



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Data na de dood

Zwevend tussen contract en gegevensbescherming

van Eechoud, M.; Schumacher, L.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Eechoud, M., & Schumacher, L. (2022). Data na de dood: Zwevend tussen contract en gegevensbescherming. *Nederlands Juristenblad*, 97(6), 396-405. [355].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00DA5684&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Data na de dood

Zwevend tussen contract en gegevensbescherming

Mireille van Eechoud & Luna Schumacher¹

Mensen zijn zich nog weinig bewust van wat de implicaties van overlijden zijn voor het digitale bezit dat ze nalaten, terwijl iedereen hier steeds meer van heeft. Opvattingen verschillen over de mate waarin erfgenamen toegang moeten krijgen; er is nog weinig bekend over (veranderende) maatschappelijke opvattingen daarover. Omdat digitale communicatie geregeerd wordt door standaardovereenkomsten met aanbieders van informatiediensten, wordt ook de positie van erfgenamen daar primair door bepaald. Tegelijkertijd hebben veel aanbieders nog geen doordacht ‘overlijdensbeleid’ en daarbij passende voorwaarden en tools. Het lijkt tijd dat de (Europese) wetgever daar wat aan gaat veranderen. Om op kortere termijn te zorgen voor meer rechtszekerheid, zou de Nederlandse wetgever in ieder geval enkele specifieke plichten en rechten uit de AVG van toepassing kunnen verklaren op de persoonsgegevens van overleden gebruikers van informatiediensten.

Erfgenamen moeten onbelemmerd toegang krijgen tot de e-mailaccount van de erflater, zo oordeelde de voorzieningenrechter recent in een zaak tegen Microsoft, ook al bevatten online accounts veel informatie waarbij privacybelangen en andere belangen van derden spelen. De komende jaren zijn meer geschillen te verwachten. Vrijwel alle 170.000 mensen die jaarlijks overlijden,² hebben immers een ‘digitale nalatenschap’, bestaand uit onder andere accounts, berichten, beeld en media. Zo gebruiken ook ouderen massaal en frequent sociale media.³

Er is echter nog weinig aandacht voor de vraag wat de juridische consequenties zijn bij overlijden. Wat is de status van data na de dood? Hoe kan iemand zelf bepalen wat er met digitaal bezit moet gebeuren bij overlijden? Wat is de positie van erfgenamen? Die vragen worden beheerst door een complex geheel aan juridische normen, zo stelden wij vorig jaar vast in een onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.⁴ Erfrecht, algemeen vermogensrecht, consumenten(overeenkomsten)recht, rechten van intellectuele eigendom, portretrecht, privacy- en gegevensbeschermingsrecht spelen alle een deuntje mee.

In dit artikel nemen we onder de loep wat de rol van het gegevensbeschermingsrecht is en *kan* zijn. Dat laatste vooral indachtig het feit dat in Nederland de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) niet rechtstreeks van toepassing is op gegevens van personen zodra die zijn overleden (par. 4). Voordat we toekomen aan de AVG, zetten we eerst uiteen hoe aanbieders van informatiediensten nu via beleid en (standaard)voorwaarden in gebruiksovereenkomsten omgaan met accounts bij overlij-

den (par. 3). Dergelijke overeenkomsten bepalen in hoge mate de positie van erfgenamen, zoals ook blijkt uit het *Microsoft Hotmailaccount*-vonnis.⁵ De mechanische toepassing van het erfrechtelijke *saisine*-beginsel in dat vonnis en in de *Facebook*-arresten van het Duitse Bundesgerichtshof waarop het leunt bespreken we kritisch (par. 1). Dit vanwege het gebrekkige gewicht dat daardoor toekomt aan (privacy)belangen van derden bij ongebreidelde toegang tot accounts van overledenen. Beperkte toepassing van de AVG biedt in dat opzicht meer perspectief.

1. De digitale nalatenschap in een contractueel web

De consument van informatiediensten is normaliter partij bij een overeenkomst, waarbij het de aanbieder is die eenzijdig de gebruiksvoorwaarden vaststelt. Wat de vermogensrechtelijke status is van de ‘content’ van accounts is vooreerst een vraag van intellectuele eigendomsrecht, en dan met name van het auteursrecht en naburige rechten. Dat zijn absolute vermogensrechten die op bepaalde digitale inhoud rusten (het oorspronkelijke werk, de eerste opname van een film/video, etc.). Wat er verder aan digitaal ‘bezit’ precies in de nalatenschap valt – d.w.z. wat zijn aan te merken als voor overgang via erfopvolging vatbare goederen of schulden – is een interessante (en complexe) kwestie. Biedt het Nederlandse vermogensrecht ruimte om naast intellectuele eigendomsrechten informatie (bijvoorbeeld data, ‘belichaamd’ in bestanden, of virtuele objecten gemaakt in bijvoorbeeld een online game) als goed in de zin van artikel 3:1 BW te behandelen? Deze vraag wordt in de doctrine verschillend maar over het

Biedt het Nederlandse vermogensrecht ruimte om naast intellectuele eigendomsrechten, informatie als goed te behandelen?

algemeen negatief beantwoord.⁶ Vooralsnog beheerst daarom vooral het overeenkomstenrecht aanspraken op toegang na de dood. 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.

