingsgebied van de AVG – met name dan de definitie van ‘persoonsgegevens’ (artikel 4(1) AVG) – is dit een situatie die frequent voor kan komen (e.g. beeldmateriaal met overledene, DNA of andere biometrische informatie, medische informatie).

Hieronder zullen we daarom kort ingaan op de verschillende AVG-rechten die door nabestaanden kunnen uitgeoefend worden en (indirect) betrekking hebben op de bescherming van persoonsgegevens van de overledene. Daarbij wordt zowel gekeken naar het praktische aspect (is het voor nabestaanden praktisch mogelijk het betreffende AVG-recht uit te oefenen? Tegen welke moeilijkheden loopt de verwerkingsverantwoordelijke mogelijk aan?), als naar welk belang de nabestaanden, de overledene of andere partijen erbij kunnen hebben dat bepaalde AVG-rechten worden uitgeoefend door nabestaanden.

Recht op inzage en gegevensoverdraagbaarheid

De artikelen 15 en 20 AVG bevatten respectievelijk het recht op inzage en gegevensoverdraagbaarheid (portabiliteit). Deze rechten kunnen belangrijk blijken voor de afwikkeling van een nalatenschap, om toegang tot bepaalde persoonsgegevens te krijgen, gegevens in clouddiensten (e.g. familiefoto's) automatisch over te zetten, of in het kader van ‘memorial services’ die aan de nabestaanden kunnen worden aangeboden. Daarnaast is het recht van inzage vaak een voorwaarde om andere rechten uit te kunnen oefenen; als de nabestaanden immers niet weten welke informatie de verwerkingsverantwoordelijke over de overledene heeft, kunnen zij bijvoorbeeld ook niet vragen om rectificatie (art. 16 AVG) of gegevenswissing (art. 17 AVG). Via de eigen rechten van inzage en gegevensoverdraagbaarheid kunnen erfgenamen (of ruimer nabestaanden) dus het nodige bereiken.

Bij de uitoefening van deze rechten door nabestaanden moet wel voldoende rekening worden gehouden met andere belangen en rechten die mogelijk in het gedrang komen. Zo kan, naargelang de gevoeligheid van de persoonsgegevens, het respecteren van privacy van een overleden persoon of het recht op privacy van derden aangetast worden door het uitoefenen van het recht op inzage en/of gegevensoverdraagbaarheid door erfgenamen. Om die reden stellen lidstaten met expliciete regels voor doorwerking van de AVG op de persoonsgegevens van overledenen, duidelijke grenzen aan de

¹⁶⁷ Article 29 Working Party 2007, p. 23.

¹⁶⁸ Voortvloeiende uit AVG artikel 5(1)b [*doelbinding*], c [*minimale gegevensverwerking*], en e [*opslagbeperking*].

mogelijkheid tot inzage door erfgenamen en/of nabestaanden. Daarnaast kunnen ook de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke aangetast worden, in het licht van de potentiële extra kosten voor de legitimiteit te verifiëren van dergelijke verzoeken. De Sloveense implementatiewet, bijvoorbeeld, geeft vorm aan deze afweging tussen de verschillende belangen, door enkel inzage te verlenen aan wettelijke erfgenamen die een gerechtvaardigd belang aan kunnen tonen, tenzij de overledene zich hier schriftelijk tegen heeft verzet.¹⁶⁹

Rectificatie en gegevenswissing

De artikelen 16 en 17 AVG bevatten het recht op rectificatie en het recht op gegevenswissing. In tegenstelling tot bij de rechten op inzage en gegevensoverdraagbaarheid heeft de uitoefening van deze rechten door nabestaanden minder (tot geen) impact op privacybelangen van de overledene (die mogelijk informatie voor erfgenamen verborgen wenst te houden). Met name wanneer het gaat om het ‘zuiveren van de reputatie’ hebben nabestaanden en indien men aanneemt dat er een beroep kan worden gedaan op post-mortem privacy, ook de overledene zelf, er belang bij dat rectificatie of verwijdering (wissing) kan plaatsvinden. Inzage is niet per se nodig voor het uitoefenen van de rechten; bij reputatiebescherming gaat het immers meestal om reeds kenbare informatie die men verwijderd of rechtgezet wil zien.

Daarnaast bestaan er minder praktische bezwaren in vergelijking met de rechten op inzage en gegevensoverdraagbaarheid. Zo is het voor rectificatie en wissing minder noodzakelijk dat de identiteit van de nabestaanden wordt geverifieerd, zolang maar vast komt te staan dat de gerectificeerde informatie juist is (tevens een plicht van de verwerkingsverantwoordelijke volgens art.5(1)d) en/of er een plicht tot wissing bestaat volgens art.17(1) AVG. Een aantal Europese landen, zoals Spanje, hebben bepaald dat het recht van rectificatie en wissing (alsook inzage) uitgeoefend mogen worden door nabestaanden. Italië heeft daarentegen bepaald dat *alle* AVG-rechten door nabestaanden uitgeoefend mogen worden.¹⁷⁰

Recht op beperking

Artikel 18 AVG bevat het recht op beperking van de verwerking. Bij het uitoefenen van dit recht, wordt de gegevensverwerking tijdelijk ‘on hold’ gezet, i.e. de verwerkingsverantwoordelijke mag de gegevens in principe voor geen enkel doeleinde meer verwerken en dient de persoonsgegevens enkel en alleen te bewaren. Dit recht kan relevant blijken in het geval dat de verwerkingsverantwoordelijke bepaalde gegevens wil gaan wissen. Artikel 18 lid 1 sub c AVG ziet op het geval dat de verwerkingsverantwoordelijke de persoonsgegevens zelf wil wissen, maar de betrokkene (of in dit geval de erfgenamen als betrokkenen, dan wel gerechtigden als daar een voorziening voor wordt getroffen door de wetgever) de gegevens nog nodig heeft voor het instellen, uitoefenen of onderbouwen van een rechtsvordering. Dit kan opgelost worden met een wettelijke bepaling die minimumtermijnen voor gegevenswissing oplegt.

Recht van bezwaar en niet onderworpen te worden aan automatische besluitvorming

Artikelen 21 en 22 AVG bevatten het recht van bezwaar en ‘het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate tref’. Beide bepalingen kunnen

¹⁶⁹ Zakon o varstvu osebnih podatkov, *Uradni list RS* no. 94/07. Gebruikte vertaling (onofficieel): Information Commissioner Republic of Slovenia.

¹⁷⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 2terdecies van de Italiaanse implementatiewet: Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), *Gazz. Uff. n. 205, 4 settembre 2018*.

ingeroepen worden om de verwerking van persoonsgegevens voor welbepaalde doeleinden stop te zetten. Artikel 21 vereist dat de specifieke situatie van de betrokkene in acht wordt genomen en een belangenafweging gemaakt moet worden (tenzij het om verwerking voor direct marketing doeleinden gaat, dan is er geen afweging nodig, art. 21(2)). Artikel 22 vereist maakt het mogelijk automatische besluitvorming te verbieden die een significante impact heeft op de betrokkene. In bepaalde omstandigheden kan deze bepaling dus relevant blijken voor nabestaanden – in de mate dat deze in rechten van de overledene treden. Echter, dan zal artikel 22 ook rechtstreeks door de erfgenamen als ‘betrokkene’ zelf uitgeoefend kunnen worden.

3.8.7 Tussenconclusie AVG

Buiten de hierboven expliciet vermelde rechten en plichten, bevat de AVG nog tal van andere bepalingen die relevant kunnen blijken in verhouding tot de gegevens van overleden personen. Tot het moment dat een verwerkingsverantwoordelijke op de hoogte is (of wordt gebracht) van het overlijden van de betrokkene, is het aannemelijk dat de AVG-bepalingen die geen proactieve stappen van de betrokkene vereisen door de verantwoordelijke nageleefd blijven (o.a. beveiligingsplicht, minimale gegevensverwerking, ‘gegevensbescherming door ontwerp’ oftewel privacy by design, door standaardinstellingen, enz.).¹⁷¹ Het is echter belangrijk dat de wetgever grondig afweegt in welke mate dergelijke *de facto* bescherming volstaat. In bepaalde omstandigheden kan het belangrijk zijn om minimum waarborgen wettelijk vast te leggen, teneinde de verdere werking van bepaalde (U)AVG bepalingen te garanderen na overlijden. Zoals we verderop uiteenzetten zijn er diverse richtingen voor de omgang met digitaal bezit na overlijden. Naast ingrepen in het (consumenten)overeenkomstenrecht, betreft het een generieke regeling naar bijvoorbeeld het Australische model voor een digital records act, maar de meest concrete aanknopingspunten liggen bij een (beperkte) uitbreiding van AVG bepalingen.

Bij het mogelijk opnemen van een nieuwe bepaling in de UAVG, ter bescherming van persoonsgegevens na overlijden, lijkt het aangewezen om Artikel 18 (recht op beperking van de verwerking) automatisch in werking te laten treden. Deze ‘on-hold’-bepaling ziet er namelijk op dat persoonsgegevens bewaard blijven, en voor geen enkel ander doeleinde verwerkt worden, in afwachting van beslissingen die betrekking hebben op (de verdere verwerking van) de persoonsgegevens. Concreet zou dit betekenen dat de persoonsgegevens bewaard moeten blijven, bijv. voor eerdergenoemde termijn van 5 jaar die de AP voorstelde, of een kortere termijn die past bij de gemiddelde tijd die het kost om een nalatenschap af te wikkelen. De persoonsgegevens zouden gedurende die termijn bescherming genieten onder de AVG, en enkel verwerkt mogen worden voor welbepaalde doeleinden. Deze doeleinden en bijbehorende waarborgen kunnen dan worden bepaald en vastgelegd in het licht van de verschillende private en publieke belangen die spelen. De wetgever kan hierbij overwegen om situaties te onderscheiden op basis van het type persoonsgegeven, de doeleinde(s) waarvoor deze verwerkt worden, de aard van verwerkingsverantwoordelijke, en de respectieve belangen.

Wat betreft het **type gegevens** waarvoor verplichtingen gaan gelden, kan men denken aan een onderscheid naar gelang de gegevens nodig zijn voor het afwikkelen van de nalatenschap van een persoon, van belang zijn voor het informeren van contacten van de overledene, of bijv. herinneringswaarde hebben.

De mate waarin voortzetting van de verwerking van gegevens van overleden personen wordt toegestaan, kan afhankelijk worden gemaakt van de **doeleinden** die de verantwoordelijke nastreeft. Bepaalde doeleinden zullen meer of juist minder bescherming rechtvaardigen; het is daarom zaak om deze doeleinden te inventariseren. Als er bijvoorbeeld een wettelijke plicht wordt overwogen om gegevens van een overledene (na een bepaalde duur) automatisch te verwijderen, kan zo’n inventarisatie dienen als basis om uitzonderingen vast te leggen. Bijvoorbeeld dat de verwijderplicht niet geldt t.a.v. verwerking voor doeleinden van ‘archivering in het algemene belang, wetenschappelijk of historisch onderzoek’ (vgl. art. 89

¹⁷¹ Article 29 Working Party 2007, p. 23.

AVG), maar juist wel bij verwerkingen met als doel bijvoorbeeld het optimaliseren van gepersonaliseerde reclame-algoritmes.

Een relevante factor bij het formuleren van een regeling is ook de **aard van de verwerkingsverantwoordelijke**. De relevante belangen (bijv. privé, publiek, commercieel) hangen ook af van welke verwerkingsverantwoordelijken in het spel zijn. Het is bijvoorbeeld inherent aan bepaalde verwerkingsverantwoordelijken dat zij (voornamelijk) een eigen of juist publiek belang nastreven. Dit kan meegenomen worden in het bepalen van welke verwerkingsverantwoordelijken al dan niet de verplichting hebben om (na een bepaalde periode) gegevens van een overledene automatisch te verwijderen en/of het gebruik ervan te beperken voor welbepaalde doeleinden. Gezien de snelle ontwikkelingen in informatiediensten sectoren, zal het uiteraard belangrijk zijn de nodige flexibiliteit in te bouwen.

Tenslotte is het uiteraard ook belangrijk om relevante publieke en private **belangen** in kaart te brengen. Eerder bespraken wij al het op grond van privacy grondrechten of persoonlijkheidsrechten te rechtvaardigen belang van de overledene bij bescherming van privacy post-mortem, de belangen van erfgenamen, het maatschappelijke belang bij het voorkomen dat grote hoeveelheden digitaal bezit (hier in de vorm van gegevens) verweesd achter blijven, en de belangen van derden (zoals geportretteerden, houders van intellectuele eigendomsrechten). Daarbij kan alvast een zekere hiërarchie aangebracht worden, met oog op het al dan niet verbieden van verdere verwerking van gegevens van overleden personen of wissingsplichten. Dit kan dan leiden tot het bepalen van standaard-situaties waar dergelijke gegevens al dan niet gewist moeten worden, met een mogelijkheid om daar in specifieke situaties van af te wijken. Het is immers gezien de diversiteit aan informatiediensten en de snelle ontwikkelingen lastig om tot een dekkende set standaardsituaties te komen die recht doet aan alle belangen.

Concrete voorbeelden die voortbouwen op de inventarisatie van de bovengenoemde elementen, kunnen gevonden worden in de implementatiewetten van andere lidstaten (zie hierover nader 6.1. hieronder). Naast het vastleggen van specifieke zwaarwegende belangen, is het ook mogelijk een meer open bepaling op te nemen. Zo stelt de Sloveense implementatiewet dat persoonsgegevens alleen aan nabestaanden mogen worden verstrekt, indien zij daar een gerechtvaardigd belang bij hebben.

Om het recht op privacy van de overledene te waarborgen, kan worden bepaald dat enkel een door de overledene aangewezen persoon het recht van inzage mag uitoefenen. Dit is bijvoorbeeld in de Portugese implementatiewet bepaald. Indien de overledene niemand heeft aangewezen, mogen de erfgenamen de rechten uitoefenen. In Spanje mogen nabestaanden geen inzage in de persoonsgegevens van de overleden krijgen, indien dit door de overledene uitdrukkelijk is verboden.¹⁷² Erfgenamen mogen in Spanje wel altijd inzage in de persoonsgegevens van de overledene krijgen. Het is ook belangrijk om te overwegen de beveiligingsverplichting van persoonsgegevens door te laten werken na het overlijden van de betrokkene. Ierland heeft bijvoorbeeld expliciet bepaald dat de beveiligingsplicht gewoon blijft gelden voor persoonsgegevens van overleden personen.¹⁷³

3.9 Algemene conclusies wettelijk kader

Wat betreft de verschillende aspecten van het juridisch kader zoals dat hier is geschetst aan de hand van de meest pertinente wettelijke regelingen, valt vooral op dat er op veel gebieden nog rechtsonzekerheid bestaat. Die onzekerheid vloeit niet zozeer voort uit erfrechtelijke normen of het ontbreken daarvan, maar veelal uit onduidelijkheid over welk digitaal ‘bezit’ er überhaupt in de nalatenschap valt, onder meer op het terrein van portretrecht en virtuele ‘zaken’. In hoeverre op grond van het overeenkomstenrecht en dan met name consumentenrecht digitale inhoud zoals accountinformatie, user generated content, materialen opgeslagen

¹⁷² Zie artikel 3 van de Spaanse implementatiewet: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, *BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO*, no. 294.

¹⁷³ Ingevolge sectie 3 van de Ierse Data Protection Act 2018 is artikel 32 van de AVG ook van toepassing op overleden personen (de verwerkingsverantwoordelijke moet dus ook t.a.v. persoonsgegevens van overleden betrokkenen passende technische en organisatorische maatregelen treffen). Zie: Data Protection Act 2018, *Irish Statute Book* No. 7 2018.

bij cloudopslagdiensten, aangeschafte media mag ‘verdwijnen’ uit het zicht van erfgenamen vanwege bijvoorbeeld ‘no survivorship’-clausules is ook onzeker. Wat betreft intellectuele eigendomsrechten en dan in het bijzonder auteursrechten is verder opvallend dat door de aard van met name communicatiediensten (en daarbinnen weer sociale media en chatapps) gebruikers steeds vaker content maken en posten waarop zij zelf auteursrecht kunnen claimen. Aangezien auteursrechten in de nalatenschap vallen, is ook daar de vraag wat de verschuiving naar de cloud betekent voor de daadwerkelijke controle die erflater en erfgenamen hebben over die vermogensrechten. Als bijvoorbeeld de door de overledene gecreëerde content uitsluitend bij de dienstverlener is opgeslagen (er zijn nergens anders kopieën), en er is sprake van een ‘no survivorship’ clause, verandert er niets aan de juridische positie van de erfgenamen die immers het auteursrecht verkrijgen. De facto kan het echter betekenen dat ze geen beschikking over het werk hebben omdat ze er geen toegang toe hebben. De vraag is dan of de dienstverlener gehouden is aan de auteursrechthebbende toegang (of een kopie) te verschaffen.

Het auteursrecht is vanwege de absolute werking ervan (handhaafbaar tegen iedereen) ook een nuttig instrument om gebruik en verspreiding van het werk (bijv. een selfie, of UCG video) tegen te gaan. In de praktijk lijken er vooralsnog geen nijpende problemen, hetgeen ook te maken heeft met het feit dat diensten waarbij gebruikers eigen content maken en posten, ruime gebruikslicenties van de gebruikers bedingen. Voorzover erfgenamen treden in de verbintenisrechtelijke positie van de gebruiker-erflater, zullen zij het gebruik van de UCG door de dienstverlener conform de licentie moeten dulden.

Specifiek met betrekking tot het gegevensbeschermingsrecht concludeerden we reeds dat er meerdere aanknopingspunten zijn om de digitale nalatenschap, d.w.z. voor zover die uit persoonsgegevens bestaat, via de band van de AVG direct of indirect te beschermen tegen ‘verwezing’. Aangezien in het Nederlands recht nu geen duidelijke erkenning bestaat van enig algemeen persoonlijkheidsrecht dat werking heeft na de dood, kan zo'n persoonlijkheidsrecht geen grondslag zijn voor het van toepassing verklaren van de AVG op persoonsgegevens van overledenen. Aan de andere kant geeft de AVG wel de nodige plichten en rechten die aan de belangen van erfgenamen (of breder nabestaanden) tegemoetkomen. Zoals uit de inventarisatie van gebruikersvoorwaarden bleek, verkeren erfgenamen lang niet altijd in de positie waarin ze invloed kunnen uitoefenen over hoe er met digitale inhoud van de overledene wordt omgegaan. Zoals we in hoofdstuk 6 zullen zien, zijn er buiten op de AVG geënte oplossingen ook alternatieven. Tot slot zou een meer fundamentele bezinning op het beginsel van informatiele zelfbeschikking een rol kunnen spelen bij het mogelijk uitbreiden van bescherming van ‘post-mortem privacy’.

Het verdient aanbeveling om maatschappelijke opvattingen hieromtrent te onderzoeken en de ontwikkeling ervan te monitoren. Het gaat dan met name om vragen over in welk opzicht burgers zelf willen kunnen beslissen over wat er met de inhoud van accounts moet gebeuren na overlijden; welke verwachtingen ze hebben rond standaardvoorzieningen (wat gebeurt er als je zelf niets hebt geregeld, moeten dienstenaanbieders bepaalde tools aanbieden), welke personen toegang zouden moeten krijgen (alle erfgenamen onafhankelijk van de graad van verwantschap, directe nabestaanden of naasten die naar huidig erfrecht geen bijzondere positie hebben bijvoorbeeld), wat personen met toegang moeten mogen doen met de gegevens (toegang voor welk doel); en welk onderscheid er naar soort gegevens of informatiedienst wenselijk is (moeten persoonlijke berichten anders behandeld worden dan bijv. gegevens over media-entertainment die is aangeschaft).

In het afsluitende evaluerende hoofdstuk werken wij de bevindingen verder uit en formuleren verdere oplossingsrichtingen. Voorafgaand daaraan beschrijven we eerst nog praktische aspecten rond toegang, analyseren rechtsregels die relevant zijn voor grensoverschrijdende gevallen, en geven aan welke oplossingen voor de omgang met digitale nalatenschap diverse andere landen hebben gekozen.

4 Praktische aspecten

Heeft de overledene niets geregeld rond de digitale nalatenschap, dan kan dit erfgenamen voor praktische problemen plaatsen. Deze hebben vooral betrekking op het weten wat de samenstelling is van de nalatenschap, met name van welke diensten de overledene gebruik maakte, en het vervolgens ook toegang kunnen krijgen. In dit hoofdstuk belichten we kort de praktische problemen en de antwoorden die daarop ontwikkeld worden door nieuwe dienstverleners. Daarnaast besteden we ook enige aandacht aan de situatie waarin nalatenschappen (schijnbaar) onbeheerd zijn; het Rijksvastgoedbedrijf is de overheidsorganisatie die zich daarover ontfermt. Wat betreft terminologie in dit hoofdstuk zij opgemerkt dat deze ook weergeeft hoe er in de praktijk over digitale nalatenschappen wordt gecommuniceerd. Dit is lang niet altijd met gebruik van terminologie die ook juridisch correct is. Zo worden de termen ‘nabestaanden’ en ‘erfgenamen’ vaak door elkaar gebruikt, en wordt er vaak over ‘wil’ en ‘laatste wilsverklaring’ gesproken terwijl het niet om een notarieel testament gaat.

4.1 Praktische problemen voor erfgenamen en nabestaanden na overlijden gebruiker

Het niet regelen van de digitale nalatenschap kan voor de erfgenamen praktische problemen met zich meebrengen. Vaak is onduidelijk waaruit deze nalatenschap bestaat, en dus dienen zij allereerst een inventarisering te maken van de aanwezige accounts en andere digitale bezittingen.¹⁷⁴ Indien de overledene geen duidelijk overzicht heeft nagelaten, kan het voor de erfgenamen lastig worden om inzicht te krijgen in de omvang van de digitale nalatenschap en de hoeveelheid accounts/abbonnementen. Ook indien de erfgenamen hiervan wel een overzicht hebben, betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat zij hier ook toegang toe hebben. Hoe meer mogelijk privacygevoelige gegevens, hoe moeilijker het wordt gemaakt om toegang te krijgen tot de account of deze op te zeggen. Zoals reeds bleek uit de analyse van gebruiksvoorwaarden en policies (hoofdstuk 2), vereist een groot deel van de informatiediensten dat, indien de erflater hieromtrent niets heeft geregeld in de instellingen, de inloggegevens moeten worden ingevoerd voor toegang tot of het verwijderen van de accounts. Dezelfde informatiediensten nemen echter in de algemene voorwaarden op dat het delen van wachtwoorden met derden niet is toegestaan. Dit maakt dat veel erfgenamen onvoldoende gegevens tot hun beschikking kunnen hebben om de digitale nalatenschap goed af te ronden, tenzij de erflater bijvoorbeeld gebruik heeft gemaakt van een digitale kluis.

Onderdeel van de nalatenschap zijn ook de apparaten waarop de digitale nalatenschap zich bevindt. Deze fysieke objecten –‘zaken’ in vermogensrechtelijke terminologie— gaan zoals gezegd via het beginsel van saisine over op de erfgenamen. Vanzelfsprekend kan de erflater ook een specifieke persoon aanwijzen als begunstigde, via codicil of bij testamentaire beschikking. Dat telefoons, tablets, computers e.d. vererven betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat de verkrijgers ook toegang hebben tot de informatie op deze apparaten, die vaak met een toegangscode of wachtwoord vergrendeld zijn. Een oplossing om deze apparaten als verkrijger toch te kunnen gebruiken is ze terug te zetten naar de fabrieksinstellingen. Consequentie daarvan is echter dat daarmee ook alle persoonlijke informatie, gegevens, instellingen en andere content die zich op het apparaat bevindt, verloren gaat.¹⁷⁵ Indien er een back-up van deze gegevens is gemaakt, kan deze hierop eventueel worden teruggeplaatst, maar dit kan enkel indien men het

¹⁷⁴ Van der Geld 2013.