1.1. De erfrechtelijke saisine en informatiediensten

Ook voor digitale nalatenschappen geldt het erfrechtelijk beginsel van saisine (artikel 4:182 BW). Voor zover de erfflater geen bijzondere voorziening heeft getroffen, verkrijgt de erfgenaam onder algemene titel ('automatisch') alle vererfbare vermogensbestanddelen uit de nalatenschap en alle voor vererving vatbare schulden. Auteursrechten en andere intellectuele eigendomsrechten gaan – met uitzondering van de zogenaamde persoonlijkheidsrechten – over op erfgenamen, vanzelfsprekend alleen voor zover de overledene rechthebbende was, bijvoorbeeld op zelf gecreëerde video's of blogs. De erfgenamen treden in positie van de erfflater en zijn daarmee ook gebonden aan overeenkomsten die de erfflater heeft gesloten, zowel wat betreft de rechten als plichten. Rechten en plichten uit overeenkomst gaan immers over op erfgenamen tenzij uit de wet of de overeenkomst zelf iets anders voortvloeit (artikel 6:249 BW).

Nu bij de meeste informatiediensten sprake is van contractuele afspraken tussen gebruiker en dienstverlener, hangt het (mede) van de overeenkomst af wat de positie van erfgenamen is. Zo kan de erfflater door akkoord te zijn gegaan met de algemene voorwaarden, ermee hebben ingestemd dat alle inhoud van een social media account wordt verwijderd bij overlijden. Of de erfflater kan gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid die een dienstverlener biedt om bepaalde personen toegang te geven na overlijden. Erfgenamen zijn hieraan gebonden.

1.2. De Microsoft- en Facebook-zaken

Dat de saisineregel geldt voor informatiediensten is recentelijk door de rechter bevestigd, zij het in kort geding. De Amsterdamse rechtbank oordeelde dat de erven (ouders en zussen) van een plotseling overleden man, als rechts-

opvolgers toegang moesten krijgen tot de account behorend bij de gratis e-maildienst (Hotmail) die de overledene bij Microsoft afnam. Microsoft had de account geblokkeerd en de inhoud ongewijzigd bewaard, maar weigerde toegang te geven. Microsoft voerde onder andere aan dat account en inhoud geen vererfbaar goed zijn (in de zin van artikel 3:1 BW), en dat verplichtingen jegens derden op grond van onder andere de AVG en het auteursrecht zich ertegen verzetten dat erfgenamen (onbepaald) toegang krijgen. De rechter richtte zich op de contractuele kant.

Waren de erven partij geworden bij de gebruiks-overeenkomst (in casu de Microsoft Service Agreement (MSA))? De rechter constateerde dat de wet een type overeenkomst als de MSA niet als hoogstpersoonlijk (dat wil zeggen als niet-vererfbaar) betitelt, en dat ook de aard en de strekking van de MSA – het faciliteren van onder andere e-mailverkeer en bestandsopslag – geen aanleiding geeft om aan te nemen dat de overeenkomst onder algemene titel overgaat. Microsoft moest de erfgenamen dus op gelijke voet behandelen met de overleden gebruiker. Dat zou anders geweest zijn als de gebruiks-overeenkomst door overlijden was geëindigd.⁷ Zoals we zullen zien hanteren aanbieders van informatiediensten geregeld zo'n beding.

Het argument van Microsoft dat zij ook gehouden is om rechten van derden te respecteren, waaronder de privacybelangen en auteursrechtelijke belangen van personen met wie de erfflater mailverkeer had, schuift de rechter zonder inhoudelijke behandeling terzijde.⁸ Volgens de rechter hebben de erven groot belang bij spoedige toegang tot de mailaccount met het oog op de afwikkeling van de nalatenschap (opzeggen van abonnementen en dergelijke), omdat zij 'meer te weten hopen te komen over de omstandigheden van de dood van hun zoon en broer' en om vrienden en bekenden van hun zoon te kunnen informeren. Omdat er in Nederland geen specifieke regelgeving is rond digitale nalatenschappen, en in Duitsland wél een (geruchtmakende) zaak is geweest tot aan het Bundesgerichtshof, zoekt de rechter aansluiting bij deze zogenaamde 'Facebook-zaken'.

Auteurs

1. Prof. mr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar Informatierecht, mr. L.D. Schumacher promovenda aan het Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam.

Noten

2. CBS Data Statline: Overledenen; geslacht, leeftijd, burgerlijke staat, regio. Gewijzigd op: 6 september 2021. opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/03747/

table?dl=5A30E.

3. N. van der Veer, S. Boeke & H. Hoekstra, *Nationale Social Media Onderzoek 2021*, Amsterdam: Newcom Research 2021.

4. Dit artikel is deels gebaseerd op dat onderzoek: M.M.M. van Eechoud, J. Ausloos, M. Loos, C. Mak, B. Reinhardt, L. Schumacher & L. Pol, *Data na de dood – juridische aspecten van digitale nalatenschappen*. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 30 696 nr. 52. Ook raadpleeg-

baar op ivir.nl/nl/data-na-de-dood-onderzoek-naar-digitale-nalatenschappen/. Het onderzoek naar de gebruiksvoorwaarden is afgesloten op 1 april 2021.

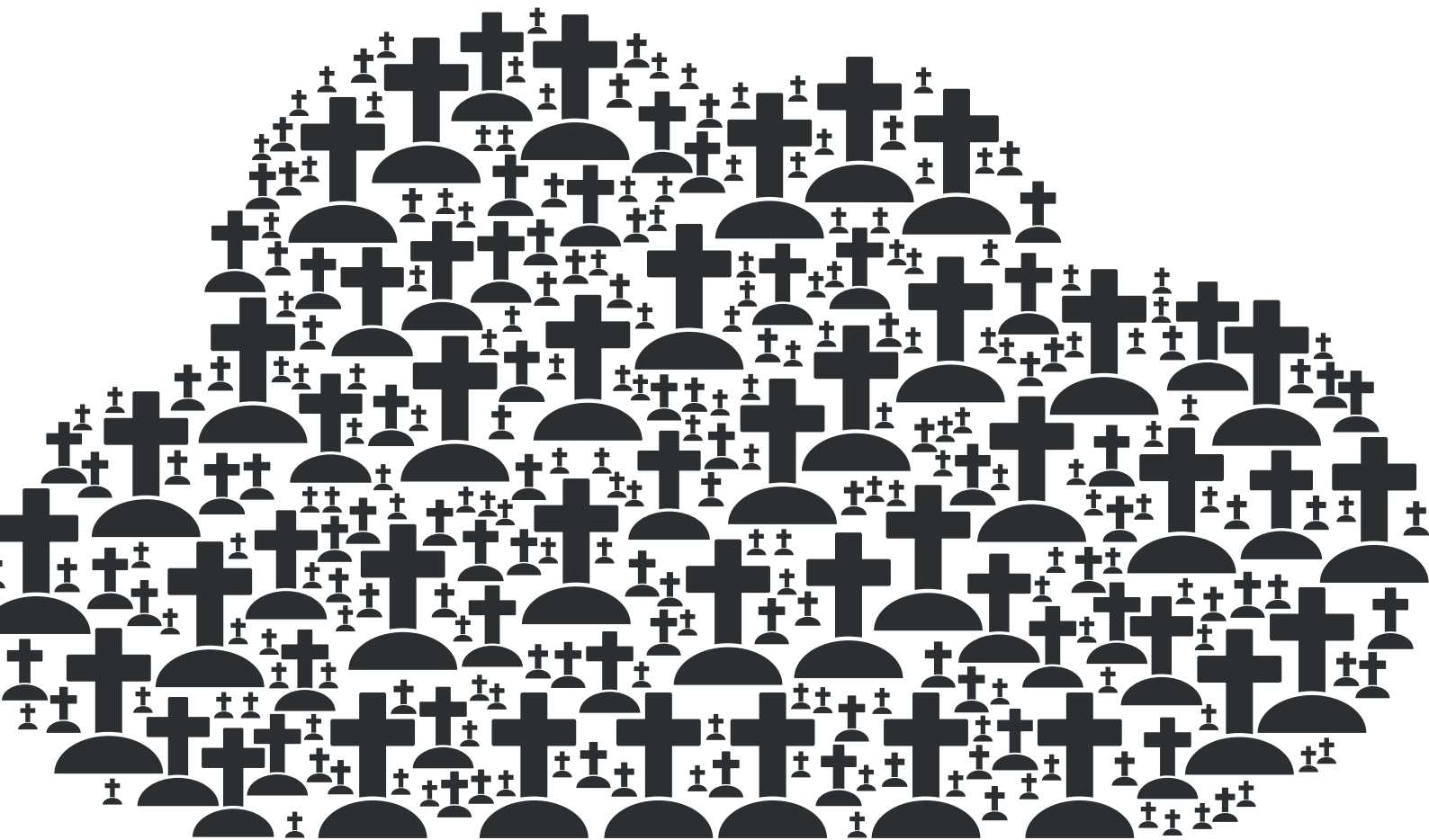
5. Rb. Amsterdam, 1 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7090 (*Microsoft Hotmailaccount*).

6. Zie voor een overzicht aan opvattingen: V. Tweehuysen, 'Digitaal goederenrecht. Een introductie', in: B. Bierens e.a., *Onderneming en digitalisering*, Deventer: Wolters

Kluwer 2019; en 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.

7. Zie voor nadere bespreking van op erfgenamen overgaande rechten: *Asser/Perrick* 4 2021/437 e.v.

8. Rb. Amsterdam, 1 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7090 (*Microsoft Hotmailaccount*).



© Shutterstock

Daarin oordeelde het BGH dat erfgenamen als rechtsopvolgers bij de overeenkomst met Facebook ingevolge het beginsel van saisine, aanspraak hebben op volledige toegang tot het door de overledene gebruikte account (hier van het sociale media platform Facebook).⁹ Het BGH paste het beginsel van saisine strikt toe en leunde daarbij zwaar op wat men de 'brievanalogie' noemt: papieren brieven en foto's zoals men die in het huis van de overledene aan kan treffen zijn zaken (stoffelijke objecten) die in de nalatenschap vallen; een sociale media account zou in wezen niets anders zijn dan een digitale doos met correspondentie. Los van het gemak waarmee de voorzieningenrechter een Duits arrest als rechtsbron adopteert, is er op die brievanalogie het nodige af te dingen.