¹⁷⁵ Zie over het terugzetten naar fabrieksinstellingen en het vergeten van pincodes/wachtwoorden de online 'supportpagina's' van Apple (laatst gezien: 19-11-2020), Samsung (laatst gezien: 19-11-2020) en Microsoft (laatst gezien: 19-11-2020).

wachtwoord heeft van de account/andere device waarop deze reservekopie is opgeslagen. In dat geval hebben de erfgenamen toegang tot de volledige digitale nalatenschap opgeslagen op de device en kan deze gebruikt worden zoals de erflater dit deed. Indien dit de wens is van de erflater dient deze dus de toegang tot de device en inhoud te verzekeren, anders is er (ook voor de leverancier/producent) geen manier om de device in oude staat terug te brengen, zeker wanneer een ‘no right of survivorship’-bepaling is opgenomen t.a.v. de inhoud van de device.

Het zal vaker zo zijn dat bepaalde digitale inhoud elders (in de cloud) blijft bestaan, als de gebruiker bijvoorbeeld de hiervoor genoemde back-ups maakte of als het type dienst voorziet in cloudopslag. Zo zijn door gebruikers van muziekstreamingdiensten aangemaakte afspeellijsten (playlists) gewoonlijk gekoppeld aan de gebruikersaccount en niet aan een specifiek apparaat, hetzelfde geldt voor sociale media en ICT-diensten. Toegang tot de accounts en de daar opgeslagen informatie moet dan ook los gezien worden van de beschikking hebben over devices.

Het is de vraag of de aanbieders van apparaten die alleen (naar behoren) functioneren als er een account aan gekoppeld is, daarmee niet ook verplicht zijn om de gebruiker die inloggegevens kwijt is, een herstelkans te geven. Dit zal wat betreft toegang tot het apparaat echter technisch gezien doorgaans niet mogelijk zijn, omdat de fabrikant of leverancier van een apparaat de door de gebruiker geactiveerde beveiliging (face-ID, vingerafdruk, pincode) niet kan doorbreken. Is er op basis van de gebruikers- of koopovereenkomst wel een plicht om account-toegang te herstellen, dan zou deze ook ten gunste van erfgenamen werken.

Het is waarschijnlijk dat een deel van de gegevens blijft ‘zwerven’ bij dienstverleners; daarbij kan het om veel verschillende informatie gaan, o.a. om contactpersonen, foto’s en video, muziekfiles, gebruikersprofielen, email en appberichten, en zeker om informatie waarvan de juridische status ongewis is. Voor zover erfgenamen al een (vrij) volledig inzicht hebben in het digitale bezit van de overledene, hebben ze daar, zoals we gezien hebben, nog niet vanzelfsprekend toegang toe. Bovendien raken dienstverleners niet makkelijk op de hoogte van het feit dat een gebruiker is overleden. Als inactieve accounts en bijbehorende inhoud niet (of pas na jaren) gewist worden, groeit het volume gegevens waarover personen geen (feitelijke) controle hebben verder.

4.2 Praktische problemen bij het vooraf regelen van de digitale nalatenschap

Het afwikkelen van de digitale nalatenschap kan eenvoudiger verlopen indien de erflater vóór overlijden reeds aangeeft welk digitaal bezit hij heeft en wat daarmee dient te gebeuren. Dit kan bijvoorbeeld tegelijk worden geregeld met de overige nalatenschap (bij testament), of meer laagdrempelig via digitale kluizen en speciale ‘tools’ die sommige communicatie- en ICT-diensten aanbieden. In hoofdstuk 2 beschreven wij reeds de ‘inactiviteitsvoorkeuren’ tool van Google en de mogelijkheid die Facebook biedt om een vertrouwenspersoon aan te wijzen en de account herdenkingsstatus te geven.

Kleinschalig onderzoek duidt erop dat het bewustzijn van burgers rond digitale nalatenschap nog beperkt is. In de ‘Flitspeiling digitale nalatenschap en kwaliteit uitvaartbranche’ die is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in maart 2020 zegt meer dan de helft van de Nederlanders nooit bezig te zijn met de digitale nalatenschap.¹⁷⁶ Slechts 29% geeft aan wel eens aan de eigen digitale nalatenschap gedacht te hebben. Minder dan een kwart hiervan heeft een lijst met wachtwoorden gedeeld met dierbaren. Men geeft in een latere peiling aan de digitale nalatenschap minder belangrijk te vinden dan zaken als de keuze voor cremen of begraven of de invulling van de afscheidsceremonie.¹⁷⁷ Deze cijfers geven een indicatie van hoezeer digitale nalatenschappen ‘ongeregeld’ zijn, en voor welke taak erfgenamen zich gesteld zien.

¹⁷⁶ Kantar 2020.

¹⁷⁷ Kantar 2021, p. 13.

Hoewel laagdrempelige voorzieningen van dienstenaanbieders het ongetwijfeld makkelijker maken voor burgers om het nodige te regelen, is het niet verstandig om het daarbij te laten. Waar dienstenaanbieders in hun overlijdensbeleid terugvallen op door de gebruiker ingestelde voorkeuren, dient de zogenaamde ‘privacy paradox’ in acht genomen te worden. Kort gezegd houdt dat in, dat mensen die zich zorgen maken over de eigen privacy of de bescherming hiervan belangrijk vinden, hun gedrag daar vaak niet op aanpassen. Het onderzoek dat hier inmiddels naar is gedaan laat zien dat mensen online meer informatie prijsgeven dan ze eigenlijk verantwoord vinden; liever niet bekend willen worden onder de werkelijke identiteit betekent niet dat men minder identificerende informatie deelt.¹⁷⁸

Hoewel dit afhankelijk kan zijn van de soort informatie, het platform en de doelgroep, kan over het algemeen worden gesteld dat men in een digitale context niet noodzakelijkerwijs handelt in reactie op zorgen omtrent privacy. Wel kan onder gebruikers van sociale media platforms vaak bepaald mitigerend gedrag worden waargenomen wanneer men zorgen uit over de privacy. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om het afschermen van het profiel voor bepaalde mensen of het verwijderen van berichten en ‘tags’ op foto’s. Een eerdergenoemd voorbeeld hiervan is het overschakelen van posts op een openbare pagina naar privéberichten.¹⁷⁹ Dat men bepaalde zaken over zichzelf vrijgeeft betekent dus niet noodzakelijkerwijs dat men alles aan eenieder prijs wil geven. Bovendien betekent het feit dat bepaalde stappen zijn genomen met betrekking tot de privacy, niet dat de wensen of intenties van de gebruiker daartoe beperkt zijn.

Toegepast op de digitale nalatenschap kan uit het feit dat een overledene niets heeft geregeld dus niet worden geconcludeerd dat het de wens was om erfgenamen (onbeperkt) toegang te geven, of dat de account moet blijven bestaan. Uit onderzoek onder Amerikaanse studenten bleek dat sommige studenten expliciet de inhoud van hun Facebookprofiel voor hun ouders verbergen¹⁸⁰ en dat zij de chatfunctie van dit platform gebruiken om te praten over gênante en intieme onderwerpen die men liever privé houdt¹⁸¹. Dat hun ouders toegang krijgen na hun overlijden wanneer zij niets anders hebben geregeld kan dan tegen de wensen van de overledenen ingaan, zeker omdat zij zich vooral druk maken om sociale privacy (binnen de eigen kring kunnen communiceren) en om onderlinge (online) relaties, en zich minder druk maken om institutionele privacy.¹⁸²

Onderzoek toont ook aan dat onder andere designkeuzes noodzakelijk zijn voor het veranderen van het gedrag en de emancipatie van de gebruiker.¹⁸³ Voor aanbieders van informatiediensten betekent dit dat bijvoorbeeld een standaardbeleid waarbij accounts worden verwijderd na overlijden, meer effect zal hebben dan een beleid waarbij de gebruiker actief moet aangeven dat de account gewist moet worden.

4.3 Diensten op het gebied van digitale nalatenschappen

De noodzaak om regelingen te treffen rond de digitale nalatenschap is al jaren gesignaleerd in notariaat en uitvaartbranche, en leidt tot de ontwikkeling van nieuwe vormen van dienstverlening. In Nederland zijn er al lokale en buitenlandse bedrijven actief die zich specialiseren in het ondersteunen van de afwikkeling van de digitale nalatenschap. In dit onderdeel zullen enkele aanbieders worden uitgelicht, waarbij kort wordt toegelicht waaruit hun dienstverlening bestaat en hoe deze wordt vormgegeven.

Zoals reeds is beschreven in hoofdstuk 2, bieden sommige dienstverleners zelf de mogelijkheid aan gebruikers om via een ‘online tool’ aan te geven wat er met hun account en content dient te gebeuren mochten zij komen te overlijden. Onder meer Facebook, Google, Instagram en verscheidene wachtwoordmanagers en digitale kluizen bieden dergelijke tools aan. Door gebruik te maken van deze tools kunnen accounthouders duidelijk aangeven wie er verantwoordelijk is voor hun digitale nalatenschap en

¹⁷⁸ Dienlin & Trepte 2015, p. 285-294.

¹⁷⁹ Leigh Young & Quan-Haase 2013, p. 481-482.

¹⁸⁰ Leigh Young & Quan-Haase 2013, p. 490.

¹⁸¹ boyd & Marwick 2011, p. 14.

¹⁸² Leigh Young & Quan-Haase 2013, p. 495.

¹⁸³ Barth & De Jong 2017, p. 1052.

deze persoon instructies meegeven. Deze tools dekken één dienst of een portfolio van diensten van hetzelfde platform, waardoor de gemiddelde gebruiker op meerdere plekken zaken moet regelen. De focus hierna ligt op diensten die onafhankelijk van bepaalde platforms opereren.

Naast de specifieke dienstverleners die hieronder worden beschreven, breiden notaris- en advocatenkantoren hun dienstverlening ook uit om cliënten meer grip op en bewustzijn van problematiek rond de digitale nalatenschap te geven.

Ook op het gebied van bewustwording en informatievoorziening gebeurt er reeds het nodige, bijvoorbeeld via de website *Veiliginternetten.nl*. Dat is een gezamenlijk initiatief van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat, het ministerie van Justitie en Veiligheid, het Nationaal Cyber Security Centrum en ECP. De website verschaft mensen tips, tricks en praktische stap voor stap uitleg over wat zij kunnen doen en laten om veilig te internetten. Op deze website is onder meer ook een pagina opgenomen met betrekking tot de digitale nalatenschap, met stappenplannen voor sociale mediaprofielen en andere online profielen. Ook de eerdergenoemde consumentenorganisaties, uitvaartverzorgers, notariškantoren zijn andere sectoren die in toenemende mate bewustwording stimuleren en informeren.¹⁸⁴ Daadwerkelijke dienstverlening komt daarentegen van bedrijven als hierna beschreven.

Closure

Closure is een Nederlands bedrijf dat zich specifiek richt op het ondersteunen bij de ‘afwikkeling’ van de digitale nalatenschap. Het ambieert een centraal meldpunt te zijn van waaruit klanten lopende abonnementen, contracten en accounts van een overleden persoon kunnen opzeggen of overnemen. Het is een online dienst met een website en een app die zich richt op zowel de persoon die alvast zaken wil regelen rond eigen overlijden, als op erfgenamen (doorgaans spreken dienstverleners van nabestaanden). De gebruiker van de dienst maakt een overzicht van alle organisaties die geïnformeerd dienen te worden over het overlijden, en geeft op een zelf gekozen moment opdracht aan Closure ter uitvoering. Die verzorgt vervolgens namens de erfgenamen alle verzoeken tot opzegging of overname.¹⁸⁵ Closure kan gebruikt worden voor het opzeggen of overnemen van alle abonnementen, contracten en accounts van social mediadiensten tot kranten. Hiervoor dienen de overlijdensakte en de persoonsgegevens van de overledene aangeleverd te worden. Er zijn geen wachtwoorden, gebruikersnamen of klantnummers nodig. Closure werkt samen met uitvaartverzorgers en partijen als KPN. Alle persoonsgegevens worden zes maanden na afronding van alle verzoeken van de servers verwijderd.

i-Finish

i-Finish is eveneens een Nederlands bedrijf dat een vergelijkbare dienst levert als Closure. Het bedrijf geeft ook informatie voor erfgenamen (nabestaanden) die een voorkeur hebben om zelf zaken te regelen, met duidelijke instructies over hoe bepaalde accounts opgezegd of overgenomen kunnen worden na overlijden.¹⁸⁶ Naast de zogenaamde ‘opzegmodule’, waarbij op een vergelijkbare wijze als Closure abonnementen kunnen worden opgezegd of overgenomen, biedt i-Finish meer digitale nazorg. Zo bieden zij diensten aan met betrekking tot digitalisering (scannen van foto’s), toegang tot devices en datavernietiging.

Digiwil

Digiwil biedt een platform waarop mensen een ‘digitale wilsverklaring’ kunnen afgeven, d.w.z. waar ze een (informele) lijst met wensen rond levenseinde, uitvaart, en nalatenschap kunnen opslaan. Het is een webtool met app in ontwikkeling. Het is een dienst die dus breder is dan enkel de digitale nalatenschap. Een component ervan is het verzamelen van account- en abonnementsinformatie die nodig is om bijvoorbeeld

¹⁸⁴ Zij bijvoorbeeld Dossier ‘digitaal nalaten’ op de website van uitvaartcoöperatie DELA, DELA n.d.

¹⁸⁵ Website Closure, <https://www.closure.nl> (laatst gezien: 11-11-2020).

¹⁸⁶ Website i-Finish, <https://i-finish.nl> (laatst gezien: 11-11-2020).

accounts bij derde partijen te laten verwijderen en abonnementen op te zeggen. De gebruiker bepaalt wie toegang heeft tot de opgeslagen wensen en gegevens, die versleuteld zijn opgeslagen. Digiwil biedt niet de mogelijkheid om dit voor de erfgenamen af te handelen, dit zullen zij zelf moeten doen. In deze zin lijken Digiwil en vergelijkbare diensten wat op digitale kluisen.

Farewill

Farewill is een van oorsprong Brits bedrijf dat ook in Nederland diensten gaat aanbieden.¹⁸⁷ Via de website van Farewill zouden mensen online hun testament en erfenis kunnen regelen. Zij regelen dus niet alleen de overname of opzegging van overeenkomsten, maar bieden een geheel erfenis-pakket. Bovendien kunnen zij ook de crematie regelen.¹⁸⁸ Onduidelijk is of zij ook de digitale nalatenschap op zich nemen. Wel bieden zij de mogelijkheid om via hun dienst een testament op te stellen, dat mogelijk ook kan zien op de digitale nalatenschap.

Wachtwoordmanagers en digitale kluisen

De in hoofdstuk 2 genoemde wachtwoordmanagers en digitale kluisen zijn ook voorbeelden van diensten die het de erfgenamen of executeurs makkelijker kunnen maken. Diensten als DigiZeker en SecureSafe hebben een wachtwoordmanager gekoppeld aan een digitale kluis, die allebei ‘vrijkomen’ zodra een vertrouwenspersoon zoals een notaris op de hoogte wordt gesteld van het overlijden van de gebruiker. Zo hebben de erfgenamen toegang tot de verscheidene accounts van de overledene en de documenten of gegevens die in de kluis zijn opgeslagen.

4.4 De onbeheerde nalatenschap

Per jaar overlijden in Nederland tegen de tweeduizend personen waarvan het (aanvankelijk) niet lukt om vast te stellen of er erfgenamen zijn en wie dat zijn. Gemeentes e.a. instanties melden die dan aan bij het Rijksvastgoedbedrijf.¹⁸⁹ Dat heeft als taak de afwikkeling van onbeheerde nalatenschappen te regelen. Het werk van de dienst is erop gericht om gelden en goederen uit gemelde nalatenschappen zoveel mogelijk ten gunste van traceerbare erfgenamen te laten komen.

Het proces verloopt in grote lijnen als volgt. Een onbeheerde nalatenschap wordt bij het RVB aangemeld door bijvoorbeeld de Belastingdienst, gemeente (waar het overlijden van een persoon wordt geregistreerd) of woningbouwcorporatie. Het RVB krijgt jaarlijks ongeveer 1400-1600 van dergelijke meldingen. Het RVB doet erfgenamenonderzoek met gebruikmaking van diverse bronnen, en slaagt er meestal in om erfgenamen te traceren, dit is het geval in 95% van de erfgenamenonderzoeken.¹⁹⁰ Reageren de erfgenamen niet op berichten van het RVB, of kunnen er geen erfgenamen getraceerd worden, dan wordt volgens de daarvoor geldende erfrecht regels (art. 4:204 BW e.v.) door de rechtbank een vereffenaar aangesteld die de nalatenschap afwikkelt. Een positief saldo komt in de consignatiekas van het Ministerie van Financiën. Mochten er alsnog erfgenamen naar voren treden, dan kunnen deze zich gedurende 20 jaar melden voor uitkering.

In de gevallen waarin het RVB tijdelijk het praktisch beheer over de inboedel krijgt kunnen daar telefoons, tablets of computers toebehoren.¹⁹¹ Er bestaan geen specifieke regels voor de omgang met

¹⁸⁷ Bronzwaer 2020.

¹⁸⁸ Website Farewill, <https://farewill.com> (laatst gezien: 11-11-2020).

¹⁸⁹ De bevoegdheid van het RVB is gebaseerd op het Besluit van de Minister van Financiën van 30 november 2017 houdende volmacht en machtiging aan de secretaris-generaal van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

¹⁹⁰ Is de waarde van nalatenschap heel beperkt, dan blijft een uitgebreid erfgenamenonderzoek ook wel achterwege.

¹⁹¹ Het komt ook voor dat de RVB een reeds grotendeels leeggehaalde woning aantreft, of geen devices, vermoedelijk hebben derden deze dan al meegenomen.

digitale nalatenschap door het RVB. Het beleid is samengevat als volgt. Indien de erfgenamen niet kunnen worden getraceerd, worden de gegevensdragers inclusief inhoud uiteindelijk vernietigd en niet meegenomen in de vereffening door de door de rechtbank benoemde vereffenaar. De reden is dat er doorgaans privacygevoelige informatie op de devices staat, en de veronderstelling is dat de overledene niet onbeperkt toegang daartoe wilde geven aan derden. Ook is er een risico aan het laten bestaan van de devices. Als die namelijk in circulatie zouden komen kan daarmee ook ongewenste inhoud worden verspreid. Het komt vrijwel nooit voor dat wanneer het RVB geen erfgenamen opspoort, deze zich later alsnog komen melden. Wanneer dit in het verleden wel is gebeurd, heeft dit nog nooit tot geschillen geleid over gegevensdragers.

Het RVB heeft dus als taak om erfgenamen (te helpen) identificeren, en waar er geen traceerbaar zijn, de nalatenschap af te laten wikkelen. Veelal betreft het overledenen met zeer bescheiden bezittingen, primair zaken (stoffelijke objecten), wat contant of elektronisch geld (in banktegoeden) en schulden. In de praktijk gaat het uiteindelijk om een klein aantal gevallen waarin geen erfgenamen worden gevonden. Er wordt niet actief onderzoek gedaan naar eventuele online (social media) accounts van de overleden persoon waarbij geen erfgenamen zijn gevonden. Nog los van de vraag of dergelijk onderzoek wel tot de publieke taak van het RVB behoort –het ligt meer op de weg van de vereffenaar–, zou het ook om praktische redenen lastig uitvoerbaar zijn zonder kennis van de accounts die overledene had en de bijbehorende inloggegevens. Waar het betaalde diensten betreft (zoals bijvoorbeeld muziek- en videostreaming abonnementen, internetaansluiting) zal het uitblijven van betaling leiden tot beëindiging van de overeenkomst en verwijdering van de account.

Aangezien het om een zeer bescheiden probleem gaan, lijkt het niet opportuun om hiervoor aparte regelgeving te maken die de taken van het RVB wat betreft digitale nalatenschappen nader bepaalt. Als aanbieders van onbetaalde diensten bovendien de persoonsgegevens van overleden accounthouders blijven beveiligen en bij langere tijd van inactiviteit verwijderen, zal het risico dat gevoelige informatie ‘verweesd’ achterblijft beperkt zijn.

4.5 Conclusies

Hoewel er nog maar weinig onderzoek is gedaan naar de mate waarin mensen zich bewust zijn van hun digitale nalatenschap, van de juridische implicaties daarvan en de noodzaak om maatregelen te treffen zodat erfgenamen de afwikkeling kunnen doen, rijst wel de indruk dat maar weinig mensen hier actief mee bezig zijn. Dat gebrek aan bewustzijn bij gebruikers en daarmee ook gebrek aan informatie bij erfgenamen bemoeilijkt de afwikkeling van digitale nalatenschappen. De hoeveelheid accounts en de diversiteit aan methodes en tools om op te zeggen, op te vragen of over te nemen maakt het voor de erfgenamen niet overzichtelijker. De privacy-paradox, waarvan het aannemelijk is dat deze ook geldt bij digitale nalatenschappen, houdt in dat als gebruikers zich al zorgen maken over wat er met hun informatie gebeurt bij overlijden, ze niet daadwerkelijk actie ondernemen om daar controle over te krijgen of houden.

Wel is duidelijk dat professionele dienstverleners de behoefte aan oplossingen onderkennen. Steeds meer aanbieders ontwikkelen diensten die het mensen mogelijk maken om vooraf bepaalde aspecten van hun digitale nalatenschap te regelen, en die erfgenamen helpen bij de afwikkeling. Ook wat betreft informatievoorziening over digitale nalatenschappen is er inmiddels een veelheid aan bronnen, via notariaat, uitvaartsector, consumentenorganisaties etc. Het lijkt dus primair een kwestie van tijd voordat de gemiddelde burger zich bewust raakt van het belang om tijdig maatregelen te nemen en daarbij ook een scala aan diensten kan inschakelen.

Het is wel van belang dat de diensten opereren binnen het Nederlandse erfrecht. Online ‘testamenten’ en codicillen die ook legaten bevatten die daarin volgens de Nederlandse wet niet kunnen worden opgenomen, leiden tot nietige akten. Gebruikers kunnen daardoor in de veronderstelling zijn dat zij alles goed hebben geregeld voor de tijd dat zij er niet meer zijn, maar dat blijkt dan achteraf niet zo te zijn.

5 Grensoverschrijdende aspecten

Kenmerkend aan het landschap van digitale media-, communicatie- en ICT-diensten is dat Nederlandse gebruikers in overwegende mate diensten gebruiken van buitenlandse aanbieders. Het internationaal privaatrecht geeft voor internationale gevallen regels omtrent de bevoegde rechter (rechtsmacht, jurisdictie), het op een privaatrechtelijke rechtsverhouding toepasselijk recht (conflictenrecht). Uit de analyse van de gebruiksvoorwaarden blijkt dat deze vaak een bepaling bevatten waarin zowel het bevoegde gerecht als het toepasselijk recht wordt aangewezen. Doorgaans zijn dat de (vreemde) rechter en het recht van de staat waar de aanbieder is gevestigd. In hoeverre het dienstenaanbieder vrijstaat het toepasselijk recht te bepalen –dat dan in beginsel ook beslissend is voor de vraag of bepaalde voorwaarden die relevant zijn bij overlijden van de gebruiker rechtsgeldig zijn— behandelen we kort. Daarnaast komt aan de orde wat de positie is van erfgenamen in het licht van forumkeuzes gemaakt in het kader van de overeenkomsten die de erflater aanging met dienstenaanbieder. Dwingt hen dat er altijd toe om in het buitenland te moeten procederen, of stelt het IPR daar grenzen aan?