Wat speelde er in de *Facebook*-zaken die bij het Bundesgerichtshof eindigden? Een moeder wilde in haar

Los van het gemak waarmee de voorzieningenrechter een Duits arrest als rechtsbron adopteert, is er op die brievanalogie het nodige af te dingen

hoedanigheid van erfgename toegang tot de Facebook-account van haar minderjarige dochter, die in 2012 onder onopgehelderde omstandigheden bij een metro-aanrijding was omgekomen. Facebook had het account binnen een paar dagen na melding van overlijden in de toenmalige 'herdenkstatus' gezet. Die voorloper van de huidige 'herdenkstatus' was gebaseerd op beleid, maar voor gebruikers niet juridisch bindend (naar Duits recht), en dus ook niet verbindend ten aanzien van erfgenamen. Hoewel de moeder beschikte over de inloggegevens, lukte inloggen niet meer vanwege die 'herdenkstatus'. De moeder wilde toegang, onder andere omdat ze hiermee hoopte te kunnen aantonen dat geen sprake was van zelfdoding (er dreigde een schadevergoedingsclaim van de metrobestuurder). Facebook weigerde toegang te geven en rechtvaardigde dit met een beroep op regelgeving op het gebied van privacy en vertrouwelijke communicatie.

In hoogste instantie oordeelde het Bundesgerichtshof dat Facebook inderdaad verplicht was om de erfgenamen als rechtsopvolgende partij bij de overeenkomst toegang tot de account te geven, en te zorgen dat de informatie in de account (contacten, posts, etc.) bewaard bleef. Het verstrekken van gegevens in de vorm van bestanden in PDF-formaat was ontoereikend, zo bleek uit een vervolguitspraak.¹⁰

Het BGH – en in het voetspoor daarvan de Rechtbank Amsterdam – passen erfrechtelijke regels uit het analoge tijdperk dus mechanisch toe in een digitale context, en lijken daarbij vooral oog te hebben voor de belan-

gen van de erfgenamen, inclusief praktische en emotionele. De belangen van derden krijgen relatief weinig gewicht. Daarbij leunt de rechter zwaar op de gedachte dat online accounts zoals e-mail, sociale media en cloudopslag vergelijkbaar zijn met fysieke brieven, foto's en dagboeken uit de oude doos. Die zijn immers vererfbaar.

Zowel in kwantitatief als kwalitatief opzicht gaat de brievenanalogie echter mank. Het volume aan communicatie – of het nou mails zijn, posts van beeld of tekst, berichten – is onvergelijkbaar veel groter omdat technologie het maken, delen en bewaren zo vergemakkelijkt. In kwalitatieve zin zijn er meerdere verschillen. Digitale communicatie is juridisch gezien – los van eventuele intellectuele eigendomsrechten op de inhoud – geen object van eigendom, in tegenstelling tot de fysieke brief of foto (de drager).¹¹ Veel digitale communicatie is vluchtiger dan de zorgvuldig gecomponeerde brief, en gericht aan meer personen dan de erflater. Zowel de berichten van verzender als ontvanger zijn leesbaar, waar men bij de klassieke brief normaliter slechts over één kant van de correspondentie beschikt. Het bewaren van digitale correspondentie gebeurt vrijwel vanzelf en verwijderen (zeker definitief) kost moeite.¹² Het bewaren van brieven en afgedrukte foto's vraagt ruimte en inspanning en gebeurt daardoor meer weloverwogen. Verder kan digitale communicatie en documentatie een zeer persoonlijk karakter hebben,¹³ naar aard meer gelijkend op een intiem gesprek. Het bevat doorgaans ook meer persoonsgegevens dan brieven, waaronder locatiegegevens en precieze data van verzending.¹⁴ Kenmerkend ten opzichte van traditionele privé-correspondentie is dat digitale 'correspondentie' vaak ook inhoud afkomstig van derden omvat.

De mogelijkheden om communicatie af te schermen van derden (waaronder familie) zijn bij digitale communicatie groot. Is het gerechtvaardigd dat door vererving erfgenamen volledig toegang krijgen tot die afgeschermd communicatie op basis van de saisine?¹⁵ Hier speelt onder andere de vraag in hoeverre de autonomie van de overledene na overlijden gerespecteerd kan of moet worden, en wat daarvoor de (juridische) grondslag is.