Van een geheel andere orde is het vraagstuk van specifiek erfrechtelijk internationaal privaatrecht. Daar gaat het om de vraag welk erfrecht van toepassing is en welke rechter bevoegd is om in erfrechtelijke zaken met grensoverschrijdende aspecten uitspraken te doen. De hoofdlijnen van het (EU) stelsel ter zake worden geschetst. Met een zogeheten verklaring van erfrecht kunnen erfgenamen hun positie aantonen bij dienstenaanbieder. De vraag is onder welke omstandigheden deze verklaring van erfrecht in het buitenland erkend wordt. Dit komt aan de orde in 5.2.

5.1 Overeenkomst: toepasselijk recht en bevoegde rechter

Erfgenamen volgen de overledene op als partij bij de gebruiksovereenkomst. Zoals duidelijk wordt uit de analyse van hoofdstuk 2, komt het geregeld voor dat Terms of Service bepalen dat de overeenkomst eindigt bij overlijden. Vanuit dat perspectief hebben erfgenamen er belang bij om te weten of er inderdaad sprake is van rechtsgeldige beëindiging. Om dat te kunnen beoordelen moet bekend zijn welk recht de overeenkomst beheerst. Ook waar de overeenkomst niet eindigt, hebben erfgenamen er vanzelfsprekend belang bij om te weten welk recht deze beheerst. Mocht er een geschil ontstaan, dan is verder van belang te weten welke rechter(s) internationale rechtsmacht hebben.

5.1.1 Toepasselijk recht

De regels inzake toepasselijk recht zijn opgenomen in de EU ‘Rome I’ verordening inzake het recht dat toepasselijk is op verbintenissen uit overeenkomst.¹⁹² Deze verordening heeft zogenaamde universele werking, hetgeen wil zeggen dat het op basis van de verordening te bepalen toepasselijk recht geldt, ongeacht of dit het recht is van een lidstaat of een derde staat, bijv. het recht van een Amerikaanse staat (art. 2 Rome I). In het navolgende komen de belangrijkste regels aan de orde, waarbij uitgangspunt is dat sprake is van een consumentenovereenkomst en de situatie waarin een in Nederland woonachtige consument (hier gewone verblijfplaats hebbend) een overeenkomst heeft met een in het buitenland gevestigde partij, waarbij de dienst ook wordt geleverd in Nederland.¹⁹³

Ingevolge artikel 3 kunnen partijen zelf het toepasselijk recht aanwijzen. Dit aangewezen recht is dan in beginsel bij uitsluiting van ander recht toepasselijk. Zoals we in hoofdstuk 2 gezien hebben, bevatten veel gebruiksvoorwaarden een expliciete keuze voor het recht van de plaats waar de dienstenaanbieder is gevestigd.

¹⁹² Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEU 2008, L 177.

¹⁹³ De bijzondere regels voor consumentenovereenkomsten gelden als: ‘de verkoper zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, of b) dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op dat land of op verscheidene landen, met inbegrip van dat land’ (art. 6 lid 1 Rome I).

Wat betreft consumentenovereenkomsten —vrijwel elke overeenkomst in dit onderzoek is als zodanig te karakteriseren— is er een belangrijke beperking. De consument kan zich ongeacht het overigens toepasselijke recht beroepen op de dwingendrechtelijke normen van het recht van de gewone verblijfplaats (art. 6 lid 2 Rome I); deze bescherming van in Nederland o.a. afdeling 6.5.2B BW kan de dienstenaanbieder dus niet via een rechtskeuze omzeilen. De rechtskeuze zal doorgaans expliciet zijn gemaakt, maar ook een impliciete keuze is toegestaan, die moet dan wel duidelijk uit de bepalingen van de overeenkomst af te leiden zijn, of uit de omstandigheden van het geval.

Of de rechtskeuze (en de overeenkomst als geheel) formeel geldig is, moet bepaald worden aan de hand van het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, d.w.z. Nederlands recht (art. 11 lid 4 Rome I). Of de rechtskeuze materieel geldig is, dient in beginsel beantwoord te worden aan de hand van het aangewezen recht (art. 10 Rome I). Het staat dienstenaanbieders dus in beginsel vrij om via standaardvoorwaarden een rechtskeuze voor het recht van het eigen land op te leggen. Deze vrijheid is niet onbeperkt. Zo'n beding kan mogelijk 'het evenwicht tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoren', waardoor het een vernietigbaar oneerlijk beding kan zijn.¹⁹⁴ Wekt een rechtskeuzebepaling bijv. in de voorwaarden de indruk dat de consument geen beroep kan doen op dwingende bepalingen van het 'thuisrecht', dan is sprake van zo'n oneerlijk beding (zie over onredelijke bedingen verder 3.7 hierboven).¹⁹⁵

Bij gebreke aan een rechtskeuze, geeft de Rome I verordening een cascade aan aanknopingspunten, afhankelijk van het type overeenkomst. Voor de consumentenovereenkomst geldt dat het recht van de woonplaats van de consument toepasselijk is, als tenminste de wederpartij daar ofwel de relevante commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit, ofwel zijn commerciële activiteiten (ook) richt op dat land. Dit laatste criterium brengt veel buitenlandse aanbieders onder bereik van de Nederlandse wet. Het 'richten op' kan er o.a. in bestaan dat de diensten via internet ook aan inwoners van Nederland worden aangeboden, wat bijvoorbeeld kan blijken uit de bestelmogelijkheden, het gebruikte country level domein (gTLD) '.nl', of de taal van een website of app.

Wordt niet aan de voorwaarden van artikel 6 voldaan, dan gelden de algemene regels. Deze zijn voornamelijk gericht op de woonplaats van de partij die de kenmerkende prestatie moet leveren, en dat is niet de partij die de betaling verricht of 'betaalt' met persoonsgegevens. Betreft het de koop van goederen, zoals boeken of muziek op een gegevensdrager, dan is het toepasselijk recht dat van de vestigingsplaats van de verkoper. Betreft het diensten, zoals de digitale mediadiensten, communicatiediensten en ICT-diensten die in dit onderzoek centraal staan, dan wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de dienstverlener zijn gewone verblijfplaats heeft (art. 4 lid 1 sub a resp. b Rome I). Bieden ook deze regels geen duidelijke oplossing, dan moet bepaald worden welke prestatie kenmerkend is voor de overeenkomst, en knoopt men aan bij het recht van de woonplaats van die partij. In de meeste gevallen zal dus echter sprake zijn van een consumentenovereenkomst, en zal sprake zijn van een rechtskeuze voor vreemd recht, die 'getemperd' wordt door dwingend Nederlands recht waarop de consument zich kan blijven beroepen.

5.1.2 Bevoegde rechter

Wat betreft de bevoegde rechter is de Brussel I bis verordening het belangrijkste instrument.¹⁹⁶ Deze geeft regels voor rechtsmacht in burgerlijke en handelszaken (uitgezonderd erfenissen en testamenten, zie nader hieronder). De Brussel I bis verordening heeft alleen betrekking op rechterlijke procedures waar de

¹⁹⁴ Hof van Justitie 28 juli 2016, zaak C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon).

¹⁹⁵ Spanjaard 2016, p. 118–121.

¹⁹⁶ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PbEU 2012/ L 351 (Brussel I bis). De oorspronkelijke verordening wordt in de Nederlandse literatuur en rechtspraak ook wel aangeduid als 'EEX-Verordening'.

verweerder woonplaats heeft in een EU-lidstaat.¹⁹⁷ Voor bijvoorbeeld Amerikaanse bedrijven die geen vestiging hebben van waaruit men met Nederlandse inwoners zakendoet, geldt het commune Nederlandse IPR zoals neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, titel 1. Deze volgt wat betreft hoofdregels en bepalingen voor consumentenovereenkomsten grotendeels Brussel I bis, en zullen we hier niet nader behandelen.¹⁹⁸ In de analyse van gebruikersvoorwaarden hebben we gezien dat bijvoorbeeld grote platforms wel gebruik maken van een Europese vestiging in de relatie met consumenten in Nederland. Zo is blijkens de voorwaarden van YouTube, YouTube Ireland de dienstverlener, ook TikTok contracteert via Ierland. Ook Facebook handelt via de Ierse vestiging en wijst –naast de op grond van EU recht d.w.z. Brussel I bis bevoegde rechter-- de Ierse rechter als (alternatief) bevoegd aan.

Hoofddregel van Brussel Ibis verordening is dat de rechter van de woonplaats van de verweerder bevoegd is (art. 4 Brussel Ibis). Parallel aan wat de Rome I verordening voor de consumentenovereenkomst bepaalt inzake het toepasselijk recht, is de rechter van de woonplaats van de consument bevoegd in geschillen daarover (art. 17 Brussel I bis). Daarenboven heeft de consument de keuze om ofwel naar de rechter van de eigen woonplaats, of naar de rechter van de woonplaats van de wederpartij te stappen. De informatiedienstenaanbieder die met Nederlandse consumenten zakendoet kan echter alleen bij de Nederlandse rechter geschillen aanbrengen die betrekking hebben op de overeenkomst (art. 18 lid 2 Brussel Ibis). Partijen kunnen wel een forumkeuze doen, maar daarmee kan -kort gezegd- de consument niet beperkt worden in de mogelijkheid om naar de ‘eigen’ rechter te gaan. De forumkeuzeclausules die in de algemene voorwaarden van bepaalde aanbieders voorkomen en een (exclusieve) bevoegdheid beogen te creëren voor bijvoorbeeld de Ierse rechter, zijn dus niet afdwingbaar.

5.2 De erfenis: toepasselijk recht en bevoegde rechter

In het geval er internationale aspecten verbonden zijn aan een erfenis, bijvoorbeeld omdat de erflater die in Nederland woont, een buitenlandse nationaliteit heeft, of omdat de erflater ook goederen buiten Nederland bezit (zoals digitale tegoeden), dan hebben wij te maken met de Europese Erfrechtverordening die van toepassing is op alle internationale nalatenschappen waarvan de erflater is overleden op of na 17 augustus 2015.¹⁹⁹ In de Erfrechtverordening wordt geregeld welke rechter bevoegd is om geschillen rond de internationale nalatenschap te beslechten. Verder wordt geregeld welk recht van toepassing is op de nalatenschap en haar afwikkeling. Ook wordt de mogelijkheid gecreëerd om een Europese verklaring van erfrecht af te geven. Ook de erkenning van rechterlijke beslissingen en van een Europese erfrechtverklaring is een andere lidstaat wordt geregeld.

De Europese Erfrechtverordening geldt voor alle lidstaten van de EU met uitzondering van Denemarken en Ierland. De verordening heeft universele werking, en is dus ook van toepassing als het toepasselijk recht dat is van een niet-lidstaat, zie art. 20 Erfrechtverordening.

De erkenning en tenuitvoerlegging van Nederlandse erfrechtbeslissingen in landen die niet zijn aangesloten bij de erfrechtverordening, wordt geregeld in de nationale wetgevingen van de desbetreffende lidstaat.

¹⁹⁷ Voor landen in de EER gelden vergelijkbare normen op grond van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, 30 oktober 2007, PbEU 2007, L 339/3 (Verdrag van Lugano).

¹⁹⁸ Vgl. art. 2: woonplaats verweerder, art. 4 sub d bevoegdheid t.a.v. in Nederland woonachtige consument, art. 8 (1) rechtskeuze door partijen (die echter niet dezelfde beperking kent ten gunste van de consument als Brussel I bis).

¹⁹⁹ Verordening (EU) nr. 650/2012 (‘Erfrechtverordening’), PbEU 2012, L 201/107.

5.2.1 Toepasselijk recht

Op de nalatenschap is volgens art. 21 lid 1 Erfrechtverordening in beginsel het recht van de laatste gewone verblijfplaats van de erflater van toepassing.²⁰⁰ De erflater heeft op grond van art. 22 erfrechtverordening de mogelijkheid om in zijn testament²⁰¹ expliciet of impliciet het recht aan te wijzen van de staat, waarvan hij op het tijdstip van de rechtskeuze of op het tijdstip van overlijden de nationaliteit bezit. Een persoon die meer dan één nationaliteit bezit, kan het recht kiezen van een van de staten waarvan hij op het tijdstip van de rechtskeuze de nationaliteit bezit.

De rechtskeuze omvat steeds – net als het door art. 21 Erfrechtverordening aangewezen recht – de hele nalatenschap van de erflater, dus inclusief de onroerende goederen die daartoe behoren en ook eventuele digitale vermogensbestanddelen.

Deze aldus aangewezen erfwet beheerst volgens art. 23 van de Erfrechtverordening niet alleen de vraag wie erfgenaam is, wat hij in een testament mag zetten (bijvoorbeeld mag hij zijn echtgenoot en/of de kinderen onterven), of de kinderen bij onterving recht hebben op een legitieme portie, en de aansprakelijkheid voor schulden van de nalatenschap, maar ook de afwikkeling van de nalatenschap. Als er bijvoorbeeld een executeur in het testament is benoemd, dan valt deze kwestie ook onder de toepasselijke erfwet. Ook de in het Nederlandse erfrecht voorkomende wettelijke verdeling valt onder de afwikkeling van de erfenis.

Omdat het interne erfrecht van de aangesloten lidstaten niet is geharmoniseerd, kan het voorkomen dat een bepaalde rechtsfiguur uit de erfwet niet bestaat in een lidstaat waar zich een vermogensbestanddeel van de nalatenschap bevindt. In dat geval wordt gezocht naar hetgeen er het dichtst bij in de buurt komt in het land waar het goed is gelegen. Als bijvoorbeeld een *executor* naar Iers recht is aangewezen, die volgens het Ierse recht eerst de nalatenschap in beheer krijgt voordat de goederen aan de erfgenamen worden afgegeven, dan kan deze persoon in Nederland worden aangemerkt als executeur. Dat is niet precies hetzelfde, omdat naar Nederlands recht de erfgenamen direct eigenaar worden van de nalatenschap door het overlijden (*saisine*) terwijl dat naar Iers recht niet zo is, maar dit komt het dichtst in de buurt bij de Ierse *executor*.²⁰²

5.2.2 Bevoegde rechter

Artikel 4 e.v. Erfrechtverordening geeft de regels over de rechterlijke bevoegdheid in erfrechtelijke kwesties. De hoofdregel is dat de rechters in die lidstaat bevoegd zijn waar de erflater op het tijdstip van overlijden zijn gewone verblijfplaats had. De erflater kan geen keuze maken voor de gerechten van een andere staat; die mogelijkheid hebben betrokken partijen bij de forumkeuzeovereenkomst wel na diens overlijden, maar deze keuze is beperkt tot de rechter van het land waarvan de erflater overeenkomstig art. 22 Erfrechtverordening het recht heeft gekozen; zie art. 5 Erfrechtverordening en considerans bij de verordening nr. 28. De achtergrond van deze beperkte forumkeuze is dat op die wijze bewerkstelligd wordt dat de rechter zijn eigen recht kan toepassen. Een en ander is uitgewerkt in art. 6 e.v. Erfrechtverordening. Wanneer volgens art. 4 e.v. Erfrechtverordening geen enkele rechter in een van de lidstaten bevoegd zou zijn om over de

²⁰⁰ Lid 2 geeft als uitzondering dat als uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat de erflater op het tijdstip van overlijden een kennelijk nauwere band had met een andere staat dan de staat van welke het recht op grond van lid 1 van toepassing zou zijn, het recht van die andere staat op de erfopvolging van toepassing is. Dit betreft bijvoorbeeld expats waar de verhuizing terug naar de staat van herkomst is verhinderd door een vroegtijdig overlijden voordat het dienstverband is geëindigd.

²⁰¹ Voor Nederland wordt de vraag welk recht de vorm van het testament beheerst, niet beantwoord door de erfrechtverordening maar door het Haags testamentsvormenverdrag 1961, Trb. 1980, 54.

²⁰² Deze werkwijze noemt men ‘aanpassing’ in het internationaal privaatrecht. Hier wordt ook gebruik van gemaakt als bepaalde eigendomsvormen in de openbare registers moeten worden ingeschreven die volgens het land van ligging van de onroerende zaak niet bestaan en daarom ook niet kunnen worden ingeschreven. Dan wordt een recht ingeschreven dat het meest lijkt op het oorspronkelijke recht.

erfrecht kwestie te oordelen, dan geeft art. 11 Erfrechtverordening een vangnet-bevoegdheid (*forum necessitatis*).

5.3 Europese verklaring van erfrecht

In art. 62 e.v. van de Europese Erfrechtverordening wordt de mogelijkheid geopend om een Europese erfrechtverklaring (EVE) af te geven. Het voordeel van een EVE boven een nationale verklaring van erfrecht is dat de EVE zonder verdere procedure erkend wordt in de andere lidstaten, zie art. 69 lid 1 Erfrechtverordening. De verklaring moet in een uitgebreid formulier worden ingevuld dat in alle talen van de lidstaten verkrijgbaar is zodat de ontvanger makkelijk het overzicht kan verkrijgen. Daarin staat zoveel mogelijk informatie over de erflater en de erfgenamen, maar ook of er een executeur of een bewindvoerder is aangesteld in het testament en welke bevoegdheden hem toekomen. De EVE kan ook alleen een verklaring van executele bevatten, zodat deze ook al kan worden afgegeven als nog niet alles over de erfgenamen bekend is. De executeur die naar Nederlands recht tijdens zijn werkzaamheden privaat de erfgenamen vertegenwoordigt, kan dan alvast beginnen met het beheer van de nalatenschap en opeisbare schulden betalen, omdat hij aan derden door middel van die verklaring kan aantonen dat hij het beheer over de nalatenschap heeft. De EVE is zes maanden geldig na afgifte. Indien nodig, kan daarna een nieuwe EVE worden afgegeven. In Nederland is een notaris bevoegd om een EVE af te geven als hij voldoet aan art. 64 Erfrechtverordening, dat verwijst naar de gerechtelijke bevoegdheid in erfrecht kwesties in art. 4 e.v. Erfrechtverordening, zie hieronder.

In internationale gevallen kan een Nederlandse notaris desgevraagd ook een nationale (Nederlandse) verklaring van erfrecht afgeven, ook al mag hij in deze casus geen EVE afgeven, zo is af te leiden uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.²⁰³ Het voordeel van een nationale verklaring van erfrecht is dat haar geldigheidsduur onbeperkt is. Bovendien is het opmaken ervan vaak veel minder werk en daardoor ook veel minder kostbaar dan een EVE. Een Nederlandse verklaring van erfrecht kan in de andere lidstaten bij de verordening eventueel wel worden erkend omdat het een authentieke akte is, zie art. 59 verordening.²⁰⁴ Na toestemming van de autoriteiten van het land van bestemming kan een dergelijke akte in een andere lidstaat worden erkend en heeft zij daar een vergelijkbare werking als in het land van oorsprong.

5.4 Erkenning en tenuitvoerlegging rechterlijke beslissingen in erfrechtzaken

Volgens art. 39 Erfrechtverordening worden rechterlijke beslissingen uit de ene lidstaat zonder procedure erkend in de andere lidstaten. Wanneer zich goederen van de nalatenschap buiten de lidstaten bevinden, bijvoorbeeld in de V.S., dan kan op verzoek van een van de partijen de rechter zijn procedure beperken en die goederen erbuiten laten, als zijn oordeel in dat derde land toch niet wordt erkend en ten uitvoer kan worden gelegd, zie art. 12 Erfrechtverordening.

5.5 Conclusies

Vanuit het perspectief van in Nederland woonachtige consumenten hebben de regels rond toepasselijk recht en bevoegde rechter bij verbintenissen uit overeenkomst, tot gevolg dat consumenten overwegend

²⁰³ HvJ EU 21 juni 2018, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485 (Oberle, Duitsland); HvJ EU 23 mei 2019, C-657/17, ECLI:EU:C:2019:444 (Sąd Okręgowy, Polen); HvJ EU 16 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:569 (E.E., Litouwen). Zie over de eerste twee uitspraken ook het artikel van Lhoëst 2020, met verdere literatuurverwijzingen. De Nederlandse notaris mag nationale verklaringen afgeven ook als hij niet bevoegd is om een EVE af te geven, omdat hij geen 'gerecht' is in de zin van de verordening.

²⁰⁴ HvJ EU 16 juli 2020, zaak C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569 (E.E., Litouwen).

een beroep kunnen doen op Nederlandse regels van dwingend recht, en altijd toegang heeft tot de Nederlandse rechter. Ook wat betreft erfrecht, zal doorgaans Nederlands recht van toepassing zijn, en is de Nederlandse rechter bevoegd. De Europese verklaring van erfrecht vergemakkelijkt het erfgenamen of executeur om in lidstaten aan te tonen dat zij het beheer over digitale bezittingen kunnen voeren.

6 Aanpak in andere landen

Zoals in onderdeel 3.8.3 hierboven beschreven, was er bij de totstandkoming geen consensus onder EU lidstaten of de regels van de Algemene Verordening Gegevensbescherming geheel of gedeeltelijk van toepassing zouden moeten blijven als personen overleden zijn. Onder lidstaten is er grote variatie in hoe er met de beleidsruimte die de AVG hier biedt wordt omgegaan. Een aanzienlijk deel van de lidstaten heeft niets bepaald over de ‘extended’ toepasselijkheid van de AVG. Voor de landen die wel speciale regels in de nationale implementatiewet hebben opgenomen t.a.v. de toepasselijkheid van de AVG op overledenen, is het beeld erg divers (vergelijk ook de kenmerken per land beschreven in de Bijlagen). Bovendien zijn de oplossingen met betrekking tot de digitale nalatenschap niet overal geënt op de AVG rechten en plichten, maar in een andere juridische context. Hoofdstuk 6.1 analyseert welk type oplossingen lidstaten hebben gekozen en beschrijft wat meer in detail de situatie in Frankrijk, Italië en Duitsland. Frankrijk kent een op de AVG gebaseerde zeer uitgebreide regeling, en Italië al langer bestaand maar meer beperkt systeem dat wel uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid dat erfgenamen of derden de belangen van de overleden persoon behartigen. Duitsland is interessant omdat daar een algemeen persoonlijkheidsrecht wordt erkend, het een sterke traditie heeft op het gebied van gegevensbescherming maar juist in rechtspraak de erfrechtelijke benadering voorop stelt.

Ondanks dat Amerikaans en Australisch recht verder af staan van het Nederlandse erfrecht, vermogensrecht en o.a. privacyrecht dan dat van veel EU lidstaten, is het toch interessant om de initiatieven die daar zijn genomen te beschrijven. Zowel in de V.S. als in New South Wales (Australië) is er de afgelopen jaren model wetgeving ontwikkeld, die met zoveel mogelijk respect voor bestaande wetgeving probeert de rechtsonzekerheid rond digitale nalatenschappen te adresseren. De keuzes die daar zijn gemaakt, zijn veel generieker en anders opgezet dan de meer op privacyrecht geënte oplossingen in verschillende EU landen. In onderdeel 6.2 bespreken we de inhoud en achtergrond van de voorgestelde regelingen daarom kort. Het hoofdstuk sluit af met enkele concluderende observaties (6.3).

6.1 EU lidstaten

Afgaand op de implementatiedossiers van de Algemene Verordening Gegevensbescherming heeft een meerderheid van de lidstaten de AVG niet (deels) van toepassing verklaard op de persoonsgegevens van overledenen (o.a. België, Nederland, Duitsland, Polen, Finland). Litouwen heeft ook expliciet in de nationale implementatiewet opgenomen dat de AVG en bijbehorende implementatiewet juist niet van toepassing zijn op overleden personen. Van de landen die wel gekozen hebben voor het afwijken van de hoofdregel dat de AVG niet van toepassing is, verschillen de benaderingen aanzienlijk. Grofweg zijn deze in te delen als volgt:

- De overledene mag bij leven aangeven wat er na overlijden met de verwerkte persoonsgegevens gebeurt (Frankrijk);
- De AVG blijft van toepassing tot een bepaald aantal jaar na overlijden (Denemarken en IJsland);
- Bepaalde AVG-rechten (m.n. het recht van inzage, rectificatie en/of verwijdering) kunnen worden uitgeoefend door nabestaanden (Bulgarije, Hongarije, Italië, Slovenië, Portugal, Spanje)
- Nabestaanden mogen gedurende een beperkt aantal jaren na overlijden toestemming geven voor de verwerking van persoonsgegevens van de overledene (Estland en Slowakije).
- De verwerkingsverantwoordelijke moet de verwerkte persoonsgegevens van een overleden betrokkene voldoende beveiligen (Ierland).

Bij de bespreking van de rechten en plichten in de AVG in 3.8 kwamen deze typen oplossingen al even aan de orde. In het navolgende wordt de regeling Frankrijk en Italië nader beschreven. Duitsland heeft geen

speciale regeling rond toegang tot persoonsgegevens, maar wel ‘landmark’ arresten van het *Bundesgerichtshof* over de rechten van erfgenamen op toegang tot social media accounts. Voor een kort overzicht van de in andere lidstaten getroffen regeling wordt verwezen naar de Bijlagen bij dit rapport.

6.1.1 Frankrijk

De Franse wetgever heeft ervoor gekozen om te voorzien in specifieke regels ten aanzien van de doorwerking van de AVG op de persoonsgegevens van overledenen. Hoofdstuk V van de Franse implementatiewet zet uiteen in welke mate de AVG van toepassing is op dergelijke persoonsgegevens. Kort gezegd wordt bepaald dat de rechten van de betrokkene in principe uitdoven bij overlijden (Art. 84 Franse implementatiewet). Enkel in de situaties uiteengezet in Artikel 85 van de implementatiewet kunnen deze rechten alsnog blijven gelden voor een bepaalde periode. Dit artikel stelt de autonomie van de persoon voorop.

Elke persoon kan aangeven hoe de persoonsgegevens na overlijden dienen te worden bewaard, verwijderd of gecommuniceerd. Deze aanwijzingen kunnen betrekking hebben op alle rechten die aan de betrokkene toegekend worden in de Franse implementatiewet (m.n. inzage, rectificatie, gegevenswissing, beperking, gegevensoverdraagbaarheid, verzet), behoudens uitzonderingen voor openbare archieven. Verwerkingsverantwoordelijken kunnen deze rechten niet contractueel beperken en de betrokkene moet de richtlijnen ook te allen tijde kunnen aanpassen of intrekken. De betrokkene kan iemand aanwijzen die de richtlijnen kan uitvoeren na overlijden. Wanneer dit niet is gebeurd, en tenzij anders vermeld, gaan de richtlijnen over op de erfgenamen. De aanwijzingen kunnen algemeen zijn, aldus de wet, of heel specifiek.

Algemene richtlijnen kunnen door de betrokkenen worden gespecificeerd voor het geheel van persoonsgegevens. Dit kan vastgelegd worden bij een derde vertrouwenspersoon (*un tiers de confiance numérique*), gecertificeerd door de autoriteit gegevensbescherming (en ingeschreven in een daartoe bestemd register, goedgekeurd door de *Conseil d'État*). Specifieke richtlijnen hebben betrekking op welbepaalde verwerkingen en moeten worden geregistreerd door de respectievelijke verwerkingsverantwoordelijke. Deze richtlijnen zijn aan specifieke toestemming onderworpen en kunnen niet voortvloeien uit de toestemming met de algemene gebruiksvoorwaarden van de verwerkingsverantwoordelijke.

Indien de overledene geen richtlijnen achterliet, mogen de erfgenamen welbepaalde rechten (m.n. inzage, rectificatie, gegevenswissing, beperking, gegevensoverdraagbaarheid, verzet) uitoefenen, enkel wanneer noodzakelijk voor de afwikkeling van de nalatenschap of het informeren van de verwerkingsverantwoordelijke over wat er met accounts moet gebeuren.

Wat betreft de afwikkeling van de nalatenschap, kunnen erfgenamen toegang krijgen tot verwerkingen van persoonsgegevens teneinde de nodige informatie te vinden en de erfenis af te wikkelen en te verdelen. De Franse AVG-implementatiewet stelt ook dat erfgenamen tevens ‘digitale goederen’ of gegevens die betrekking hebben op familie herinneringen kunnen verkrijgen, indien deze vatbaar zijn voor overgang op erfgenamen. Ook kunnen erfgenamen de account van de overledene laten afsluiten, zich verzetten tegen verdere verwerkingen van de respectievelijke persoonsgegevens, of deze laten updaten. De verwerkingsverantwoordelijke kan door erfgenamen gevraagd worden om te bewijzen de nodige stappen ondernomen te hebben. Facebooks memorial page vormt hier een type voorbeeld van, aldus de CNIL (de Franse gegevensbeschermingsautoriteit).²⁰⁵

Tenslotte verplicht de Franse implementatiewet aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten (zoals mobiele telefonie aanbieders, ISPs) om hun gebruikers op de hoogte te stellen van hun beschikbare persoonsgegevens bij overlijden, en hen de keuze te geven om die gegevens desgewenst aan een welbepaalde derde te communiceren.

²⁰⁵ CNIL, 2020.

In beginsel kunnen persoonsgegevens van overledenen wel vrij worden verwerkt voor onderzoek, studie of evaluatie met betrekking tot de gezondheid, behalve wanneer de betrokkene zich hier schriftelijk tegen verzet heeft (Art. 86).

Wanneer iemand zich geschaad acht door de verwerking van persoonsgegevens van een overledene, kan men naar de rechtbank stappen om reparatie te verkrijgen. Nabestaanden kunnen ook naar de rechtbank stappen wanneer de verwerking van persoonsgegevens de herinnering, reputatie of eer van de overledene aantast of hen op een andere wijze schaadt.²⁰⁶

Tenslotte kan ook nog verwezen worden naar de eerdergenoemde CNIL die op haar website duidelijk maakt dat nabestaanden in principe geen inzage mogen krijgen in het sociale media profiel van nabestaanden, daar het strikt persoonlijk is en onderworpen aan briefgeheim.²⁰⁷

6.1.2 Italië

In Italië bestond er voor de inwerkingtreding van de AVG al een bijzonder regime voor de verwerking van persoonsgegevens van overleden personen. Hoewel deze bepalingen niet als onduidelijk werden beschouwd, achtte de Italiaanse wetgever het alsnog noodzakelijk om ze te moderniseren in het kader van de AVG-implementatiewet. Het gaat dan met name over het expliciteren van de mogelijkheid van erfgenamen om bepaalde AVG-rechten uit te oefenen t.a.v. ‘diensten van de informatiemaatschappij’, hetgeen overigens een ruimer begrip is dan wat we in dit onderzoek onder informatiediensten verstaan.

Kort gezegd laat de implementatiewet toe dat de inzage- en andere controlerechten in de artikelen 15-22 AVG uitgeoefend mogen worden door derden met een eigen belang, alsook door derden ter behartiging van het belang van de overleden betrokkene of door familieleden van de overledene. Deze rechten kunnen *niet* uitgeoefend worden wanneer een wet dit verbiedt of de overleden betrokkene dit t.a.v. diensten van de informatiemaatschappij zelf expliciet heeft verboden. Dat verbod van de overledene moet dan wel ondubbelzinnig, vrij, geïnformeerd en specifiek zijn. Deze definitie van verbod is een spiegel van het toestemmingsvereiste zoals dat geldt bij de verwerking van persoonsgegevens. Dit verbod van de betrokkene mag echter geen schadelijke gevolgen hebben voor de eigendomsrechten van derden die voortvloeien uit de nalatenschap en het kunnen verdedigen van diens belangen voor een rechter.²⁰⁸

6.1.3 Duitsland

Duitsland kent in tegenstelling tot Italië en Frankrijk geen bijzondere regelgeving rond persoonsgegevens en digitale nalatenschappen. Wel is interessant dat de hoogste civiele rechter, het *Bundesgerichtshof*, in twee belangrijke uitspraken heeft beslist over juridische aspecten rond de toegang tot sociale media accounts door erfgenamen. In onderdeel 3.5.2 hierboven kwam de Facebook zaak al aan de orde, in verband met de door het *Bundesgerichtshof* voorgestane brievenanalogie.

Duitsland kent net als Nederland een systeem van rechtsopvolging onder algemene titel. Overlijdt de gebruiker van een social media account, dan worden diens erfgenamen partij bij de overeenkomst met de dienstverlener. In genoemde zaken wilde de moeder in haar hoedanigheid van erfgename, toegang tot de Facebook account van haar overleden minderjarige dochter. Hoewel de moeder beschikte over de inloggegevens, lukte inloggen niet meer omdat het account in een zogeheten ‘herdenktoestand’ was gezet.

Facebook weigerde toegang te geven, waarop de moeder met succes een rechtszaak voerde. In hoogste instantie oordeelde het *Bundesgerichtshof* dat Facebook verplicht was om de erfgenamen als rechtsopvolgers van de overledene toegang tot de account te geven, en te zorgen dat de informatie in de account (contacten, posts, etc.) bewaard bleef. Facebook had indertijd al een voorloper van de

²⁰⁶ CNIL 2020.

²⁰⁷ CNIL 2020.

²⁰⁸ Servizio Studi – Dipartimento Giustizia 2018.

‘herdenkingsstand’, maar naar Duits recht waren de policies daaromtrent geen onderdeel van de algemene voorwaarden en dus niet verbindend ten aanzien van erfgenamen.

Facebook verschaft uiteindelijk toegang door de complete inhoud van de account om te zetten in PDF formaat (14.000 pagina’s), en deze op een USB stick aan de erfgename over te dragen. De erfgename wilde echter toegang tot de account zelf, en niet alleen een kopie van de inhoud van de account, en vond dat Facebook niet aan het rechterlijk bevel had voldaan. Een verdere zaak volgde. In hoogste instantie kreeg klaagster gelijk.²⁰⁹ Als rechtsopvolgster onder algemene titel, mag de erfgename niet in een mindere positie gesteld worden dan de erflater. De erfgenaam moet dezelfde toegang krijgen en zich op dezelfde manier door de account en pagina’s kunnen bewegen als de overledene.

In deze zaak blijft buiten beschouwing of de erfgenamen ook *actief* gebruik moeten kunnen maken van de account, bijv. door nieuwe berichten te posten, vrienden te verwijderen e.d. In het oorspronkelijke geschil was dat punt buiten de rechtsstrijd gebleven. Facebook had aangevoerd dat het geven van toegang tot de online account negatieve gevolgen heeft voor de Facebookvrienden van overledene; zodra er wordt ingelogd verzendt het systeem automatisch berichten (o.a. dat de gebruiker weer actief is, felicitaties aan jarige vrienden, etc.). Hierover zegt het BGH dat Facebook door bijvoorbeeld de naam van de account aan te passen duidelijk kan maken dat het niet meer de oorspronkelijke gebruiker is die online is. Al eerder had het BGH geoordeeld dat de herdenkingsstand –die indertijd naar Duits recht dus geen onderdeel was van de gebruikersovereenkomst– te weinig functionaliteit heeft om te spreken van een gelijkwaardige positie voor erfgenamen en erflater. Als Facebook meent dat de erfgenamen niet gerechtigd zijn om de account actief te gebruiken kan ze hen vorderen dat niet te doen. Het Hof merkt op dat erfgenamen er geen blijk van hebben gegeven dit te willen doen, en er ook geen belang bij lijken te hebben. Het BGH laat overigens ook in het midden of het recht om de account actief te gebruiken (content te posten, vrienden toe te voegen etc.) zo hoogstpersoonlijk is dat het niet vererfbaar is. Dit aspect bleef buiten de rechtsstrijd.

Bezie men de overwegingen van het BGH rond de betrokken belangen, dan valt op dat het Hof vrij strikt de erfrechtelijke regels toepast in een digitale context, en met name de belangen van de erfgenamen in acht neemt. De belangen van derden partijen krijgen relatief weinig gewicht: zo zouden de ‘vrienden’ (sociale media contacten) van de overledene redelijkerwijs niet de verwachting mogen hebben dat als ze berichten sturen aan de houder dat die dan niet bij anderen terechtkomen (zoals ouders die kunnen inloggen, of erfgenamen die de beschikking krijgen over door de accounthouder uitgeprinte media). Zoals eerder uiteengezet in 3.5.2, behandelt het Hof de inhoud van social media accounts hetzelfde als persoonlijke papieren brieven, die immers ook door erfopvolging bij erfgenamen eindigen. Dit is een heel andere benadering dan degene die de Franse gegevensautoriteit voorstaat. Het is zoals wij hebben uiteengezet zeer de vraag of communicatie op sociale media kanalen wel op een lijn gesteld kan worden met ‘traditioneel’ briefverkeer; zowel in kwantitatief als kwalitatief opzicht gaat het om verschillende communicatievormen. Uit de benadering van Frankrijk, Italië en andere landen blijkt wel dat men voor digitale informatiediensten aanleiding ziet om regelingen te treffen waarbij het burgers makkelijker wordt gemaakt om bij leven reeds te bepalen hoe er met accounts moet worden omgegaan, en de toegang tot bepaalde communicatie door erfgenamen te beperken.

6.2 Common law landen

Het verbaast niet dat gezien de uitgebreide regelgeving in de EU op het gebied van gegevensbescherming, lidstaten aansluiting zoeken bij de AVG waar het de omgang met persoonsgegevens post-mortem betreft. In andere landen waar een dergelijk kader ontbreekt, doet een meer generieke regeling opgeld. Hierbij zij opgemerkt dat er ook op het gebied van vermogens- en erfrecht aanmerkelijke verschillen zijn tussen jurisdicties. Dit ziet men terug in de terminologie en onderliggende concepten in *Digital records acts*.

²⁰⁹ BGH 27.08.20, II ZB 30/20, ECLI:DE:BGH:2020:270820BIII:ZB30.20.0. Zie over de eerdere BGH uitspraak Wüsthof 2018, p. 205-208.

6.2.1 V.S. — Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act

In de V.S. is nadat diverse staten uiteenlopende wetgeving introduceerden in het eerste decennium van deze eeuw, een modelwet ontwikkeld met als doel rechtseenheid te bevorderen. Dit is gedaan door de *Fiduciary Access to Digital Assets Committee* (FADAC), onderdeel van de onafhankelijke *Uniform Law Commission* (ULC) die op veel terreinen modelregelingen ontwerpt.²¹⁰ Dit heeft geleid tot de *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA) van 2014. Deze is al snel gewijzigd, na veel kritiek van de zijde van o.a. digitale burgerrechtenbewegingen die aankaartten dat er te weinig aandacht was voor privacybelangen van overledenen en anderen. De *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (RUFADAA) van 2015²¹¹ is of wordt inmiddels door veel staten omgezet in wetgeving.²¹²

De RUFADAA regelt de toegang tot de online accounts van een persoon wanneer deze komt te overlijden of deze account zelf niet langer kan beheren. Hiervoor kan dan een vertrouwenspersoon worden aangewezen. Deze heeft de plicht te handelen met het belang van de eigenaar voor ogen. Hiermee wordt de macht van deze ‘fiduciaries’ uitgebreid van enkel beheer van de fysieke nalatenschap, naar ook beheer van het digitaal bezit. Dit beheer wordt door de Act echter ook beperkt. Hoewel de fiduciary onder de RUFADAA het beheer krijgt over onder meer computerbestanden, webdomeinen en virtueel geld, krijgt deze niet noodzakelijkerwijs ook toegang tot elektronische communicatie zoals WhatsApp berichten, e-mails of sociale media profielen. Dat is enkel het geval indien de gebruiker hier bij leven expliciet toestemming voor heeft gegeven, of als de fiduciary hiervoor rechterlijke toestemming heeft (Section 7 RUFADAA).

Het effect van de RUFADAA is tweeledig. Enerzijds geeft de Act vertrouwenspersonen (‘fiduciaries’) de mogelijkheid digitaal bezit te beheren op vergelijkbare manier waarop zij fysiek en financieel bezit kunnen beheren. Ten tweede geeft de RUFADAA bewaarders (‘custodians’) van digitaal bezit, dat zijn in de context van ons onderzoek de dienstverleners, de mogelijkheid om met de vertrouwenspersonen van hun gebruikers afspraken te maken, terwijl de redelijke verwachting van privacy van de gebruiker gewaarborgd blijft. Het overkoepelende doel is het faciliteren van fiduciaire toegang en openbaarmaking door de dienstverleners, terwijl de privacy en de intenties van de gebruiker door partijen gerespecteerd worden.²¹³ Daarmee is ook de rechtszekerheid gediend, en ondervangt deze regeling bovendien het probleem dat veel mensen niets regelen rond hun digitale nalatenschap, nu in dat geval de default van de RUFADAA van toepassing wordt verklaard. Zie hieronder meer. Een uniforme benadering die geldt in alle staten zou bovendien zorgen voor rechtszekerheid voor dienstverleners, gebruikers, erfgenamen/nabestaanden en rechters.²¹⁴

Regeling in het kort

De regeling is van toepassing op ‘digital assets’, digitale goederen/activa. Deze worden in Section 2 gedefinieerd als zijnde een ‘...electronic record in which an individual has a right or interest. The term does not include an underlying asset or liability unless the asset or liability is itself an electronic record’. Dit is een brede definitie die onder meer virtuele goederen uit games, foto’s, digitale muziek, maar ook klantenlijsten kan omvatten.²¹⁵ In de toelichting wordt genoemd dat RUFADAA dus toepasbaar is op alle typen digitale documenten die nu bestaan en die nog ontwikkeld zullen worden. Het gaat om informatie die digitaal is opgeslagen, onder meer informatie opgeslagen op de computer van de gebruiker of op een

²¹⁰ Watkins 2014, p. 197.

²¹¹ National Conference of State Legislatures 2020.

²¹² Ibid.

²¹³ Uniform Law Commission, p. 1.

²¹⁴ Ibid, p. 1-2.

²¹⁵ Ibid, p. 1.

andere device, content die door de gebruiker is geüpload naar een website, of rechten in digitaal eigendom. Bovendien omvat het elektronische communicatie.²¹⁶

De regeling geeft allereerst bevoegdheden de eerdergenoemde fiduciary die handelt op grond van een taak toebedeeld via een testament of onder volmacht ('fiduciary acting under a will or power of attorney'). Daarnaast een persoonlijke vertegenwoordiger die handelt namens de overledene ('personal representative'), een curator ('conservatorship') of een bewindvoerder ('trustee').²¹⁷ Verder is deze van toepassing op de eerdergenoemde 'custodians', de dienstverleners.

Gebruikers mogen een zogenaamde 'online tool', bijvoorbeeld de memorial-optie van Facebook of de Inactiviteitsvoorkeuren-tool van Google zoals beschreven in 2.4, gebruiken om de 'custodian' te instrueren de digitale goederen te openbaren aan een gespecificeerde ontvanger, inclusief de inhoud van elektronische communicatie. Als deze aanwijzing in de online tool te allen tijde kan worden aangepast, gaat de laatste boven een (eerdere) aanwijzing in een testament of ander document.

Indien de gebruiker dit niet heeft aangegeven in een online tool of als de 'custodian' deze tool niet aanbiedt, kan de gebruiker in een testament of ander document aangeven (een deel van) de digitale goederen te delen met een vertrouwenspersoon. Een dergelijke aanwijzing gaat boven een tegengestelde bepaling in de algemene voorwaarden, die niet vereist dat de gebruiker bevestigend en afzonderlijk handelt ten opzichte van de instemming van de gebruiker met deze algemene voorwaarden.²¹⁸ Dit betekent dat een bepaling die enkel instemming vereist en geen actieve handeling van de gebruiker, wordt 'overruled' door een aanwijzing van deze gebruiker. Indien de gebruiker niets heeft bepaald, zijn de algemene voorwaarden van toepassing. Als deze niets vermelden zijn de default regels uit de RUFADAA van toepassing. Deze geven, afhankelijk van de soort *asset*, een bepaald niveau van toegang. Zo krijgt de *fiduciary* onbeperkt toegang tot bijvoorbeeld virtual currencies, maar slechts beperkt (op het niveau van metadata) toegang tot elektronische communicatie.

Belangrijk om te vermelden is dat de RUFADAA de rechten van de 'custodian' ten aanzien van de digitale goederen van de overledene onverlet laat en dat de vertrouwenspersoon niet meer rechten heeft dan de originele gebruiker.²¹⁹

Elektronische communicatie wordt onder de RUFADAA apart behandeld, als asset met een hoger beschermingsniveau. Voor het verlenen van toegang (disclosure) hiervan dienen namelijk extra documenten aangeleverd te worden, waaronder een geschreven verzoek, een kopie van de akte van overlijden en het eventuele testament of de volmacht indien geen gebruik is gemaakt van een online tool. Bovendien dient elke persoon een bewijs aan te leveren van diens bevoegdheid om dit aan te vragen, zoals een brief voor de persoonlijk vertegenwoordiger of een volmacht voor de fiduciary. Verder kan de custodian nog om aanvullende informatie vragen, zoals de gebruikersnaam of het adres van de overleden gebruiker.²²⁰ Voor andersoortige content is ingevolge Section 8 het testament, de volmacht of de tool niet nodig.

Om te zorgen dat het gehele proces integer verloopt zijn in Section 15 enkele plichten van de 'fiduciary' opgenomen. Deze heeft een zorgplicht, een loyaliteitsplicht en een geheimhoudingsplicht. Bovendien wordt benadrukt dat de RUFADAA niet afdoet aan de geldigheid van de algemene voorwaarden of het auteursrecht en andere (quasi)intellectuele eigendomsrechten, en dat de bevoegdheden niet gebruikt mogen worden om de overledene te imiteren.

6.2.2 Australië NSW

De wettelijk onafhankelijke *Law Reform Commission* rapporteerde op verzoek van de Australische deelstaat New South Wales over wenselijkheid en inhoud van (nadere) regelgeving op het gebied van *digital assets* na

²¹⁶ Ibid, p. 6.

²¹⁷ Section 3 RUFADAA (2015).

²¹⁸ Section 4 RUFADAA (2015).

²¹⁹ Section 5 RUFADAA (2015).