Toegang tot digitale content staat zelden los van toegang tot accounts. Foto's en video's kunnen voor nieuwe toepassingen gebruikt worden die in het analoge tijdperk ondenkbaar waren. Zo kunnen overleden personen door middel van 'deep fakes' weer tot leven kunnen worden

gewekt. Een recent voorbeeld is het cadeau dat reality-ster Kim Kardashian kreeg: een hologram van haar vader wenste haar een fijne verjaardag.¹⁶ Denkbaar is dat erfgenamen de overledene met deepfake technologie virtueel in leven houden via bijvoorbeeld sociale media. Of dit maatschappelijk wenselijk is, is zeer de vraag.¹⁷ Andersom kunnen nabestaanden wel onder omstandigheden met behulp van het portretrecht, of algemener op grond van onrechtmatige daad, deepfakes die de overledene 'uitbeelden' laten verwijderen.¹⁸

Kortom, het is te simplistisch om sociale media, e-mail en andere vormen van digitale communicatie te behandelen als ware het slechts online equivalenten van traditionele analoge communicatie. Het is onwenselijk dat content op het web blijft rondzwerven na overlijden, zonder dat erfgenamen (of nabestaanden) daar enige invloed op kunnen uitoefenen omdat de overeenkomst is geëindigd bij overlijden. Maar ook het uitgangspunt dat erfgenamen onbeperkte toegang moeten hebben tot alle accounts van de overledene is vanuit maatschappelijk oogpunt problematisch. Een makkelijke oplossing is er niet, en dat heeft ook veel te maken met het feit dat de maatschappelijke opvattingen hierover nog fluide zijn, voor zover we überhaupt weten wat die opvattingen zijn.

1.3. Maatschappelijke verwachtingen

De manier waarop en de intensiteit waarmee mensen communiceren verandert, door technologie gedreven. Dat heeft ongetwijfeld effect op de gerechtvaardigde verwachtingen van gebruikers en erflaters over wie toegang krijgt. Naar maatschappelijke opvattingen daarover is nog nauwelijks onderzoek gedaan. Uit een peiling onder consumenten is wel bekend dat veruit de meeste mensen niet

Maar ook het uitgangspunt dat erfgenamen onbeperkte toegang moeten hebben tot alle accounts van de overledene is vanuit maatschappelijk oogpunt problematisch

9. BGH 12 juli 2018, III ZR 183/17, ECLI:DE:BGH:2018:120718UIIIZR183.17.0. (Facebook I).

10. BGH 27 augustus 2020, II ZB 30/20, ECLI:DE:BGH:2020:270820BIIIZB30.20.0. (Facebook II).

11. E. Harbinja, *Legal Aspects of Transmission of Digital Assets On Death*, (diss. Strathclyde), University of Strathclyde, 2017, p. 188.

12. L. Edwards & E. Harbinja, 'Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World', *Cardozo Arts & Entertainment* 2013, p. 118.

13. S. Pitz, 'Eltern erben Facebook-Account', *JURA – Juristische Ausbildung* 2019 41/4, p. 398.

14. E. Harbinja, *Legal Aspects of Transmission of Digital Assets On Death* (diss. Strathclyde), University of Strathclyde 2017), p. 228.

15. De problematiek rond het toegang krijgen tot een beveiligde (face-id, finger-print, inlogcode) telefoon, tablet of ander apparaat dat in de nalatenschap valt laten we hier even buiten beschouwing; ook hier vertoont het juridisch kader leemtes. Zie ook RTL nieuws, 'Nabestaanden kunnen vaak niet in telefoon overledene: "Al vier

jaar hopen we op antwoord"', 27 januari 2022, [rtlnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/5283244/digitale-nalatenschap-nabestaanden-geen-toegang-telefoon](https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/nederland/artikel/5283244/digitale-nalatenschap-nabestaanden-geen-toegang-telefoon).

16. AD redactie, 'Kanye geeft Kim Kardashian hologram van overleden vader cadeau', AD 30 oktober 2020, zie ook: ad.nl/show/kanye-geeft-kim-kardashian-hologram-van-overleden-vader-cadeau-ac0773fc/.

17. Zie voor een uitgebreide analyse van deep fakes: B. van der Sloot, Y. Wagensveld & B.J. Koops, *Deepfakes: De juridische uitdagingen van een synthetische samenleving*, Tilburg Institute for Law, Technology,

and Society, 2021, p. 189.

18. De positie van nabestaanden in het portretrecht bespreken we uitgebreider in ons rapport (noot 4). Specifiek over deepfakes en portretrecht: B. van der Sloot, Y. Wagensveld & B.J. Koops, *Deepfakes: De juridische uitdagingen van een synthetische samenleving*, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, 2021, p. 111. Zie over het verwijderen van onrechtmatige content: J. van Hoboken et al., WODC-onderzoek: *Voorziening voor verzoeken tot snelle verwijdering van onrechtmatige online content*, Universiteit van Amsterdam - Instituut voor Informatierecht (IVIR), 2020.

bezig zijn met hun digitale nalatenschap, dat men geen idee heeft wat het recht hierover bepaalt, maar dat tegelijkertijd ongeveer de helft het (zeer) belangrijk vindt dat hun digitale bezit na overlijden wordt afgehandeld. Ook vindt bijna de helft dat nabestaanden alleen met expliciete toestemming van de overledene, of helemaal niet, toegang mogen krijgen. Bij toegang tot accounts van mediadiensten (streaming muziek zoals Spotify) hechten mensen significant minder aan toestemming, bij toegang tot communicatiediensten zoals e-mail en tot foto's en berichten die via sociale media met een beperkt aantal mensen zijn gedeeld juist meer.¹⁹ Genoemd onderzoek duidt erop dat onderscheid maken naar verschillende typen diensten gerechtvaardigd is, maar ook dat maatschappelijke opvattingen mogelijk veranderen naarmate de problematiek rond digitale nalatenschappen bij meer burgers bekend wordt.