²²⁰ Section 7 RUFADAA (2015).

de dood.²²¹ In het onderzoek werd o.a. nationaal vermogensrecht, erfrecht, en privacyregulering betrokken.²²² De Law Reform Commission beveelt aan om een wettelijke regeling te treffen die voorziet in een getrappt systeem waarbij burgers ‘authorized persons’ kunnen aanwijzen die na overlijden toegang tot gegevens moeten kunnen krijgen bij dienstverleners. Daarbij wordt zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij bestaande regelgeving en beginselen op het gebied van o.a. erfrecht en vermogensrecht, zoals het beginsel dat de wil van de erflater zoveel mogelijk gerespecteerd wordt, maar ook dat het aanbieden van digitale diensten vrij blijft staan om in hun voorwaarden te bepalen welke aanspraken gebruikers hebben t.a.v. content en accounts.

De voorgestelde regeling is geïnspireerd op modelwetten uit Canada en de V.S. De regeling onderscheidt ‘digital records’ als overkoepelende categorie van ‘digital assets’. De laatste omvat bezit dat onderwerp is van (quasi) eigendomsrechten zoals auteursrecht en bepaalde financiële bezittingen. Records omvat een veelheid aan gegevens, waaronder accountinformatie, sociale media content, muziek, online speltegoeden of loyaltypunten (‘bonuspunten’), game avatars en e-book collecties. Het regime zou moeten gelden voor elke ‘houder’ van records, d.w.z. voor de dienstverlener die de gegevens opslaat en beheert. Alle soorten informatiediensten die wij in dit rapport behandelen vallen daaronder.

Regeling in het kort

Een gebruiker kan een of meerdere zogeheten *authorized person(s)*²²³ aanwijzen, die na overlijden kan beschikken over alle of bepaalde digital records. De overleden gebruiker kan zelf bepalen tot welke records de geautoriseerde persoon toegang heeft en hoe er over de gegevens beschikt kan worden. Bijvoorbeeld: dat de geautoriseerde persoon alleen een account met bijbehorende gegevens kan laten verwijderen of ook de gegevens uit de account kan opvragen, bewaren en/of delen. De wilsuiting kan gedaan worden bij formele uiterste wilsbeschikking (testament), in een informele wilsbeschikking²²⁴ maar ook door kennisgeving in een online tool, bijvoorbeeld aanwijzing van een ‘legacy’ contact in de tool die Facebook daarvoor heeft.

Zijn er tegenstrijdige aanwijzingen, dan geeft het voorstel als hiërarchie: de formele wilsbeschikking gaat boven een andere (informele) wilsbeschikking, en die gaat weer boven hetgeen de gebruiker heeft laten registeren bij de dienstverlener zelf. Doorgaans zal dat laatste via de instellingen van de gebruikersaccount lopen. Heeft de overledene een persoon aangewezen bij de dienstverlener, bijvoorbeeld als een legacy contact bij Facebooks accounts met herdenkingsstatus, dan kan deze persoon de bevoegdheden overigens wél uitoefenen zolang de bij wilsbeschikking aangewezen persoon daar niet tegen opkomt. Is er niet een specifiek persoon aangewezen bij wilsbeschikking of in een tool, dan is de executeur of beheerder van de nalatenschap de ‘authorized person’ die over digital records kan beschikken.²²⁵ Ook als de dienstenaanbieder in de gebruiksvoorwaarden uitdrukkelijk het verstrekken van inloggegevens aan andere personen verbiedt, zoals zeker bij digitale mediadiensten gebruikelijk is (zie 2.5.3 hierboven).

De aangewezen persoon heeft recht op toegang tot en kan beschikken over de gegevens, onverlet de toepasselijke fiduciaire plichten (van bijvoorbeeld executeurs-testamentair, gevolmachtigden), en overig toepasselijk recht. De ‘authorized person(s)’ worden ook beperkt door de bepalingen die voortvloeien uit een wilsbeschikking of uit de tool van de dienstenaanbieder. Bij het ontbreken van dergelijke bepalingen, heeft de persoon uitsluitend toegang met het oog op het beheer en de afwikkeling van de nalatenschap. Dienstenaanbieders kunnen echter de aangewezen persoon geen toegang weigeren met een beroep op bijvoorbeeld bepalingen in de gebruiksovereenkomst (inclusief algemene voorwaarden) die inzage na

²²¹ ‘Media release: Review of digital assets after death laws’, *NSW Government* 27 maart 2018.

²²² New South Wales Law Reform Commission 2019.

²²³ New South Wales Law Reform Commission 2019, recommendation 4.1.

²²⁴ In dat geval kan de dienstverlener verlangen dat de aangewezen persoon zijn of haar bevoegdheid (‘authority’) aantoont middels rechterlijk bevel, zie New South Wales Law Reform Commission 2019, recommendation 5.1.

²²⁵ Ibid §4.

overlijden uitsluiten, die het verstrekken van inloggegevens door de gebruiker aan derden verbieden, of die bepalen dat de overeenkomst eindigt bij overlijden.

In de systematiek van het NSW-voorstel zal er dus altijd een persoon zijn die toegang tot de records heeft, ook als de overledene niets heeft kenbaar gemaakt hieromtrent. De motivering voor deze oplossing is dat vrijwel iedereen digitaal bezit heeft, mensen nog weinig regelen maar dat het onwenselijk is dat digitaal bezit ‘verweesd’ achterblijft. De overledene kan overigens wel bepalen dat niemand toegang krijgt. Het voorstel maakt geen onderscheid naar soorten digitaal bezit: het geldt zowel voor (hoogst)persoonlijke informatie als bezit met economische waarde.

6.3 Conclusies

Bekijken we de situatie in de EU dan valt op dat er tot nu toe nauwelijks lidstaten zijn die vrij uitgebreide voorzieningen treffen rond de omgang met digitaal bezit bij overlijden. Waar dat wel gebeurt, zoals in Frankrijk en Italië, kiest men voor een model dat nauw aansluit bij de systematiek en het begrippenkader van het gegevensbeschermingsrecht. Nu is het zo dat het begrip ‘persoonsgegevens’ erg ruim is. Daardoor zullen er maar weinig aanbieders van media-, communicatie- of ICT-diensten zijn die niet via de band van het gegevensbeschermingsrecht, als verwerkingsverantwoordelijke, hun medewerking moeten verlenen erfgenamen toegang te verschaffen, of de wensen van overledene te respecteren. Aan de andere kant is de AVG een zeer complex instrument. De toegang tot accountgegevens en andere digitale inhoud verloopt zoals we gezien hebben ook via het erfrechtelijk beginsel van saisine en wordt daarenboven zwaar beïnvloed door contractuele voorwaarden. Vanuit dat perspectief is een generieke oplossing wellicht aantrekkelijker.

Zowel het Amerikaanse als het Australische model kenmerkt zich door het feit dat het een generieke regelingen is die op verschillende soorten ‘digital records’ betrekking heeft, waarbinnen digital assets dan het informatiebezit is waar de wet toegang toe regelt. Ook hanteren ze beiden een getrappt systeem waardoor er altijd een ‘authorized person’ is die toegang tot de digitale bezittingen van de overledene kan krijgen. De (laatste) wensen van de overledene staan voorop. In vergelijking met de Amerikaanse model law valt op dat het Australische voorstel geen prioriteit geeft aan wat de overledene bij de dienstenaanbieder heeft laten registreren. Hetgeen dat de overledene bij testament heeft bepaald, gaat voor op andersluidende aanwijzingen in tools, of wat in latere informele wilsbeschikkingen staat. Hieruit blijkt dat het bevorderen van rechtszekerheid een belangrijke plaats inneemt in het Australische voorstel; mogelijk was ook de invloed van grote platforms kleiner dan in de V.S., waar men zich sterk maakte voor een technische oplossing met tools. Zowel het Australische als het Amerikaanse model lijkt dichter aan te leunen tegen erfrechtelijke beginselen dan de Europese voorbeelden.

7 Bevindingen en aanbevelingen langs drie lijnen

In dit afsluitende hoofdstuk evalueren wij de bevindingen uit de analyses van met name de bestudeerde voorwaarden en policies van informatiedienstenaanbieders, in relatie tot het beschreven wettelijk kader en de daarin beschermde publieke en private belangen.

Op basis daarvan formuleren we opties voor mogelijke aanpassingen van het wettelijk kader. Daarbij grijpen we terug en ontleen inspiratie aan de wettelijke regelingen die in andere landen bestaan. De algemene onderzoeksvraag die uitgangspunt was voor dit onderzoek is: *Welke eventuele aanpassingen van het Nederlandse wettelijke kader zijn wenselijk met het oog op de adequate bescherming van private en publieke belangen gemoeid met het regelen en afwickelen van digitale nalatenschappen?*

De criteria ‘wenselijkheid’ en ‘adequate bescherming’ hebben een normatieve en rechtspolitieke dimensie. Als prisma voor de diversiteit aan betrokken belangen gebruiken we twee belangrijke beginselen, die in heel het wettelijk kader terugkeren: autonomie en rechtszekerheid. Deze bespreken we alvorens kort samen te vatten wat de belangrijkste tekortkomingen in het huidige wettelijk kader zijn.

Bij het formuleren van mogelijke aanpassingen, volgen we drie lijnen. De eerste gaat uit van het overeenkomstenrecht als primair instrument, de tweede van het gegevensbeschermingsrecht, en de derde van zelfstandige regelgeving naar voorbeeld van met name de Australische deelstaat New South Wales. Deze lijnen sluiten elkaar overigens niet uit: deels kunnen vergelijkbare uitkomsten bereikt worden via de verschillende routes, maar niet elke route is geschikt voor het adresseren van elk gesignaleerd probleem. Waar we mogelijke ingrepen in het wettelijk kader benoemen, doen we dat bij de lijn waarbij de oplossing het beste lijkt te passen.

7.1 Alomtegenwoordig digitaal bezit

Een steeds groter deel van digitaal bezit manifesteert zich in de online omgeving (cloud) en wordt in belangrijke mate gevormd door de voorwaarden die aanbieders van informatiediensten aan consumenten opleggen. Dat is deels het resultaat van substitutie: muziek, video, games en correspondentie die vroeger primair op analoge of digitale gegevensdragers waren vastgelegd waarvan het individu eigenaar is, worden vervangen door digitale online varianten. Omdat er ook steeds meer bundeling van diensten plaatsvindt, wordt de consument bovendien steeds afhankelijker van een beperkt aantal grote platforms. In de meest extreme vorm uit zich bundeling in ‘walled gardens’, waarbij het gebruik van diensten en communicatie op hetzelfde platform plaatsvindt met behulp van apparatuur afkomstig van dezelfde aanbieder (Apple is daarvan een bekend voorbeeld). Zeker bij dergelijke aanbieders is het van groot belang dat de consument afdoende middelen heeft om te bepalen wat er met diens digitaal bezit na de dood moet gebeuren.

Uit de analyse van gebruiksvoorwaarden van digitale mediadiensten zoals Netflix, Spotify en Google, communicatiediensten zoals Facebook, Whatsapp en LinkedIn, en ICT-diensten zoals Dropbox en Microsoft (OneDrive) blijkt een grote verscheidenheid aan hoe er contractueel wordt omgegaan met overlijden van gebruikers. Het varieert van duidelijke contractuele bepalingen die de gebruiker in staat stellen om te bepalen wat er met de in een account opgeslagen informatie dient te gebeuren (bij digitale kluizen bijvoorbeeld), tot vergaande contractuele ‘no survivorship’ bepalingen, op grond waarvan het overlijden van de gebruiker leidt tot beëindiging van de overeenkomst en verwijdering van alle inhoud (bij Apple o.a.). Het is bovendien niet ongevoel dat er wél beleid rond overlijden is, maar dat dit op zo’n manier is vormgegeven dat het juridisch gezien onduidelijk is welke plichten of rechten hieruit voortvloeien. Voor de gebruikers en erfgenamen brengt dit rechtsonzekerheid mee.

7.2 Autonomie en rechtszekerheid

Hoewel er op dit punt nog geen duidelijke consensus is, lijkt het een redelijk uitgangspunt dat de gebruiker beschikkingsmacht moet hebben om te kunnen bepalen wat er met diens digitaal bezit gebeurt bij overlijden, zowel in relatie tot dienstenaanbieders als in relatie tot nabestaanden en erfgenamen. De erfgenamen hebben een duidelijk belang bij het kunnen vaststellen wat de omvang en inhoud is van de digitale nalatenschap, en zullen daarvoor in bepaalde mate (soms zelfs geheel) afhankelijk zijn van informatie van dienstenaanbieders.

Naar huidige Nederlands recht kan een dergelijke beschikkingsmacht van de gebruiker niet direct worden gerechtvaardigd onder verwijzing naar een algemeen persoonlijkheidsrecht, dat dan bovendien ook nog eens zou doorwerken post-mortem.²²⁶ Echter, zowel in het erfrecht, als in het overeenkomstenrecht, het gegevensbeschermingsrecht en het intellectuele eigendomsrecht is de *autonomie* een belangrijk te respecteren beginsel dat wel een dergelijke grondslag kan vormen.

In het erfrecht uit autonomie zich concreet in de testervrijheid: de erflater kan in beginsel zelf bepalen wat er met de nalatenschap gebeurt. Hierop zijn enkele uitzonderingen geformuleerd, waaronder de eerdergenoemde ‘legitieme portie’. Interessant is dat deze inperking van de autonomie maatschappelijk minder aanvaardbaar lijkt te worden gevonden dan wellicht eerder het geval was.²²⁷ In combinatie met mogelijk veranderende maatschappelijke opvattingen op privacy vlak —en dan met name over de vraag of familieleden (die doorgaans de erfgenamen zijn) wel standaard toegang tot iemands digitale communicatie moeten krijgen— lijkt het aangewezen om wat betreft erfrecht de autonomie van de erflater voorop te blijven stellen.

Ook in het overeenkomstenrecht is (partij)autonomie een centraal beginsel. Voor de consument gelden bijzondere regels die de autonomie beogen te beschermen, omdat over het algemeen sprake is van informatie-asymmetrie (de wederpartij van de consument is deskundiger, beter ingelicht) en een zwakke onderhandelingspositie (de wederpartij is in staat om voorwaarden op te leggen). In het auteursrecht en meer algemeen intellectuele eigendomsrecht is de autonomie van de rechthebbende ook uitgangspunt —net als in het ‘normale’ eigendomsrecht, al wordt met name de omvang van de rechten van de auteur beperkt met het oog op het belang van informatievrijheid. Tot slot is in het gegevensbeschermingsrecht —en breder in het privacyrecht— autonomie van het individu over wie gegevens worden verzameld, opgeslagen en gebruikt ook een centraal te bewaken waarde. Dat gebeurt enerzijds door aan de partij die persoonsgegevens verwerkt plichten op te leggen, anderzijds door het individu op wie gegevens betrekking hebben concrete rechten te geven.

Samengevat zou met name het uit het privacyrecht bekende beginsel van informationele zelfbeschikking wel kunnen rechtvaardigen dat een zekere bescherming post-mortem doorwerkt. Daarbij dient men zich er wel rekenschap van te geven dat een op informationele zelfbeschikking gegrond recht op controle over de omgang met data na de dood (waarbij de wensen van de overledene dan een grote betekenis toekomt), verenigd moet worden met onder meer de (privacy)belangen van levende personen, met de (commerciële) belangen van dienstverleners mede in het licht van de fundamenteelrechtelijke vrijheid van ondernemerschap en het maatschappelijk belang bij het voorkomen dat grote hoeveelheden gegevens zonder duidelijke verantwoordelijke achterblijven in de cloud.

Rechtszekerheid is een beginsel dat ons hele rechtssysteem doordringt. In de context van dit onderzoek ziet het vooral op de voorspelbaarheid rond toepasselijke contractuele bepalingen en dan met name die bepalingen welke van invloed zijn op de beëindiging of voortzetting van de gebruiksovereenkomst in geval van overlijden en op wat er vervolgens met de accountgegevens en bijbehorende inhoud gebeurt. Voor erfgenamen ziet het daarnaast vooral ook op een duidelijk beeld hebben van wat er in de digitale

²²⁶ Zoals eerder aangegeven worden in de literatuur wel argumenten genoemd voor een dergelijke uitbreiding van persoonlijkheidsrechten. Zie hierboven, paragraaf 3.8.

²²⁷ Uit empirisch onderzoek van het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit uit 2018 blijkt dat het grootste deel van de door hen ondervraagde personen geen voorstander is van de legitieme portie en de testervrijheid een groot goed vindt. Zie Van der Geld & Schols 2018.

nalatenschap valt. Daarbij merken we meteen op dat er hier meerdere vermogensrechtelijke vragen spelen die niet specifiek zijn voor problematiek bij overlijden, maar die algemener van aard zijn.

Een belangrijke open vraag betreft de vermogensrechtelijke ‘status’ van gegevens(bestanden) los van intellectuele eigendomsrechten, van domeinnamen en van cryptovaluta zoals bitcoins. Zoals eerder uiteengezet, is het tot op heden onzeker of, en zo ja onder welke omstandigheden, ‘informatie’ zelf een ‘goed’ in de zin van art. 3:1 BW kan vormen en dus als zodanig kan worden overgedragen in de zin van art. 3:84 BW, met overgang van de ‘eigendom’ of een verbintenisrechtelijke aanspraak op die informatie als gevolg. Daarmee bestaat vooralsnog ook geen duidelijkheid over de vraag of de consument ‘eigenaar’ is van de door hem (binnen een account) gecreëerde digitale inhoud, bijvoorbeeld ten aanzien de inhoud van posts op sociale media. Dat heeft op zijn beurt weer impact op de vraag welke contractvoorwaarden rond overlijden als (vermoedelijk) onredelijk bezwarend aangemerkt kunnen worden. Een verdere complicatie is gelegen in de aard van veel diensten, met name de categorie communicatiediensten waaronder wij o.a. sociale media en berichtenapps scharen. Daar heeft veel van de digitale communicatie trekken van correspondentie: gebruikers reageren op elkaar, plaatsen beeld en tekst van of over andere personen en organiseren hun communicatie bewust in min of meer gesloten groepen.

Hoewel de onduidelijke vermogensrechtelijke status van digitale communicatie —wat wij eerder aanduiden als verdwaald bezit— bijdraagt aan de problematiek over tot welke informatie erfgenamen precies toegang (zouden moeten) hebben, laat een eenvoudige oplossing zich niet makkelijk aandragen. Zou men een goederenrechtelijk getint recht erkennen, dan blijft de vraag of dit vererfbaar moet zijn gezien de hier eerder opgeworpen bezwaren. Beschouwt men de inhoud van een account als onlosmakelijk verbonden met de (gebruikers)overeenkomst, dan is ook de vraag of het wenselijk is dat erfgenamen onbeperkt toegang en zeggenschap krijgen.

De belangen van communicatiepartners spelen hier ook een rol. Vanwege het vaak (hyper)persoonlijke karakter van digitale communicatie kunnen bepaalde maatschappelijke belangen zich tegen een rechtlijnige toepassing van de saisineregels verzetten, of dit nu via de weg van overgang van de gebruikersovereenkomst of inhoud als ‘eigendom’ gaat. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het respecteren van de persoonlijke sfeer van overledenen, het tegengaan van —in principe— eeuwigdurende overgang van persoonlijke communicatie op generaties erfgenamen en vooral ook aan belangen van derden (met name communicatiepartners van de overledene). Deze wijzen eerder in de richting van een systeem waarbij in beginsel de inhoud van accounts na overlijden wordt gewist tenzij de overledene anders heeft beslist.

Een ander voorbeeld van een meer algemene vermogensrechtelijke vraag is in hoeverre persoonlijke rechten overgaan bij erfopvolging. Daarbij gaat het bijvoorbeeld over portretrechten die personen kunnen uitoefenen om gebruik van hun afbeelding toe te staan of tegen te gaan (Art. 25 Auteurswet).

Dit zijn vraagstukken die zich niet in de context van dit onderzoek laten beantwoorden, omdat ze ook (en vooral) relevant zijn los van de vraag of digitaal bezit vererfbaar is of zou moeten zijn. Wij bevelen daarom aan nader onderzoek naar deze en soortgelijke vragen wordt gedaan. Omdat dergelijke vragen niet alleen in Nederland, maar in alle lidstaten van de Europese Unie spelen en ze in nauw verband staan met het juridisch kader dat de EU ontwikkelt met het oog op de *digital single market*, verdient het naar onze mening aanbeveling om deze vragen (ook) op Europees niveau te agenderen en laten onderzoeken.

7.3 Tekortkomingen samengevat

Naast de hierboven aangeduide algemene vermogensrechtelijke problematiek rond de vraag welke vormen van digitaal bezit überhaupt in de nalatenschap zouden (moeten) vallen, zijn er specifieke problemen gesignaleerd die impact hebben op data na de dood. Wij vatten ze hier kort samen alvorens in te gaan op mogelijke oplossingsrichtingen.

Een belangrijke tekortkoming van gebruiksvoorwaarden en beleid die uit de analyse bleek, is dat geregeld onduidelijk is of de voorzieningen en het beleid van dienstenaanbieders onderdeel uitmaken van

de gebruikersovereenkomst, met name via algemene voorwaarden. Daarmee blijft rechtsonzekerheid bestaan. Bovendien blijken veel bedrijven überhaupt geen beleid te hebben rond overlijden.

In de analyse van gebruiksvoorwaarden vanuit consumentenrechtelijk perspectief is met name gekeken naar bepalingen die betrekking hebben op het voortbestaan van de overeenkomst bij overlijden van de consument. Daarbij blijken drie gevallen te onderscheiden. In de eerste groep vallen voorwaarden die voorzien in voortzetting van de overeenkomst. Deze is het minst problematisch vanuit het perspectief van erfgenamen, maar kan dat wel zijn waar het de (privacy)belangen van derden betreft en ook vanuit het perspectief van de gebruiker zelf die mogelijk geen rekening houdt met het feit dat erfgenamen daarmee toegang tot een account krijgen. Bij mediadiensten (zoals streaming van muziek en video of de digitale krant) zal dat doorgaans geen probleem zijn, bij bijvoorbeeld datingapps wel.²²⁸ De tweede groep zijn voorwaarden van dienstaanbieders waaruit niet altijd duidelijk is op te maken of de overeenkomst zal voortbestaan, met name waar overdracht van rechten wordt uitgesloten (overgang en niet-overdraagbare rechten). In deze groep is het probleem vooral gelegen in de rechtsonzekerheid die het meebrengt voor erflater en erfgenamen. De derde groep voorwaarden, en de meest problematische, zijn waar algemene voorwaarden juist uitdrukkelijk bepalen dat de overeenkomst eindigt bij overlijden ('no-survivorship' clauses). Deze laatste kunnen afhankelijk van de precieze formulering en reikwijdte als onredelijk bezwarende bedingen worden aangemerkt in de zin van art. 6:237 onder d en eventueel h BW. Daarbij is de aard van de informatiedienst van belang: bij mediadiensten is beëindiging bij overlijden minder problematisch dan bij bijvoorbeeld cloudopslag. Erfgenamen kunnen van onredelijk bezwarende bedingen de nietigheid inroepen, wat tot gevolg heeft dat de overeenkomst blijft bestaan met de erfgenamen als wederpartij.

Andere problemen op het vlak van het consumentenrecht zijn voorwaarden die een geheimhoudingsplicht opleggen aan gebruikers, d.w.z. een verbod om inloggegevens of beveiligingsgegevens te delen met anderen. Gebruikers en hun erfgenamen kunnen er immers wel belang bij hebben dat na overlijden de optie tot toegang openblijft.