Digitalisering heeft geleid tot juridisering: een web aan duurovereenkomsten met aanbieders van informatiediensten beheerst de communicatie-omgeving van mensen, en het zijn deze overeenkomsten die ook voor de digitale nalatenschap dominant zijn. Wie erfgenaam is, wordt grotendeels bepaald door de bij wet erkende familierechtelijke betrekkingen. Volgens het BGH zouden Facebookvrienden redelijkerwijs niet de verwachting mogen hebben dat berichten die zij sturen niet bij anderen dan de geadresseerde terecht komen, zoals bij ouders en erfgenamen. Dat is onzes inziens dus maar zeer de vraag.

De recente inspanningen van platforms om via zogenaamde 'legacy tools' gebruikers meer zeggenschap te geven over wat er bij overlijden met de account moet gebeuren, is ook een indicatie dat het niet vanzelfsprekend is dat erfgenamen onbeperkt toegang krijgen. Microsoft kent zo'n voorziening in Nederland nog niet, maar zal na de uitspraak van de voorzieningenrechter wellicht genegen zijn daarmee haast te maken. Overigens is Microsoft bepaald niet het enige bedrijf dat er een weinig geavanceerd overlijdensbeleid op nahoudt. Zoals we zullen zien is dit bij veel aanbieders van informatiediensten weinig ontwikkeld.

2. Gebruiksvoorwaarden en beleid van informatiediensten

Voor het onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse zaken, analyseerden wij het beleid en de gebruiksvoorwaarden van zo'n vijftig populaire informatiediensten, variërend van cloudopslag tot online games.²⁰ Daarbij onderscheidden we drie grove categorieën. Ten eerste digitale mediadiensten, zoals streaming video- of muziekdiensten, waarbij kenmerkend is dat de gebruiker vrij passief consumeert en betaalt met geld (of aandacht) voor commercieel geproduceerde content. De tweede categorie omvat communicatiediensten, waaronder sociale media en berichtendiensten (Instagram, LinkedIn, Whatsapp etc.). De gebruiker heeft een actieve rol, is zelf bron van content (posts, berichten etc.) en directe communicatie met derden staat voorop. Bij ICT-diensten – de derde categorie – staat opslag van informatie centraal, denk aan cloudopslagdiensten en digitale kluisen. Niet elke dienst past precies in deze categorisering; online gaming-diensten bijvoorbeeld hebben vaak kenmerken van zowel media- als communicatiediensten.

Samengevat is dit het beeld dat oprijst over de wijze waarop aanbieders van informatiediensten omgaan met data na overlijden. Juridisch complexe vragen rijzen vooral bij communicatiediensten en cloudopslag, vanwege intellectuele eigendomsrechten en privacybelangen van derden. Veel aanbieders van informatiediensten hebben geen duidelijk kenbaar beleid, laat staan bepalingen in de algemene voorwaarden die specifiek regelen wat er met de account en de bijbehorende content gebeurt bij overlijden van de gebruiker. Uitzondering hierop zijn de grotere (veelal Amerikaanse) platforms, en (niet verbazingwekkend) aanbieders van digitale kluisen.

Voor gebruikers is dus lang niet altijd duidelijk kenbaar welke mogelijkheden er zijn en wat precies de juridische aanspraak van de gebruiker en diens rechtsopvolgers is. Zo kan bijvoorbeeld via de 'Hulp'-pagina van LinkedIn²¹ in geval van overlijden een verzoek worden ingediend om een account te sluiten of een herdenkstatus te geven. In

Ook vindt bijna de helft dat nabestaanden alleen met expliciete toestemming van de overledene, of helemaal niet, toegang mogen krijgen

de Gebruikersovereenkomst zelf is hierover echter niets geregeld. Ook bij andere aanbieders lijken dergelijke opties slechts 'beleid', dat veelal ook nog eens omslachtig te vinden is, ergens op een omvangrijke FAQ-pagina of via de klantenservice. De consument (en diens erfgenamen) zijn slechts aan zulk beleid gebonden als dit onderdeel is van de algemene voorwaarden: daarvoor moet de toepasselbaarheid van het beleid op de (gebruikers)overeenkomst zijn aanvaard en het beleid moet goed toegankelijk zijn op het moment van contractsluiting (artikel 6:231 juncto 232 en artikel 6:230e BW).

2.1. Geheimhoudingsplichten

Als de erfgenamen kennis hebben van het bestaan van accounts, inlognamen, en bijbehorende wachtwoorden of andere toegangsbeveiligingsmiddelen (van telefoons, tablets e.d.) kunnen ze feitelijk bij de accounts van de overledene. Maar met de komst van passwordmanagers, biometrische beveiliging en tweefactor authenticatie is dat steeds lastiger. Een voor de afhandeling van de digitale nalatenschap problematische type bepaling die in de voorwaarden van vrijwel alle informatiediensten voorkomt is de geheimhoudingsbepaling die de gebruiker verbiedt inloggegevens met derden te delen. Een geheimhoudingsbeding dat de accounthouder ook verbiedt om accountgegevens te delen met toekomstige erfgenamen, bijvoorbeeld in een laatste wilsbeschikking, komt mogelijk in aanmerking voor de grijze lijst van bedingen die in consumentenovereenkomsten worden vermoed onredelijk

bezwarend te zijn in de zin van artikel 6:237 BW. De voornaamste reden hiervoor is dat ná overlijden in beginsel geen sprake zal zijn van schending van het geheimhoudingsbeding, als de erfgenamen in plaats van de erflater contractpartij zijn geworden.