Verder werpen ook de (formele) voorwaarden die sommige dienstverleners stellen aan het opzeggen van een overeenkomst door erfgenamen (of andere bevoegde personen) een aanzienlijke hindernis op voor het afwikkelen van iemands digitale nalatenschap. Het kan daarbij gaan op de wijze waarop het overlijden moet worden aangetoond, maar ook om het bewijzen van de bevoegdheid tot opzeggen.

Een andere vorm van onzekerheid die samenhangt met het eindigen van een overeenkomst maar niet tot die situaties beperkt is, is de onduidelijkheid over de vraag of dienstaanbieders ook ten aanzien van gesloten accounts de plicht hebben om gegevens te verwijderen, dan wel deze te blijven beveiligen. Hier komt ook duidelijk naar voren dat het feit dat persoonsgegevens van overleden personen niet direct onder de bescherming van de Algemene Verordening gegevensbescherming vallen, een leemte laat.

Zoals wij hieronder nader uiteenzetten zijn voor bovengenoemde problemen via ofwel het overeenkomstenrecht ofwel via het gegevensbeschermingsrecht oplossingen denkbaar. Wat daarmee nog niet geadresseerd zou worden, is het meer generieke erfrechtelijke probleem dat de erflater actief moet beslissen en regelen wat er met haar of zijn digitaal bezit dient te gebeuren na overlijden. Hier komen wij op terug bij de oplossingsrichting 'Digital assets act'.

7.4 Overeenkomstenrecht als instrument

De lijn waarbij aansluiting wordt gezocht bij het overeenkomstenrecht en dan in het bijzonder het consumentenrecht is in zekere zin de lichtste vorm van ingrijpen omdat deze direct aanknoopt bij bestaande vormen van informatiedienstenverlening en relatie tussen gebruiker (consument) en handelaar.

²²⁸ De Kantarpeiling van 2021 lijkt het beeld te bevestigen dat mensen minder moeite hebben met toegang tot media-inhoud die is opgeslagen op de eigen computer of online account (meer dan de helft vindt dat toegang tot muziek moet kunnen), terwijl maar ruim een derde vindt dat zonder toestemming nabestaanden toegang tot email moeten hebben. Kantar 2021, p. 14.

Aanbieders van digitale informatiediensten zouden verplicht kunnen worden om een ‘overlijdensbeleid’ te formuleren en dat ook in de algemene voorwaarden vast te leggen. Het gaat daarbij om het expliciet maken of de overeenkomst eindigt bij overlijden (waarbij de aanbieder er wel voor dient te waken dat geen sprake is van een onredelijk bezwarend beding), danwel of overlijden een grond is voor opzegging. Uit de analyse van diensten bleek dat veel aanbieders niet zo’n dergelijk beleid hebben, terwijl hier wel een zekere maatschappelijke urgentie is: elke dienstenaanbieder krijgt uiteindelijk te maken met overleden gebruikers.

Verdergaand dan een verplichting om er een overlijdensbeleid en aansluitende algemene voorwaarden op na te houden is een verplichting om gebruikers zeggenschap te geven over wat er bij overlijden met de account en gegevens moet gebeuren. Dit soort tools worden al gehanteerd, zeker door aanbieders van digitale kluizen, waar het een essentieel onderdeel is van de dienst. Maar ook grote platforms zoals Google en Facebook bieden gebruikers al de mogelijkheid om aan te geven hoe ze willen dat er bij hun overlijden met hun account wordt omgegaan. Het inactiviteitsbeleid van Google is een voorbeeld van een uitgebreide regeling, waarbij de gebruiker kan aangeven dat specifieke personen gedurende drie maanden na een zelf in te stellen periode van inactiviteit tot specifieke onderdelen van de Google Account toegang kunnen krijgen. Facebook heeft met de optie om te kiezen voor herdenkingsstatus (gepaard met beperkte rechten voor de aangewezen beheerder) een minder vergaande variant. De vraag is of dit soort voorzieningen opgelegd moeten worden via het (Nederlandse) overeenkomstenrecht. In het verderop te bespreken model van een zelfstandige digitale nalatenschapsregeling is het uitgangspunt dat aanbieders niet verplicht zijn dit soort voorzieningen aan te bieden, maar als ze het doen, daar wel (juridische) consequenties aan verbonden zijn. Ook in het kader van de toepassing van de AVG op gegevens van overleden personen verplichten landen zoals Frankrijk de dienstverlener (preciezer: de verantwoordelijke in de zin van de AVG) om personen in staat te stellen aan te geven wat er bij overlijden met hun gegevens moet gebeuren.

Zeker voor dienstenaanbieders die veel gebundelde diensten aanbieden (de grote platforms in feite) is het voorstelbaar dat er wel een dergelijke wettelijke plicht zou moeten gelden. Bieden zij de mogelijkheid niet en hanteren ze ook nog eens no-survivorship bepalingen, dan bestaat immers het risico dat een aanzienlijk deel van het digitaal bezit van de consument/burger bij overlijden verdwijnt.

Een voor de hand liggende tussenstap is het toestaan aan gebruikers van digitale diensten om hun toegangsgegevens (inloggegevens, codes) te delen met bij testament aangewezen erfgenamen dan wel met erfgenamen bij versterf. Geheimhoudingsbedingen vervullen een belangrijke functie in het maatschappelijk verkeer, zowel ter bescherming van de gebruiker zelf tegen mogelijke fraude als ter bescherming van de dienstenaanbieder tegen eventuele aansprakelijkheid wegens schending van zorgplichten. Toch zou een dergelijk beding niet in de weg mogen staan aan het delen van accountgegevens met de erfgenamen, aangezien het delen van de accountgegevens nodig kan zijn in het kader van een doelmatig beheer van de accounts ook voorafgaande aan het latere overlijden van de erflater. Geheimhoudingsbedingen die dit soort gebruik van accountgegevens verbieden, zouden kunnen worden geplaatst op de grijze lijst van bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 BW). Alternatieven waarmee hetzelfde effect wordt bereikt zijn een daartoe strekkende bepaling opnemen in een *Digital records act* (dienstverleners kunnen geheimhoudingsbepalingen dan niet tegenwerpen aan geautoriseerde personen), of in een aanpassing van de (U)AVG als daarvoor wordt gekozen.

Wil men erfgenamen directer beschermen dan via een regeling die het delen van inlog/toegangsgegevens wettig maakt, dan is een (beperkt) recht op portabiliteit te overwegen. Erfgenamen worden dan bij beëindiging van de overeenkomst in staat gesteld om de aan de overleden consument toekomende digitale inhoud zo nodig over te zetten op een aan de erfgenamen toebehorend fysiek apparaat of deze te plaatsen in een door de erfgenamen gebruikte digitale omgeving. Dit naar analogie met de portabiliteitsbepaling van art. 16 lid 4 Richtlijn digitale inhoud, die alleen ziet op gevallen waarin sprake is van ontbinding van de overeenkomst tot levering van digitale inhoud of diensten door de consument in geval van non-conformiteit of bij een door de consument niet-geaccepteerde wijziging van de digitale inhoud of dienst door de aanbieder. Een dergelijke bevoegdheid lijkt met name geschikt bij diensten waar

gebruikers zelf inhoud creëren, posten of opslaan zoals bij sociale media en bij ICT-diensten (email, cloudopslag). Bij mediadiensten is de kern van de overeenkomst vaak de tijdelijke beschikbaarstelling van inhoud (muziek, film e.d.) waarop anderen intellectuele eigendomsrechten hebben en krijgt de gebruiker een beperkte licentie voor het gebruik van die inhoud. Daar ligt portabiliteit niet voor de hand met het oog op de vrijheid van rechthebbenden om de modaliteiten te bepalen waaronder ze gebruik van hun beschermde prestaties toestaan.

In het licht van de informationele zelfbeschikking van de overledene, verdient het aanbeveling om een eventuele aanspraak op dataportabiliteit te koppelen aan het bieden van een voorziening waarmee de gebruiker voorkeuren kan aangeven en vertrouwenspersonen (*legacy contacts*) kan aanwijzen. Dat hoeven overigens niet noodzakelijkerwijs erfgenamen te zijn. Bij zo'n regeling dienen ook uitdrukkelijk de privacybelangen van derden en dan met name die van levende personen die bijvoorbeeld op beeldmateriaal voorkomen, gewaarborgd te zijn.

Minder vergaande opties zijn ook denkbaar. Men kan de erfgenamen bij beëindiging van de overeenkomst de mogelijkheid geven om bij het melden van overlijden de account gedurende een beperkte periode 'on hold' te laten zetten en eventueel onzichtbaar te maken voor het publiek, terwijl de erfgenamen (of executeur) wel passieve toegang houden. Dan hebben zij bijvoorbeeld nog de gelegenheid te onderzoeken of er auteursrechtelijk beschermde werken van de overledene op staan waarvan elders geen kopieën meer toegankelijk zijn of dat er inbare tegoeden aan de account gekoppeld zijn.

Een laatste probleem dat met een ingreep in het overeenkomstenrecht geadresseerd kunnen worden betreft de vergaande eisen die sommige (buitenlandse) aanbieders stellen aan de 'bewijslevering' rond overlijden met het oog op ofwel beëindiging of toegang tot de account met het oog op voortzetting van de overeenkomst. Hier is een regeling denkbaar waarbij bepaald wordt welke soorten documenten in ieder geval afdoende bewijs vormen, bijvoorbeeld een verklaring van erfrecht, of een gewaarmerkte akte van overlijden in combinatie met een geschikt middel ter vaststelling van de identiteit. Alternatief is het als onredelijk bezwarend aanmerken van bepaalde vergaande eisen, zoals de eis dat een rechterlijk vonnis wordt overgelegd.

7.5 Gegevensbeschermingsrecht als instrument

Bij deze tweede lijn laten wij verder buiten beschouwing het gegeven dat de bescherming van de AVG vaak indirect blijft doorwerken na overlijden. Die doorwerking bestaat met name omdat bepaalde gegevens niet alleen de overledene betreffen maar ook zijn aan te merken als persoonsgegevens betreffende iemand uit bijvoorbeeld familie, vrienden- of kennissenkring. Bij dergelijke 'dubbele' persoonsgegevens kan de betreffende persoon niet als erfgenaam maar op basis van een eigen recht de AVG rechten op verwijdering, rectificatie etc. uitoefenen.

Aangezien de AVG een heel scala aan rechten en plichten kent, en op vrijwel elke aanbieder van digitale diensten van toepassing zou zijn in een post-mortem scenario, is het dienstig om een kader te schetsen aan de hand waarvan keuzes kunnen worden gemaakt.

Een kader voor de te maken keuzes kan zijn dat allereerst wordt geïnventariseerd welke (digitale) informatie bij welke online diensten nodig of nuttig is voor het afhandelen van een nalatenschap. Bij digitale mediadiensten waar een groot deel van het 'bezit' bestaat uit bijvoorbeeld muziek- en videoplaylists en eventuele downloads van commercieel aanbod, ligt het minder voor de hand dat erfgenamen inzage nodig hebben in meer dan de accountgegevens (gebruikersnaam, type abonnement/afgenomen diensten etc.). Bij communicatiediensten zoals sociale media en berichtendiensten ligt dat wellicht anders, o.a. omdat de overledene zelf content gemaakt kan hebben waarop mogelijk auteursrechten rusten. Zonder weet van het bestaan van die content, of zonder beschikking te hebben over een kopie, bevinden erfgenamen zich in de positie dat ze de facto de auteursrechten die zij erven niet kunnen uitoefenen.

Een tweede relevant element is beschouwen welke soorten verwerkingen post-mortem nog zouden moeten worden toegestaan, en als derde element speelt dan nog op grond van wiens/welk belang dat

gerechtvaardigd is. Een vierde relevant element is te beschouwen of post-mortem toepassing noodzakelijk is voor alle aanbieders van informatiediensten (verwerkingsverantwoordelijken), of meer voor bepaalde aanbieders. Zo kan men zich voorstellen dat aanbieders van gratis mediadiensten die gepersonaliseerde advertenties als inkomstenbron hebben, eerder verplicht worden om de gegevens over de overledene na een bepaalde termijn te vernietigen, dan aanbieders die op abonnementsbasis werken en weinig gegevens verzamelen. Social media platforms lijken gezien de grote hoeveelheid persoonsgegevens die zij verwerken bij uitstek kandidaat voor post-mortem toepassing van bepaalde AVG plichten en rechten, maar daarbij spelen al snel belangen van derden en dan met name van de ‘communicatiepartners’: personen die contacten (‘vrienden’) waren van de overledene en die uitingen hebben gedeeld.

Met betrekking tot de specifieke rechten en plichten uit de AVG kan nog het volgende worden opgemerkt. Acht men het gerechtvaardigd dat de persoonsgegevens van overledenen bescherming blijven genieten, dan is een voor de hand liggende optie om de ‘on hold’ bepaling van Artikel 18 AVG automatisch in werking te laten treden zodra de persoon overlijdt of zodra de verwerkingsverantwoordelijke kennis krijgt van overlijden. Concreet betekent dit dat de persoonsgegevens bewaard moeten blijven (bijvoorbeeld voor een termijn van 5 jaar, zoals ook de AP eerder voorstelde), bescherming genieten onder de AVG, en enkel verwerkt mogen worden voor welbepaalde doeleinden, waaronder toegang die noodzakelijk is voor de afwikkeling van de nalatenschap. Zo’n bepaling kan gecombineerd worden met een plicht om de gegevens daarna te vernietigen.

Een verdergaande toepassing van AVG rechten kan bestaan in het toekennen aan erfgenamen van een (tijdelijk) recht op verwijdering van de persoonsgegevens en op rectificatie van onjuiste gegevens. Vanuit het perspectief van de overledene is hier geen belang tegenin te brengen. Het recht op inzage en overdragen van persoonsgegevens van de overledene gaat veel verder indien toegekend aan erfgenamen. Aan de belangen van derden, respect voor de wensen van de overledene en de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke kan tegemoetgekomen worden door het recht van inzage te beperken tot wettelijke erfgenamen die een gerechtvaardigd belang aan kunnen tonen, en bovendien te eisen dat de overledene zich niet expliciet (bijv. schriftelijk) heeft verzet tegen inzage.

Op grond van de AVG kan het zo zijn dat de verwerking van persoonsgegevens is gebaseerd op toestemming, of op grond van uitvoering van een overeenkomst. Beide grondslagen bieden in principe ruimte om de persoon (betrokkene) te laten bepalen welke post-mortem verwerkingen zijn toegestaan - inclusief het geven van toegang aan erfgenamen - door ze contractueel vast te leggen. Daarbij is het wel belangrijk dat toestemming enkel geldig is als ze ook onvoorwaardelijk ingetrokken kan worden (wat bij overlijden dan door erfgenamen zou moeten kunnen plaatsvinden). Van deze constructie kunnen dienstenaanbieders al gebruik maken, en getuige de tools met vertrouwenspersoon-constructie die o.a. Google en Facebook aanbieden gebeurt dit wellicht ook. Opgemerkt zij wel nogmaals dat in de huidige praktijk niet duidelijk is dat de mogelijkheid die de gebruiker krijgt ook resulteert in een juridisch afdwingbare verbintenis. Bovendien stelt de AVG specifieke en zware eisen aan de toestemming.

Wat betreft de beveiliging van gegevens van overleden personen zal hier *de facto* geen probleem bestaan zolang de verwerkingsverantwoordelijke geen weet heeft van het overlijden. Maar ook als die kennis wel is gedeeld, zal het uit praktisch oogpunt makkelijker zijn om de beveiliging in stand te houden, aangezien deze beveiligingsmaatregelen toch al worden genomen. Het verdient aanbeveling om deze bescherming juridisch afdwingbaar maken, bijvoorbeeld op de wijze zoals dat in Ierland is gedaan. De dienstverlener in hoedanigheid van verwerkingsverantwoordelijke moet dan de gegevens beveiligen als ware ze van een levende persoon; eventueel kan hier een termijn aan gesteld worden. Deze verplichting houdt in dat de gegevens ‘beschermd zijn tegen ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking en tegen onopzettelijk verlies, vernietiging of beschadiging’ (art. 5(1)f AVG).

Wat betreft handhaving maakt het nog verschil hoe een beveiligingsverplichting gekarakteriseerd zal worden: een verplichting die doorwerkt ook als de (gebruikers)overeenkomst of toestemming is geëindigd, een verplichting waar erfgenamen of mogelijke ‘vertrouwenspersonen’ zich zelfstandig op kunnen beroepen, of een verplichting waarvan enkel of ook de toezichthouder Autoriteit Persoonsgegevens

nakoming kan afdwingen. In het eerste geval hebben de erfgenamen aanspraak op nakoming ten opzichte van de dienstverlener (partij bij de oorspronkelijke overeenkomst) op grond van doorwerking en deze vorm past beter in het (consumenten)overeenkomstenrecht; zij hoeft ook niet beperkt te zijn tot de beveiliging van *persoonsgegevens*. In het tweede geval ligt aansluiting bij de AVG voor de hand. Een zelfstandig recht op grond van de AVG heeft voor erfgenamen of vertrouwenspersoon als voordeel dat ze elke verwerkingsverantwoordelijke (ook als dat niet langer de oorspronkelijke contractspartij is) kunnen aanspreken. Het voordeel van het (mede) beleggen van handhaving bij de Autoriteit Persoonsgegevens is dat deze de deskundigheid heeft en meer handhavingsmiddelen dan een individu; wel is het de vraag of het ook praktisch haalbaar is (met het oog op beschikbare mensen en middelen).

Overigens zij opgemerkt dat omdat Ierland een beveiligingsverplichting *post-mortem* reeds kent, en grote platforms als Google en Facebook vanuit hun Ierse vestiging diensten in Nederland aanbieden, veel inwoners van Nederland al van de bescherming gebruik kunnen maken.

7.6 Zelfstandige ‘digitale nalatenschap’ regeling als instrument

De derde en laatste lijn ziet op de introductie van een zelfstandige ‘digitale nalatenschap’ regeling naar het model zoals dat in Australië door de Law Reform Commission New South Wales is ontwikkeld. Zo’n wettelijke regeling zou voorzien in een getrapt systeem waarbij burgers een of meer geautoriseerde personen kunnen aanwijzen die na overlijden toegang tot gegevens moeten kunnen krijgen bij dienstverleners. Contractuele voorwaarden, bijvoorbeeld ten aanzien van het door de overledene geheim moeten houden van inloggegevens, kunnen in dat geval de geautoriseerde persoon niet worden tegengeworpen. In het Australische (en Amerikaanse) systeem zijn alle ‘custodians’ (bewaarders) van ‘digital records’ onderworpen aan de voorgestelde regeling; dat is dus een ruimere categorie dan verwerkingsverantwoordelijken in de zin van de AVG, en gaat ook om meer soorten bedrijven en organisaties dan de aanbieders van informatiediensten die onderwerp zijn van dit onderzoek.

Het Australische (en Amerikaanse) model is wel vergaand: heeft de overleden persoon niets geregeld, dan gelden de erfgenamen als geautoriseerde persoon, met toegang tot alle soorten digitale bezit, zowel (hoogst)persoonlijke informatie als bezit met economische waarde. Weliswaar hebben geautoriseerde personen —behoudens andersluidende instructies van de overledene— uitsluitend toegang met het oog op het beheer en de afwikkeling van de nalatenschap, maar of een dergelijke constructie in Nederland ook maatschappelijk aanvaardbaar wordt geacht is onzeker. Nader onderzoek naar publieksopvattingen hierover is aangewezen, omdat onvoldoende inzicht bestaat in maatschappelijke opvattingen over het toegang verschaffen tot de digitale nalatenschap. Daarbij gaat het o.a. om de vraag welke personen toegang zouden moeten krijgen (alle erfgenamen onafhankelijk van de graad van parentele? Een persoon of meerdere?) en of er onderscheid wenselijk is naar de soort gegevens of informatiedienst (moeten persoonlijke berichten anders behandeld worden dan bijv. gegevens over media-entertainment die is aangeschaft?). Verder lijkt ook van belang om de wenselijkheid van het via elektronische ‘tools’ van de informatiedienstaanbieder of andere partijen zaken te kunnen regelen nader te onderzoeken, in het bijzonder ook ten aanzien van de juridische status die zo’n wilsuiting dan zou moeten hebben in relatie ook tot ‘traditionele’ testamentaire beschikkingen bijvoorbeeld.

Het Australische model stelt zowel de autonomie van de erflater als het dienen van de rechtszekerheid voorop, door meer gewicht toe te kennen aan de wil zoals vastgelegd in een testament dan aan een latere aanwijzing van een geautoriseerd persoon via een voorziening (tool) van de dienstenaanbieder. Het ligt voor de hand dat de inrichting van een eventuele digitale-nalatenschapsregeling zo nauw mogelijk aansluit bij het huidige Nederlandse erfrecht, inclusief de figuur volmacht. Verder kan er bij de inrichting ook rekening gehouden worden met ontwikkelingen op het gebied van ‘digitale nalatenschap’ diensten zoals die worden ontwikkeld in de markt. Het lijkt verder logisch om bijzondere aandacht te besteden aan de rol van het notariaat in een dergelijk systeem, gezien de specifieke functie die

de notaris vervult rond nalatenschappen. Vanwege het ingrijpende karakter van een regeling naar Australisch model, verdient het echter de voorkeur om eerst te bezien in hoeverre oplossingen binnen het overeenkomstenrecht of gegevensbeschermingsrecht (voorlopig) afdoende zijn.

7.7 Afsluitende overwegingen

Vergelijkt men de verschillende lijnen waarlangs oplossingen bereikt kunnen worden, dan is een complicatie van een benadering via het overeenkomstenrecht dat precieze afstemming met het Europees consumentenrecht nodig is. Het is ook met het oog op de recente richtlijnen op het terrein van de levering van digitale inhoud en digitale diensten en de levering van goederen met digitale elementen (zoals apparaten met *embedded software*) en de daarin opgenomen volledige harmonisatie niet eenvoudig te bepalen hoever precies de vrijheid van lidstaten reikt bij het vormgeven van digitaal nalatenschapsbeleid via het consumentenrecht. Aangezien de reikwijdte van de richtlijnen beperkt is tot het overeenkomstenrecht en de huidige richtlijnen geen regeling bevatten van erfrechtelijke aspecten van digitaal bezit, lijkt het Europees consumentenrecht echter niet in de weg te staan van specifieke wetgeving ten aanzien van digitale nalatenschappen. Dat laat onverlet dat in het licht van de interne markt een Europese aanpak gewenst lijkt, zeker nu regelgeving op het gebied van de digitale eengemaakte markt zo sterk in ontwikkeling is. Echter, de grote variatie aan keuzes die EU-lidstaten recent nog hebben gemaakt bij het niet, deels of geheel toepasselijk verklaren van de AVG op persoonsgegevens van overledenen, maakt het onwaarschijnlijk dat op Europees niveau de consumentenrechtelijke route op korte termijn goed begaanbaar is. Dat brengt ons tot de conclusie dat voor zover de hier geschetste problemen als urgent worden gezien, optreden van de Nederlandse wetgever niet alleen mogelijk, maar ook wenselijk is.

Ook voor het gegevensbeschermingsrecht bestaat die mogelijkheid, nu de AVG hier de ruimte voor laat. De gekozen oplossingen kunnen bovendien goed aansluiten bij specifieke rechten die primair erop zien dat de juistheid en relevantie van persoonsgegevens bewaakt wordt. Ook zijn er uit andere lidstaten veel modaliteiten beschikbaar die als voorbeeld kunnen dienen. Daarentegen heeft de zelfstandige lijn van een digitale nalatenschapsregeling als voordeel dat het juist niet afhankelijk is van het begrippenapparaat van de AVG en de daarin beschreven rechten en plichten. Het respecteert ook de autonomie van het individu en doet niets af aan het intellectuele eigendomsrecht van erfgenamen of derden, en zou ook toepassing van de AVG verder onverlet laten.

In alle drie de beschreven lijnen, maar ook los daarvan, lijkt het wenselijk om te bevorderen dat burgers systematisch worden voorgelicht. Peilingen laten immers zien dat een groot gedeelte van de Nederlandse bevolking zich niet bewust lijkt van hun digitale nalatenschap en afwikkelingsvragen daaromtrent. Dit betekent dat zij ook niets zullen regelen. Het beperkte bewustzijn en de relatieve nieuwheid van deze problematiek maakt het lastig om nu al een veelomvattende regeling te ontwerpen die een breed maatschappelijk draagvlak zal hebben en recht doet aan de diversiteit van de digitale nalatenschap. Ook duidt het feit dat mensen nog niet bewust bezig zijn met hun digitale nalatenschap erop dat het nu nog niet als een urgent probleem gezien wordt. Zoals in hoofdstuk 4 beschreven staat, bestaan er al vanuit het notariaat, de uitvaartbranche en nieuwe dienstverleners bewustwordings- en informatiecampagnes. De zich snel ontwikkelende dienstverlening rond digitale nalatenschappen zal ongetwijfeld ook bijdragen aan de publieke informatievoorziening.

Het is ook aan te bevelen om beleid te ontwikkelen gericht op het bevorderen van de ontwikkeling en het gebruik van voorzieningen (technische tools) waarbij gebruikers bij leven aan kunnen geven wat er met hun accounts moet gebeuren na overlijden. Dit kan ook los van het invoeren van een eventuele verplichting voor (bepaalde) informatiediensten om een dergelijke voorziening aan te bieden aan gebruikers. Dit beleid kan zien op het stimuleren van initiatieven in de commerciële private sector en notariaat, of in bijvoorbeeld consumentenorganisaties en maatschappelijke groeperingen.

Tegelijkertijd moet men niet verwachten dat een bredere beschikbaarheid van informatie en voorzieningen maakt dat de gemiddelde burger haar of zijn digitaal bezit actief gaat beheren met het oog

op overlijden. Zeker gezien de grote hoeveelheid informatiediensten die de gemiddelde consument gebruikt en de variatie aan digitaal bezit die daarmee gemoeid is, is de vraag op hoeveel ‘zelfredzaamheid’ de maatschappij kan vertrouwen. Ook hier doet de privacy paradox opgeld: men maakt zich misschien wel zorgen over wat er na overlijden gebeurt met bijvoorbeeld de inhoud van social media accounts, maar er zijn te veel redenen waarom het niet mogelijk blijkt het eigen gedrag effectief zo te sturen dat ongewenste uitkomsten worden voorkomen. Zoals uit de (kleinschalige) flitspeilingen bleek die in opdracht van het Ministerie van BZK is uitgevoerd, staat een minderheid van de burgers überhaupt stil bij hun digitale nalatenschap, laat staan dat ze iets geregeld hebben.

Tot slot nog een observatie over erfgenamen. Bloedverwantschap, en de mate van bloedverwantschap is de ‘default’ factor die bepalend is voor wie erft. Het erfrecht gaat daarbij uit van de door de wet erkende familierechtelijke betrekkingen.²²⁹ Dat sluit niet per se aan bij hoe personen de toegang tot hun digitale bezit, en dan in het bijzonder (hoogst)persoonlijke communicatie geregeld willen zien. In dat kader signaleerden we dat maatschappelijke opvattingen over privacy in familiekring mogelijk verschuiven. Het lijkt dus prudent om bij alle bovengenoemde lijnen vooralsnog uit te gaan van een minimum-scenario, waarbij stilzwijgen van de erflater geacht wordt te betekenen dat erfgenamen enkel toegang tot informatie krijgen die strikt noodzakelijk is voor de afwikkeling van de nalatenschap. Daarnaast is het zoals gezegd van belang om op basis van empirisch onderzoek een betrouwbaar beeld te krijgen van wat de opvattingen en verwachten zijn die er in de maatschappij leven wat betreft data na de dood.

²²⁹ Van Mourik & Schols 2018.

Bijlagen

Overzicht bronnen gebruiksvoorwaarden

Onderstaand overzicht geeft per categorie informatiediensten aan welke gebruikersvoorwaarden zijn geanalyseerd, welke de laatste versie is van die voorwaarden, en op welke datum deze voor het laatst zijn opgeslagen door de onderzoekers (deze bestanden blijven als referentiebestanden opgeslagen). De gebruiksvoorwaarden zijn vrij toegankelijk op internet.

DIENST	OPSLAGDATUM	LAATST GEWIJZIGDE VERSIE
App Stores		
Amazon AppStore Beleid	17-08-2020	-
Amazon AppStore Servicevw	17-08-2020	01-01-2020
Apple AppStore	17-08-2020	13-05-2019
Origin (EA) – EULA	17-08-2020	26-05-2016
Google Play Servicevw	17-08-2020	04-08-2020
Samsung NL – Voorw	17-08-2020	ongedateerd
Steam - gebruiksovk	17-08-2020	ongedateerd
Windows AppStore	09-11-2020	09-2019
Drive Storage		
iCloud – Algemene VW	03-08-2020	19-09-2019
MEGA – ToS	03-08-2020	15-11-2018
Arlo – T&C	04-08-2020	25-11-2019
Dropbox – beleid	03-08-2020	-
Dropbox – Servicevw	03-08-2020	25-07-2019
Google – ToS	03-08-2020	31-03-2020
Google Drive – Aanvullende service vw	27-08-2020	31-03-2020
Google - Inactiviteitsbeleid	10-03-2021	Ingangsdatum: 01-06-2021
Logi Circle – Servicevw	04-08-2020	01-09-2015
OneDrive – beleid	03-08-2020	-
OneDrive – Microsoft service ovk	03-08-2020	30-08-2019
Stack/TransIP	03-08-2020	01-05-2020
STRATO – Algemene VW	03-08-2020	Versie 3.20 ongedateerd
Games		
Call of Duty (Activision) ToS	06-08-2020	06-01-2017
Fifa (EA) Algemene VW	06-08-2020	18-07-2019
Football Manager (SEGA) VW	05-08-2020	ongedateerd
Fortnite (Epic) ToS	05-08-2020	-
GTA (Rockstar Games) EULA	06-08-2020	11-07-2019
GTA (Rockstar Games) VW	06-08-2020	11-07-2019
Minecraft (game) - VW	05-08-2020	-
Minecraft (Mojang)	04-08-2020	-
Monopoly (Marmalade) VW	06-08-2020	-
Second Life (LindenLab) T&C	06-08-2020	31-07-2017

DIENTST	OPSLAGDATUM	LAATST GEWIJZIGDE VERSIE
Second Life (LindenLab) ToS	06-08-2020	31-07-2017
Tangle Master ToU	06-08-2020	11-03-2020
Bike Race (TFG)	05-08-2020	-
Social Media		
Dumpert - Algemene VW	30-07-2020	-
Facebook – Servicevw	29-07-2020	31-07-2019
LinkedIn – Gebruiksovk	03-08-2020	06-01-2020
TikTok – Gebruiksvoorw.	30-07-2020	07-2020
Instagram – beleid	29-07-2020	-
Instagram – Gebruiksvoorw.	29-07-2020	19-04-2018
Snapchat – Alg. VW	30-07-2020	30-10-2019
Tumblr – Servicevw	30-07-2020	25-09-2019
Twitter – beleid impers.	29-07-2020	-
Twitter – Gebruiksovk.	29-07-2020	18-06-2020
WhatsApp – Servicevw	29-07-2020	24-04-2018
YouTube – Servicevw	29-07-2020	22-07-2019
Digitale mediadiensten		
Disney - gebruiksvw.	18-08-2020	10-07-2014
Disney+ - Abonnee ovk	18-08-2020	12-11-2019
Netflix – Beleid	18-08-2020	-
Netflix – Gebruiksvw.	18-08-2020	31-12-2019
Pathe Thuis – vw	18-08-2020	05-2020
Spotify – Gebruiksvw.	18-08-2020	12-01-2019
Videoland – Gebruiksvw.	18-08-2020	-
Amazon		
Amazon AWS – Gebruiksvw.	20-08-2020	13-08-2020
Amazon Kindle – VW	20-08-2020	14-08-2020
Amazon Kindle Store – Gebruiksvw.	20-08-2020	20-01-2020
Amazon Photos US – Terms	21-08-2020	01-06-2020
Amazon Photos DE – Vw	22-08-2020	04-09-2018
Amazon Prime NL – Vw	21-08-2020	10-03-2020
Amazon Prime Video – Vw	20-08-2020	15-08-2020
Amazon Services – AV	20-08-2020	08-2018
ISPs		
Ziggo	02-11-2020	01-12-2019
KPN	02-11-2020	07-2018
KPN Aanvullende vw.	02-11-2020	05-2015
BudgetThuis	03-11-2020	08-06-2018

DIENST	OPSLAGDATUM	LAATST GEWIJZIGDE VERSIE
Digitale kluizen en wachtwoordmanagers		
Digizeker	03-11-2020	-
LastPass	03-11-2020	03-2020
SecureSafe	10-11-2020	22-01-2015
Keepass – Public License (2x)	23-11-2020	06-1991
Keepass – Conditions	23-11-2020	-

Overzicht EU lidstaten toepasselijkheid AVG op overleden personen

Zoals uit overweging 27 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) blijkt, is het voor lidstaten mogelijk afwijkende regels op te stellen t.a.v. de toepasselijkheid van de AVG op overleden personen. Na raadpleging van de verschillende nationale implementatiewetten, blijkt dat de volgende landen geen specifieke regeling hebben getroffen die (delen van) de AVG toepasselijk verklaren:

België,¹ Cyprus,² Duitsland,³ Finland;⁴ Griekenland;⁵ Kroatië;⁶ Malta;⁷ Polen;⁸ Tsjechië;⁹ Liechtenstein;¹⁰ Letland¹¹; Litouwen;¹² Luxemburg;¹³ Oostenrijk;¹⁴ Nederland; Roemenië¹⁵ en Zweden.¹⁶

Voor de landen die *wel* speciale regels in de nationale implementatiewet hebben opgenomen t.a.v. de toepasselijkheid van de AVG op overledenen, geldt op hoofdlijnen:

- **Bulgarije** – Art. 1 lid 5 van de nationale implementatiewet bepaalt dat de AVG niet van toepassing is op overleden persoon, behalve in de gevallen zoals is artikel 25f van die wet bepaald. In artikel 25f is bepaald dat men alleen data mag verwerken van overleden personen

¹ Parl. St. Kamer 2017-2018, nr. 3126 (1) Wetsontwerp betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.

² Protection of Natural Persons With Regard to the Processing of Personal Data and for the Free Movement of Such Data Law, 16 oktober 2018. Gebruikte vertaling (onofficieel): Office of the Commissioner for Personal Data Protection (Cyprus).

³ Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), das durch Artikel 12 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1626) geändert worden ist". Gebruikte vertaling: Sprachendienst des Bundesministeriums des Innern (Gesetze im Internet).

⁴ Tietosuoja laki, 5.12.2018/1050. Gebruikte vertaling (onofficieel): Office of the Data Protection Ombudsman (Finland).

⁵ Law 4624/2019, *Government Gazette A137*. Gebruikte vertaling: Hellenic Data Protection Authority.

⁶ ODLUKU O PROGLAŠENJU ZAKONA O PROVEDBI OPĆE UREDBE O ZAŠTITI PODATAKA, Klasse: 011-01/18-01/48, Nummer: 71-06-01/1-18-2.

⁷ The Data Protection Act (Act XX 2018) (Chapter 586), 28 mei 2018. Gebruikte vertaling (onofficieel): Information and Data Protection Commissioner (Malta).

⁸ Ustawa z 10 maja 2018 o ochronie danych osobowych, *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, 19 september 2019. Gebruikte vertaling (onofficieel): Personal Data Protection Office (UODO) (Polen).

⁹ Zákon č. 110/2019 Sb. Zákon o zpracování osobních údajů. Gebruikte vertaling (onofficieel): The office for personal data protection (UOOÚ) (Tsjechië).

¹⁰ Datenschutzverordnung (DSV), *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt* Jahrgang 2018 Nr. 415, ausgegeben am 19. Dezember 2018. Gebruikte vertaling (onofficieel): Datenschutzstelle Liechtenstein.

¹¹ The Law On the Rights of Patients (sectie 10) bepaalt dat de gegevens van overleden patiënten in principe niet vrij mogen worden gegeven. Pacientu tiesību likums, *Latvijas Vēstnesis*, 205, 30 december 2009.

¹² Art. 1, lid 5 van de nationale implementatiewet bepaalt expliciet dat AVG en implementatiewet niet van toepassing zijn op overleden personen. ASMENS DUOMENŲ TEISINĖS APSAUGOS ĮSTATYMO NR. I-1374 41 STRAIPSNIO PAKEITIMO 2016 m. lapkričio 3 d. Nr. XII-2709. Gebruikte vertaling (onofficieel): e-Seimas.

¹³ Loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et mise en oeuvre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), portant modification du Code du travail et de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État, Doc. parl. 7184 ; sess. ord. 2016-2017 et 2017-2018.

¹⁴ Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSG), *BGBl. I* Nr. 14/2019. Gebruikte vertaling (onofficieel): Rechtsinformationssystem des Bundes.

¹⁵ LEGE nr. 190 din 18 iulie 2018 privind măsuri de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), *MONITORUL OFICIAL* nr. 651, 26 juli 2018. Gebruikte vertaling (onofficieel): PrivacyOne.

¹⁶ In Zweden zijn sommige delen van de Patient Data Act (2008:355) ook van toepassing op overleden personen; het gaat dan dus om medische gegevens. Milieu Ltd & Time.lex, Overview of the national laws on electronic health records in the EU Member States: National Report for Sweden, 4 maart 2014. Beschikbaar via: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/laws_sweden_en.pdf (laatst bijgewerkt: 14-03-2021).

indien dit bij wet is toegestaan. Daarnaast geldt er een recht op inzage voor de nabestaanden (lid 2).¹⁷

- **Denemarken** – AVG is van toepassing op overleden personen tot tien jaar na het overlijden (par. 5 van de nationale implementatiewet). De Minister heeft de bevoegdheid deze periode te verkorten of te verlengen (par. 6 van de nationale implementatiewet).¹⁸
- **Estland** – Toestemming gegeven door een inmiddels overleden persoon blijft ingevolge hoofdstuk 3, paragraaf 9 van de nationale implementatiewet gedurende 10 jaar na overlijden geldig, tenzij de betrokkene anders heeft aangegeven. In het geval dat een minderjarige betrokkene overlijdt, blijft de toestemming tot 20 jaar geldig. Na overlijden kunnen nabestaanden toestemming geven voor de verwerking van persoonsgegevens van de overledene. Zij kunnen geen toestemming meer geven vanaf 10 jaar na het overlijden of 20 jaar in het geval van een minderjarig. Ook kunnen zij geen toestemming geven als de verwerking plaatsvindt op grond van een ander verwerkingsgrond. Geen toestemming is nodig in het geval van de verwerking van de naam, het geslacht, geboortedatum en de overlijdensgegevens. In Estland is verwerking van medische persoonsgegevens van de overledene wel toegestaan indien dit noodzakelijk is voor de bescherming van het leven van de voorouders, of broer of zus. Daarnaast mogen persoonsgegevens van de overledene worden gebruikt voor forensisch onderzoek. Ook mogen persoonsgegevens van een overledene worden vrijgegeven voor wetenschappelijk of historisch onderzoek, voor de officiële statistieken en/of voor onderzoek naar de gebeurtenissen in strafrechtelijke zaken.¹⁹
- **Frankrijk** – De betrokkene mag voor overlijden algemene of specifieke aanwijzingen vastleggen met betrekking tot wat er met de persoonsgegevens gebeurt. Men kan algemene aanwijzingen vast laten leggen bij een door de ‘Commission nationale de l’informatique et des libertés’ gecertificeerde partij. De specifieke richtlijnen moeten aan de verwerkingsverantwoordelijke kenbaar worden gemaakt. In de richtlijnen kan de persoon aangeven op welke manier de rechten na de dood uitgeoefend wil zien. De richtlijnen hebben geen betrekking op persoonsgegevens in openbare registers. De betrokkene kan een persoon aanwijzen die na de dood van de betrokkene de rechten van de betrokkene uitoefent (zie artikel 40 van de Franse Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés).²⁰
- **Hongarije** – Tot vijf jaar na de dood mag een door de overledene aangewezen persoon de AVG-rechten van de betrokkene uitoefenen. Indien de overledene niemand had aangewezen, mogen die rechten worden uitgeoefend door nauwe verwanten.²¹
- **Ierland** – Ingevolge sectie 3 van de Ierse Data Protection Act 2018 is artikel 32 van de AVG ook van toepassing op overleden personen (de verwerkingsverantwoordelijke moet dus ook t.a.v. persoonsgegevens van overleden betrokkenen passende technische en organisatorische maatregelen treffen).²² Daarnaast is de Ierse Data Sharing and Governance Act 2019 van toepassing op overleden personen, tenzij anders vermeld.²³
- **Italië** – Art. 2-terdecies van de implementatiewet bepaalt dat de rechten uit art. 15 – 22 AVG uitgeoefend mogen worden door belanghebbenden (zoals nabestaanden) of een persoon die handelt namens de overledene en/of familie. Die rechten mogen niet uitgeoefend worden

¹⁷ Закон за защита на личните данни, Обн. ДВ. бр. 26 januari 2019. Gebruikte vertaling (onofficieel): Republic of Bulgaria Commission for Personal Data Protection.

¹⁸ Act No. 502 of 23 May 2018, *Lovtidende* 24 mei 2018. Gebruikte vertaling (onofficieel): Datatilsynet.

¹⁹ Isikuandmete kaitse seadus, RT I, 04.01.2019, 11. Gebruikte vertaling (onofficieel): Riigi Teataja.

²⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés.

²¹ Act CXII of 2011 (as in force on 26 April 2019). Gebruikte vertaling (onofficieel): Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information (NAIH).

²² Data Protection Act 2018, *Irish Statute Book* No. 7 2018.

²³ Data Sharing and Governance Act 2019, *Irish Statute Book* No. 5 2019.

wanneer dit bij wet verboden is of wanneer de overledene expliciet hiervoor geen toestemming heeft gegeven.²⁴

- **IJsland** (EER)– De AVG en de bijbehorende implementatiewet blijven van toepassing op overleden personen tot vijf jaar na overlijden. Deze periode is langer indien het ‘redelijk’ is de persoonsgegevens vertrouwelijk te houden.²⁵
- **Portugal** – de AVG en de implementatiewet zijn ingevolge artikel 17 van de nationale implementatiewet van toepassing indien het gaat om zeer persoonlijke informatie, afbeeldingen van de overledene en/of correspondentie van de overledene en de verwerking niet gerechtvaardigd is onder artikel 9 van de AVG. De rechten van inzage, rectificatie en verwijdering worden na de dood van de betrokkene uitgeoefend door een door de betrokkene aangewezen persoon of – indien de betrokkene niemand heeft aangewezen – door diens erfgenamen, tenzij de betrokkene tijdens haar/zijn leven expliciet heeft aangegeven dat niet te willen.²⁶
- **Slovenië** – De verantwoordelijke moet persoonsgegevens van de overledenen verstrekken aan de nabestaanden indien zij daar een rechtmatig belang bij hebben, tenzij de overledene dit expliciet schriftelijk bij leven heeft verboden.²⁷
- **Slowakije** – Wanneer de betrokkene is overleden, kan een nabestaande toestemming geven voor de verwerking van diens persoonsgegevens. De toestemming is niet geldig indien tenminste één nabestaande schriftelijk de toestemming afkeurt.²⁸
- **Spanje** – Nabestaanden of personen die uitdrukkelijk door de overledene zijn aangewezen, mogen op grond van artikel 3 van de Spaanse implementatiewet het recht van inzage, rectificatie en verwijdering uitoefenen, onder voorbehoud van aanwijzingen van de overledene en tenzij dit door een wet is verboden. Echter mag dit geen afbreuk doen aan het recht van de nabestaanden inzicht te krijgen in de persoonsgegevens van de overledene.²⁹

²⁴ Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), *Gazz. Uff. n. 205*, 4 settembre 2018.

²⁵ Lög um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga, nr. 90, 27 juni 2018.

²⁶ Lei n.º 59/2019, Diário da República n.º 151/2019, Série I de 2019-08-08.

²⁷ Zakon o varstvu osebnih podatkov, *Uradni list RS* no. 94/07. Gebruikte vertaling (onofficieel): Information Commissioner Republic of Slovenia.

²⁸ ZÁKON z 29. novembra 2017 o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, *ZBIERKA ZÁKONOV SLOVENSKEJ REPUBLIKY* Vol. 2018, 30 januari 2018.

²⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, *BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO*, no. 294.

Geraadpleegde bronnen

Literatuur

Article 29 Working Party 2007

Article 29 Working Party, Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens, WP 136, 20 juni 2007.

Asser/Kortmann 2017

S.C.J.J. Kortmann, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3-III Volmacht en vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2017.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2018.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2019

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2019.

Autoriteit Persoonsgegevens 2017

Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, 6 april 2017.

Barth & De Jong 2017

S. Barth & M. de Jong, 'The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review', *Telematics and Informatics* 34 2017, pp. 1038–1058.

Berlee 2017

A. Berlee, 'Digital Inheritance in the Netherlands', *EuCML* 2017, pp. 255-260.

Beste Internet Provider n.d.

Beste Internet Provider, *Internet providers vergelijken* n.d. Beschikbaar via: <https://www.beste-internet-provider.nl/vergelijken> (laatst gewijzigd: 10-03-2021).

Bierens 2020

B. Bierens, *Geld in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2020.

Biemans 2020

J.W.A. Biemans, 'Rangorde van schulden der nalatenschap bij vereffening van nalatenschappen', *Tijdschrift Erfrecht* 2020/5, p. 118.

Bighelaar, van den & Akkermans 2013

S. van den Bighelaar & M. Akkermans, *Gebruik en gebruikers van sociale media*, Centraal Bureau voor de Statistiek 2013.

Birtwistle 2019

K. Birtwistle, *Access to digital records upon death or incapacity: survey results: Research Report 15*, NSW Law Reform Commission 2019.

Bleich & Mulder 2013

H. Bleich & J. Mulder, 'Digitaal overlijden', *C't* 3 april 2013. Beschikbaar via: <https://www.ct.nl/achtergrond/digitale-nalatenschap/> (laatst gezien: 12-11-2020).

Blok 2003

P.H. Blok, 'Is er privé-leven na de dood?', *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 273-278.

BNNVARA 2019

BNNVARA, *Digitale erfenis: zo regel je je online nalatenschap* 2 december 2019. Beschikbaar via: <https://www.bnnvara.nl/kassa/artikelen/digitale-erfenis-zo-regel-je-je-online-nalatenschap> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

boyd & Marwick 2011

d. boyd & A.E. Marwick, 'Social privacy in networked publics: teens' attitudes, practices, and strategies', *A Decade in Internet Time: Symposium on the Dynamics of the Internet and Society*, University of Oxford, september 2011.