2.2. Legacy tools

Met name grote platforms zoals Facebook, Instagram en sinds kort ook Apple hebben wel duidelijk beleid. Zij bieden gebruikers ook de optie om via 'tools' aan te geven wat er met de account na overlijden moet gebeuren en een persoon ('vertrouwenspersoon' of 'legacy contact') aan te wijzen die toegang gegeven moet worden tot (bepaalde delen van) de inhoud. Bij de zogenaamde 'digitale kluisen' is de toegangsfunctionaliteit voor erfgenamen of gevolmachtigden zelfs een essentieel onderdeel van de dienst. De juridische status van de wensen die de overledene via online 'tools' heeft aangegeven, is echter niet altijd duidelijk, met name wanneer het beleid niet onderdeel is van de algemene voorwaarden, of deze vaag zijn. De aanwezigheid van een vertrouwenspersoon maakt daarnaast natuurlijk geen uiterste wilsbeschikking in erfrechtelijke zin, terwijl consumenten mogelijk wel denken dat ze het goed geregeld hebben.

Opvallend is dat vertrouwenspersonen niet per se volledige toegang krijgen; ze kunnen de dienst niet gebruiken op een vergelijkbare wijze als de erflater dat deed. Zo kan een vertrouwenspersoon bij Facebook enkel bepaalde beheerdersacties uitvoeren, maar bijvoorbeeld niet privéberichten sturen of lezen. Het beschermen van belangen van derden speelt hier ongetwijfeld een rol. Voor het gebruik van diensten uit de Apple-stal is een Apple-ID nodig. De Apple-gebruiker kan sinds kort een persoon aanwijzen, en die persoon een unieke code geven, waarmee die na overlijden van de gebruiker toegang heeft tot kort gezegd berichten, foto's en andere content die de gebruiker op iCloud bewaart. Ook kunnen Apple apparaten van de gebruiker hiermee ontgrendeld worden. Maar de toegang strekt zich niet uit tot onder andere wachtwoorden, content uit mediadiensten zoals Apple Music en diensten van derden.²²

2.3. Verstrekken kopie inhoud

De meeste geanalyseerde informatiediensten kennen geen nalatenschap *tool* waarmee gebruikers vooraf zaken kunnen regelen. Wel bieden met name cloudopslagdien-

sten erfgenamen de mogelijkheid om op verzoek een kopie van (een deel van) de inhoud van de account te krijgen. Onder andere Microsoft (OneDrive), Dropbox en Amazon doen dat. Hiervoor is veelal het toesturen van een overlijdensakte vereist, en in het geval van Dropbox is hiervoor zelfs een rechterlijk bevel nodig. Ze geven geen directe toegang tot de account, en ook geen volledige inzage.

Informatiediensten die gepersonaliseerd aanbod leveren, dat wil zeggen dat content wordt afgestemd op kenmerken van de individuele gebruiker, bieden doorgaans enkel een afsluitmogelijkheid, eventueel met de optie om inhoud toe te sturen aan een potentieel rechtzeggende. Een mogelijke verklaring is de persoonlijkere aard van zulke diensten en het verlies aan effectiviteit van personalisatie als de erfgenaam – met eigen voorkeuren en eigenschappen – de account voortzet. Zo'n breuk 'vervuilt' voor de aanbieder mogelijk ook waardevolle data.

2.4. No survivorship-bepalingen

Zogenaamde 'no survivorship'-bepalingen ('geen recht van de langstlevende') sluiten overdraagbaarheid van de account uit en bepalen expliciet dat eventuele rechten op de account of de inhoud daarvan bij overlijden komen te vervallen.²³ Tot voor kort hanteerde Apple zulke clausules in de algemene voorwaarden van alle diensten uit de 'Apple family'. Recent is dit aangepast. 'No-survivorship' is nog steeds uitgangspunt, tenzij de gebruiker van de mogelijkheid gebruik heeft gemaakt om een 'legacy contactpersoon' aan te wijzen voor het Apple-ID. Voor sommige cloud storage-diensten en games geldt ook 'no survivorship', bij de game Second Life bijvoorbeeld ten aanzien van de virtuele munteenheid van de game.