Bronzwaer 2020

S. Bronzwaer, 'Een techbedrijf dat zich richt op de dood', *NRC* 18 augustus 2020.

Buitelaar 2017

J.C. Buitelaar, 'Post-mortem privacy and informational self-determination', *Ethics and Information Technology* 2017, 129–142.

Business Insider US 2020

Business Insider US, 'The best music streaming services you can subscribe to', *Business Insider* 31 augustus 2020. Beschikbaar via: <https://www.businessinsider.nl/best-music-streaming-service-subscription?international=true&r=US> (laatst bijgewerkt: 14-03-2021).

CBS 2020

CBS, *StatLine - Overledenen; geslacht en leeftijd, per week*, peildatum 27-11-2020. Beschikbaar via: <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/70895ned/table?dl=35377> (laatst gewijzigd: 27-11-2020).

CNIL 2020

CNIL, *Mort numérique : peut-on demander l'effacement des informations d'une personne décédée?*, 28 oktober 2020. Beschikbaar via: <https://www.cnil.fr/fr/mort-numerique-effacement-informations-personne-decedee> (laatst gewijzigd: 12-03-2021).

Commissariaat voor de Media 2019

Commissariaat Voor De Media, *Mediamonitor 2019*, Hilversum 2019.

Commissariaat Voor De Media 2020

Commissariaat Voor De Media, *Mediamonitor 2020*, Hilversum 2020.

Connor 2011

J. Connor, 'Digital Life After Death: The Issue of Planning For a Person's Digital Assets After Death', *Texas Tech School of Law Legal Studies Research Paper* 2011-02, pp. 1-22.

DELA n.d.

DELA, *Dossier digitaal nalatenschap*, n.d. Beschikbaar via: <https://www.dela.nl/blog/voorelkaar/over-dit-blog/tag/nalatenschap> (laatst gewijzigd: 10-03-2021).

Dienlin & Trepte 2015

T. Dienlin & S. Trepte, 'Is the privacy paradox a relic of the past? An in-depth analysis of privacy attitudes and privacy behaviors', *European Journal of Social Psychology* 45, 2015, pp. 285–297.

Dijck, van 2013

J. Van Dijck, *YouTube beyond technology and cultural form*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

Edwards & Harbinja 2013

L. Edwards & E. Harbinja, 'Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World', *Cardozo Arts & Entertainment* 2013, pp. 83–130.

Erdos 2020

D. Erdos, 'Dead Ringers? Legal persons and the Deceased in European Data Protection Law', *Cambridge Research Paper* No. 21/2020, pp. 1-33.

Ene 2019

L. Ene, *Pay AV services in Europe: The state of play*, European Audiovisual Observatory 2019.

Engelen, van 2009

D. van Engelen, 'Het portretrecht als vermogensrecht: een schaap zonder poten?': in: D. Visser (red.), *Commercieel portretrecht 30 jaar 't schaap met de 5 pooten*, Amsterdam: Uitgeverij deLex 2009.

Engelen, van 2020

Th.C.J.A. van Engelen, *IE-goederenrecht*, Utrecht: Boek9 2020.

Esch, van 2019

R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Eurostat 2019

Eurostat, *Culture statistics: 2019 edition*, LU: Publications Office 2019.

Eurostat 2020

Eurostat, *E-commerce statistics for individuals*, 2020. Beschikbaar via: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals#Most_popular_online_purchases (laatst bijgewerkt 03-12-2020).

Ferrari 2020

V. Ferrari, 'The regulation of crypto-assets in the EU – investment and payment tokens under the radar', *Maastricht Journal of European and Competitive Law* 2020 27/3, pp. 325-342.

Geerts et al. 2018

Geerts et al., *Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht (Studenteneditie)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Geerts & Visser 2019

P.G.F.A. Geerts & D.J.G. Visser, *Tekst & commentaar: Intellectuele eigendom*, Deventer: Wolters Kluwer zesde druk 2019.

Geld, van der 2013

L.A.G.M. van der Geld, 'De digitale nalatenschap', *Kwartaalbericht Estat eplanning* 2013 (online via Kluwer Navigator).

Geld, van der 2014

L.A.G.M. van der Geld, 'De executeur in een nalatenschap met bitcoins en andere "digitale bezittingen"', *Tijdschrift Erfrecht* 2014, pp. 122-126.

Geld, van der & Schols 2018

L.A.G.M. van der Geld & F. Schols, *Rapport legitieme portie: Een eerstelijns – en nader voort te zetten – veldonderzoek naar de wenselijkheid van de legitieme portie in het hedendaagse erfrecht*, CNR: Centrum voor Notarieel Recht/Radboud Universiteit 2018.

Greenwald 2011

W. Greenwald, 'Get Your Games Here: The Best of Online Game Stores', *PCMag* 16-11-2011. Beschikbaar via: <https://www.pcmag.com/news/get-your-games-here-the-best-of-online-game-stores> (laatst bijgewerkt: 12-03-2021).

Harbinja 2017

E. Harbinja, *Legal Aspects of Transmission of Digital Assets On Death*, Doctoral Thesis University of Strathclyde 2017. Beschikbaar via: <https://pureportal.strath.ac.uk/en/studentTheses/legal-aspects-of-transmission-of-digital-assets-on-death> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

Hoboken, van et al. 2020

J. van Hoboken et al., *WODC-onderzoek: Voorziening voor verzoeken tot snelle verwijdering van onrechtmatige online content*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2020.

Hugenholtz 2019

P.B. Hugenholtz, Noot bij HvJ EU 07-08-2018, C-161/17, NJ 2019/371.

Independent Security Evaluators 2019

Independent Security Evaluators, 'Password Managers: Under the Hood of Secrets Management', 19 februari 2019. Beschikbaar via: <https://www.ise.io/casestudies/password-manager-hacking/> (laatst gezien: 23-11-2020).

Jansen 2019

K.J.O. Jansen, '4. Inbreuk op een recht', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (online via Kluwer Navigator).

Jansen 2020

C. Jansen, 'Over de rechtshistorische achtergrond van de privaatrechtelijke bescherming van privacy in Nederland', *WPNR* 2020/7296, pp. 637-645.

Kamp 2020

R. Kamp, 'Passwordmanagers: test', *Consumentenbond* 4 maart 2020. Beschikbaar via: <https://www.consumentenbond.nl/veilig-internetten/test-wachtwoordmanagers> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

Kantar 2020

Kantar, Flitspeiling digitale nalatenschap en kwaliteit uitvaartbranche, 2020.

Kantar 2021

Kantar, Digitale nalatenschap en kwaliteit uitvaartbranche, februari 2021 (concept rapportage aan Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, nog niet gepubliceerd).

Kuner et al. (eds.) 2020

C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, L. Dreschler (eds). *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford, New York: Oxford University Press 2020.

Leigh Young & Quan-Haase 2013

A. Leigh Young & A. Quan-Haase, 'Privacy protection strategies on Facebook', *Information, Communication & Society* 16/4, p. 479-500.

Lhoëst 2020

B.F.P. Lhoëst, 'Is de Nederlandse notaris gebonden aan de bevoegdheidsregels van de Europese Erfrechtverordening bij de afgifte van een nationale verklaring van erfrecht?', *JBN Afl. 5* 2020/22, pp. 13-16.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998.

Loos 2018

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 3e druk 2018.

Martin n.d.

D. Martin, 'Internet providers', *Breedbandwinkel.nl* n.d. Beschikbaar via: <https://www.breedbandwinkel.nl/internet-providers> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

Mazzone 2012

J. Mazzone, 'Facebook's Afterlife', *North Carolina Law Review* Vol. 90 No. 5, pp. 1643-1686.

Mobile Marketing Association n.d.

Mobile Marketing Association, Myth busting: Mobile Gaming demographics. Beschikbaar via: <https://www.mmaglobal.com/research/myth-busting-mobile-gaming-demographics> (laatst bijgewerkt: 03-12-2020).

Mourik, van & Schols 2018

M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Erfrecht (Monografieën Privaatrecht nr. 1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Murray 2017

S. Murray, 'Best Places To Buy Video Games Online?', *The Gamer* 03-07-2017. Beschikbaar via: <https://www.thegamer.com/best-online-video-game-stores/> (laatst bijgewerkt: 12-03-2021).

National Conference of State Legislatures 2020

National Conference of State Legislatures, 'Access to Digital Assets of Decedents', 29 januari 2020. Beschikbaar via: <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/access-to-digital-assets-of-decedents.aspx> (laatst bijgewerkt: 14-03-2021).

Naves 2018

J.L. Naves, 'Data in de rechtspraak', *Computerrecht* 2018/2, p. 1-10.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws 2016

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015) with preparatory note and comments, 8 maart 2016.

New South Wales Law Reform Commission 2019

New South Wales Law Reform Commission, *Access to digital records upon death or incapacity*, NSW Government 2019.

Newsroom Spotify 2020

Newsroom Spotify, 'Spotify Reports Second Quarter 2020 Earnings', 29 juli 2020. Beschikbaar via: <https://newsroom.spotify.com/2020-07-29/spotify-reports-second-quarter-2020-earnings/> (laatst bijgewerkt: 14-03-2021).

NLconnect 2019

NLconnect, 'Reactie NLconnect op wetsvoorstel overstappen telecom', 1 februari 2019. Beschikbaar via: <https://www.nlconnect.org/reactie-nlconnect-op-wetsvoorstel-overstappen-telecom/> (laatst bijgewerkt: 12-03-2021).

Oostveen 2018

M. Oostveen, *Protecting individuals against the negative impact of big data: potential and limitations of the privacy and data protection law approach*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018.

Pendlebury & Blanco 2020

T. Pendlebury & Xiomara Blanco, 'Best music streaming service for 2021: Spotify, Apple, Amazon and YouTube Music', *CNET* 6 september 2020. Beschikbaar via: <https://www.cnet.com/how-to/best-music-streaming-service-for-2021-spotify-apple-amazon-and-youtube-music/> (laatst bijgewerkt: 14-03-2021).

Pitz 2019

S. Pitz, 'Eltern erben Facebook-Account', *JURA – Juristische Ausbildung* 2019 41/4, p. 393-398

Rodotà 2012

S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari: Laterza 2012.

RTLnieuws 2018

RTLnieuws, *Vergeleken: de tarieven van 6 populaire clouddiensten* 16 mei 2018. Beschikbaar via: <https://www.rtlnieuws.nl/tech/bright-tips/artikel/4189776/clouddiensten-opslag-bestanden-cloud-vergeleken-overzicht> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

Servizio Studi – Dipartimento Giustizia 2018

Servizio Studi – Dipartimento Giustizia, L'adeguamento della disciplina sulla protezione dei dati personali al Regolamento (UE) 2016/679, SCH.DEC N.22/XVIII, 21 mei 2018. Beschikbaar via:

http://documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/gi0007.htm?_1607731056335 (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

SIDN 2017

SIDN, *Trends in internetgebruik 2016*, Amsterdam 2017.

Spanjaard 2016

J.H.M. Spanjaard, 'Rechtskeuzebedingen in consumentenovereenkomsten: spitsroeden lopen', *Contracteren* 18/4, pp. 118–121.

Spierings 2019

C. Spierings, Afstand van recht (Mon. BW nr. A6a) 2019/2 en 4.

Spierings & Pesselse 2012

C. Spierings & G. Pesselse, 'Reële diefstal van een virtuele amulet: een analyse van het RuneScape-arrest vanuit straf- en goederenrechtelijk perspectief', *NTBR* 2012 29/6, p. 195-202.

Spoor, Verkade & Visser 2019

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht: Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Statista 2021

Statista, 'Biggest app stores in the world 2020 Q4', januari 2021. Beschikbaar via: <https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/> (laatst bijgewerkt: 12-03-2021).

Steur, van der 2003

J.C. Van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2003.

Tjong Tjin Tai 2016

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht voor het digitale domein', In: E.M.L. Moerel et al., *Homo Digitalis: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2016-1, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (online via Kluwer Navigator).

Tweehuysen 2019a

V. Tweehuysen, 'Digitaal goederenrecht. Een introductie' in: B. Bierens e.a., *Onderneming en digitalisering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Tweehuysen 2019b

V. Tweehuysen, 'Digital Afterlife Under Dutch Law: The German Case on Inheriting a Facebook Account from a Dutch Perspective', *European Review of Private Law* 2 019/5, p. 1148-1159.

Uniform Law Commission 2015

Uniform Law Commission, 'Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Final Act, with notes', 8 maart 2016. Beschikbaar via: <https://www.uniformlaws.org> (laatst bijgewerkt: 14-03-2021).

Valiente & Tschorsch 2020

M. Valiente & F. Tschorsch, 'Glossary of distributed technologies: Blockchain-based technologies',

Internet Policy Review 2020, Beschikbaar via: <https://policyreview.info/glossary> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

Veer, van der et al. 2020

N. van der Veer, S. Boekee & H. Hoekstra, *Nationale Social Media Onderzoek 2021*, Amsterdam: Newcom Research 2021.

Velema 2021

M. Velema, 'De beste alles-in-1-provider', *Consumentenbond* 26 januari 2021. Beschikbaar via: <https://www.consumentenbond.nl/alles-in-1/beste> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

Verkade 2009

D.W.F. Verkade, 'De dood in de commerciële portretrechtspot', in: R. van Oerle, J. Spoor & D. Visser, *Commercieel portretrecht 30 jaar 't schaep met de 5 pooten*, Amsterdam: Uitgeverij deLex 2009.

Verkade

D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar Intellectuele Eigendom, commentaar op art. 21 Aw*, Deventer: Kluwer (online via Kluwer Navigator).

Visser & Dack 2020

D. Visser & S. Dack, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', *NJB Afl.* 15 2020/958.

Volgenant 2019

O. Volgenant, 'Portretrecht', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (online via Kluwer Navigator).

Vrey, de 2020

R. De Vrey, 'Een race door het portretrecht', *IER* 2020/46, pp. 362-372.

Watkins 2014

A.F. Watkins 'Digital Properties and Death: What Will Your Heirs Have Access to after You Die?', *Buffalo Law Review* 2014, 62, 193-235.

WebSetNet 2020

WebSetNet, *Beste Cloudopslag Van 2020 Online: Gratis, Betaalde En Zakelijke Opties* 5 augustus 2020. Beschikbaar via: <https://websetnet.net/nl/beste-cloudopslag-van-2020-online-gratis-betaalde-en-zakelijke-opties/> (laatst bijgewerkt: 10-03-2021).

Westkamp 2007

G. Westkamp, 'Post-mortem protection and domain name use', *Journal of intellectual property law & practice* 2007 2/11, p. 720-724.

Wibier 2016

R.M. Wibier, 'Big data en goederenrecht', *WPNR* 2016/ 7110, pp. 427-436.

Wüsthof 2018

L. Wüsthof, 'Germany's Supreme Court rules in favour of "Digitale Inheritance"', *Eur. Consumer & Mkt.* 2018/5, pp. 205-208.

Zuiderveen Borgesius & Korteweg 2009

F. Zuiderveen Borgesius, F.J. & Korteweg, D. 'Email na de dood: juridische bescherming van privacybelangen', *Privacy & Informatie* 2009, 212, pp. 212–224.

Wetgeving**Internationale verdragen**

Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 04-11-1950 (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens).

Haags testamentsvormenverdrag 1961, *Trb.* 1980, 54

Europese Unie*Verdragen*

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2012, C 326/391

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, *PbEU* 2005, C 115/47.

Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, 30 oktober 2007, *PbEU* 2007, L 339/3 (Verdrag van Lugano).

Richtlijnen en verordeningen

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ("Richtlijn oneerlijke bedingen"), *PbEU* 1993, L95/29.

Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("Richtlijn inzake elektronische handel"), *PbEU* 2000, L178.

Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij ("Auteursrechtlijn"), *PbEU* 2001, L167.

Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ('Kaderrichtlijn'), *PbEG* 2002, L 108/33.

Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie, 'ePrivacy richtlijn'), *PbEG* 2002, L 201.

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”), *PbEU* 2005, L 149/22.

Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177.

Richtlijn 2009/110/EG betreffende toegang tot, uitoefening van en prudentieel toezicht op werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, *PbEU* 2009, L 26.

Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (“Richtlijn consumentenrechten”), *PbEU* 2011, L 204/64.

Verordening (EU) nr. 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring (“Erfrechtverordening”), *PbEU* 2012, L 201/107.

Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012, L 351 (Brussel I bis).

Richtlijn (EU) 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (“Richtlijn digitale inhoud”), *PbEU* 2019, L 136/1-27.

Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (“Moderniseringsrichtlijn”), *PbEU* 2019, L 328/7.

Beleidsstukken

Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), COM(2012) 11.

Working Party on Data Protection and Exchange of Information (22 June 2012) (11326/12) (ANNEX).

General Secretariat of the Council to Delegations (20 October 2014) (14098/1/14).

Nederland

Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden.

Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie ('Telecommunicatiewet'), zoals geldend vanaf 21-12-2020.

Wet van 18 maart 1993, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912 ('Wet naburige rechten'), zoals geldend vanaf 11-10-2018.

Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens ('Wet bescherming persoonsgegevens'), *Stb.* 2000, 302.

Wet van 4 juli 2004, *Stb.* 336 ('Auteurswet'), zoals geldend vanaf 01-01-2021.

Wet van 25 maart 2009, houdende regels inzake de volledige liberalisering van de postmarkt en de garantie van de universele postdienstverlening (Postwet 2009), zoals geldend vanaf 01-01-2019.

Wet van 16 mei 2018, houdende regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) ('Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming'), *Stb.* 2018, 145.

Boek 3, 4, 5 en 6 van het Burgerlijk Wetboek, zoals geldend 01-01-2021.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2005/06, 30 696, nr. 3 (Wet op de lijkbezorging; Memorie van toelichting).

Kamerstukken II 2017/2018, 34851, 3 (Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming; Memorie van toelichting).

Kamerstukken II 2017/2018, 34851, 6 (Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming; Verslag).

Kamerstukken II 2017/2018, 34851, 7 (Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming; Nota naar aanleiding van het verslag).

Aanhangsel Handelingen II 2018/2019, 752.

Kamerstukken II 2019/20, 30 696, nr. 47 (Wijziging van de Wet op de lijkbezorging; Verslag van een algemeen overleg).

Rechtspraak

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 18 augustus 2008, no. 58148/00 (Éditions Plon t. Frankrijk).

EHRM 15 mei 2006, no. 1338/03 (Erven van Filtenborg Mortensen t. Denemarken).

EHRM 13 oktober 2006, no. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland).

EHRM 14 mei 2008, no. 55525/00 (Hadri-Vionnet t. Zwitserland).

EHRM 15 januari 2009, no. 1234/05, NJ 2009/524, m.nt. E.J. Dommering (Reklos & Davourlis t. Griekenland).

EHRM 27 juli 2010, no. 27138/04 (Ciubotaru t. Moldavië).

EHRM 21 februari 2014, no. 16882/03 (Putistin t. Oekraïne).

EHRM 9 december 2014, no. 41123/10 (Dzhugashvili t. Rusland).

EHRM 12 januari 2016, no. 55495/08 (Genner t. Oostenrijk).

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJEU 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/730 (Océano).

HvJEU 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, NJ 2009/395 (Pannon).

HvJEU 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq I).

HvJEU 28 juli 2016, zaak C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon).

HvJEU 19 oktober 2016, zaak C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (Breyer).

HvJEU 7 december 2017, zaak C-598/15, ECLI:EU:C:2017:945 (Banco Santander/Sánchez López).

HvJEU 20 december 2017, zaak C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994 (Nowak t. Data Protection Commissioner).

HvJEU 17 mei 2018, zaak C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320 (Karel de Grote Hogeschool/Kuijpers).

HvJEU 21 juni 2018, zaak C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485 (Oberle, Duitsland).

HvJEU 7 augustus 2018, gev. zaken C-96/16 en C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643 (Banco Santander/Demba en Godoy Bonet en Escobedo Cortés/Banco de Sabadell).

HvJEU 23 mei 2019, C-657/17, ECLI:EU:C:2019:444 (Sąd Okręgowy, Polen).

HvJEU 29 juli 2019, zaak C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624, m.nt. P.B. Hugenholtz (Pelham e.a.).

HvJEU 11 maart 2020, zaak C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188 (Lintner).

HvJEU 16 juli 2020, zaak C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569 (E.E., Litouwen).

HvJ EU 27 januari 2021, gev. zaken C-229/19 en 289/19, ECLI:EU:C:2021:68 (Dexia Nederland BV).

Hoge Raad

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Ermes c.s./Haviltex).

HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd.

HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251.

HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (Endstra Tapes).

HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, NJ 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (Cruif/Tirion).

HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (Gemeente Voorst/Alliander c.s.).

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2643 (De Gelderse Roos).

Gerechtshof

Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3034, IER 2015/60 met noot Eijsvogels.

Gerechtshof Amsterdam 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3749.

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam 6 juni 1985, ECLI:NL:RBAMS:1985:AH0726.

Vzr. Rechtbank Groningen 31 mei 2000, ECLI:NL:RBGRO:2000:AH8177.

Rechtbank Amsterdam 23 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU6005, *AMI* 2012, p. 43-44, m.nt. K.J. Koelman (Jackson/De Telegraaf).

Rechtbank Amsterdam 7 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2573.

Rechtbank Amsterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3303.
Rechtbank Den Haag 21 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10459.
Rechtbank Den Haag 15 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13698.
Rechtbank Amsterdam 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5415 (Davids/Riot Games).
Rechtbank Amsterdam 19 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9089.
Rechtbank Amsterdam 10 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7357.
Rechtbank Midden-Nederland 18 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3854.

Bundesgerichtshof

BGH 12 juli 2018, III ZR 183/17, ECLI:DE:BGH:2018:120718UIIIZR183.17.0.
BGH 27 augustus 2020, II ZB 30/20, ECLI:DE:BGH:2020:270820BIIIZB30.20.0.

Over de auteurs

Alle auteurs zijn verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam.

Prof. Mireille van Eechoud is hoogleraar Informatierecht aan het Instituut voor Informatierecht (IViR). Tot de kernthema's van haar onderzoek behoren het internationale, Europese en nationale intellectuele eigendomsrecht, met name auteurs-, databankenrecht en naburige rechten; en internationaal privaatrechtelijke aspecten.

Prof. Marco Loos is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht. De kern van zijn onderzoek bestaat uit actuele ontwikkelingen op het terrein van het Nederlandse en Europese consumentenrecht, het recht inzake algemene voorwaarden, de consumentenkoop en digitale inhoud, de levering van diensten, en alternatieve geschilbeslechting.

Prof. Chantal Mak is hoogleraar privaatrecht, met bijzondere expertise op het gebied van de doorwerking van grondrechten en mensenrechten in privaatrechtelijke verhoudingen, en de wisselwerking tussen wetgeving en rechtspraak.

Prof. Barbara Reinhartz is hoogleraar personen- en familierecht, met bijzondere expertise op het gebied van het erfrecht en notarieel recht. Tot 2017 was zij hoogleraar notarieel recht aan de UvA. Haar onderzoek concentreert zich op het relatievermogensrecht en het erfrecht, inclusief de IPR-aspecten daarvan.

Dr. Jef Ausloos is senior onderzoeker aan het IViR, en gespecialiseerd in (Europees) privacy- en gegevensbeschermingsrecht.

Mr. Luna Schumacher is junior onderzoeker aan het IViR, met name werkzaam aan projecten op het gebied van het auteursrecht en de uitingsvrijheid.

Mr. Lotte Pol was student-stagiair aan het IViR en verleende onmisbare onderzoeksondersteuning.