Zoals het voorbeeld van Apple illustreert, hebben grote aanbieders veel impact op de afwikkeling van de digitale nalatenschap. Door het creëren van 'walled gardens' en 'bundeling' nemen veel gebruikers verschillende diensten af bij dezelfde aanbieders; ook hier springen Google/Alphabet, Amazon, Microsoft, Apple en Meta/Facebook eruit. Zo kan een overledene onder meer e-mail, een cloudopslagdienst, diverse streamingabonnementen (muziek, video, nieuws) en een app store account hebben bij Apple. Indien de overledene niet een 'legacy' contact heeft aangewezen, kan Apple mogelijk met een beroep op de 'no survivorship'-bepaling een groot deel van de digitale nalatenschap verloren doen gaan. Tenzij een waakzame

De aanwijzing van een vertrouwenspersoon is natuurlijk geen uiterste wilsbeschikking in erfrechtelijke zin, terwijl consumenten mogelijk wel denken dat ze het goed geregeld hebben

19. M. Kaal & F. Mol, *Digitale nalatenschap en kwaliteit uitvaartbranche*, Kantar 2021 (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties). Bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 30696, nr. 52.

20. Zie het in noot 4 genoemd rapport voor een verantwoording van de onderzoeksmethode.

21. Versie februari 2021.

22. Voorwaarden herzien 21 september 2021, zie www.apple.com/nl/legal/inter-

net-services/icloud/nl/terms.html. Daarvoor bepaalden de gebruiksvoorwaarden van Apple iCloud: '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. (...)'.
²³. Voor de vraag of deze bedingen in consumentenovereenkomsten altijd rechts-

geldig zijn, zie verder Van Eechoud et al. 2021, p. 45 e.v.

Vanwege de grote diversiteit aan voorwaarden en het ontbreken van een duidelijk beleid, is het moeilijk voor gebruikers om grip te krijgen op wat er bij overlijden gebeurt met accounts en de daaraan gekoppelde digitale inhoud

erfgenaam de rechtsgeldigheid van een dergelijk beding met succes betwist.

2.5. Conclusie

De belangrijkste conclusie uit de analyse van gebruiksvoorwaarden en het relevante wettelijk kader 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 de daaraan gekoppelde digitale inhoud. Dat geldt evenzeer voor nabestaanden, of preciezer: erfgenamen en eventueel door de erflater gevolmachtigden. Dit kan verbeterd worden door bijvoorbeeld (in EU-verband) het overeenkomstenrecht, meer specifiek het consumentenrecht, aan te passen, door aanbieders van informatiediensten te verplichten om duidelijk kenbaar beleid met bijbehorende algemene voorwaarden te hebben. Daarnaast is te overwegen om (grote) aanbieders van in ieder geval communicatie- en ICT-diensten te verplichten ook 'legacy tools' aan te bieden, en te zorgen dat de juridische status daarvan helder is, ook erfrechtelijk gezien. Maar naast deze meer contractenrechtelijke route, biedt het gegevensbeschermingsrecht ook mogelijkheden.

3. Rol van de Algemene Verordening Gegevensbescherming

De Algemene Verordening Gegevensbescherming en de Uitvoeringswet AVG (UAVG) zijn bij leven al van toepassing omdat bij het gebruik van informatiediensten eigenlijk altijd persoonsgegevens worden verwerkt. Dat betreft namelijk volgens artikel 4 lid 1 AVG de verwerking van alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (de betrokkene). Zowel het begrip persoonsgegevens als het begrip verwerken ('een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés') worden zeer ruim geïnterpreteerd.²⁴

3.1. AVG en persoonsgegevens van overledenen

Maar wat nu bij overlijden? De Nederlandse wetgever heeft er in 2018 bewust – maar zonder echt debat – voor gekozen om het toepassingsbereik van de AVG beperkt te houden tot de verwerking van persoonsgegevens van levende personen. Dat zou passen bij de beoogde 'beleids-neutrale' implementatie van de AVG; de voorganger Wet bescherming persoonsgegevens was immers ook niet van toepassing op gegevens van overleden personen.²⁵ Dat klopt, maar de Wet bescherming persoonsgegevens (*Stb.* 2000, 302) dateerde in internettermen uit de middeleeuwen en diende grotendeels ter implementatie van de

Richtlijn bescherming persoonsgegevens van 1995 (Richtlijn 95/46/EC). Ter referentie: in 1995 waren webbrowsers bepaald nog geen gemeengoed en was de uitgifte van Nederlandse domeinnamen nog een zaak van academici.²⁶ Ook in het decennium daarna leek de exponentiële groei van sociale media ver weg. Facebook werd gelanceerd in 2004 (VS), YouTube in 2005, Instagram in 2010. Het recentere TikTok (2016) is onder Nederlandse jongeren inmiddels populairder dan Facebook.²⁷

De Autoriteit Persoonsgegevens pleitte er bij de invoering van de AVG voor – juist vanwege de opkomst van sociale media – wél bepaalde rechten zoals inzage, rectificatie en gegevenswissing (tijdelijk) door nabestaanden te laten uitoefenen.²⁸ Andere lidstaten hebben met het oog op de te beschermen belangen van zowel overledenen als hun nabestaanden (of erfgenamen) ook dergelijke keuzes gemaakt, al variëren de regelingen nogal. Nederlandse burgers kunnen zo indirect beschermd zijn, waar dienstverleners onderworpen zijn aan de strengere regelgeving in het EU-land van vestiging met name.

De grote uitdaging bij het bepalen in hoeverre erfgenamen rechten op grond van de AVG zouden moeten kunnen uitoefenen ligt in de mogelijk conflicterende belangen van derden en erfgenamen. Ook speelt een rol in hoeverre de wensen van de overledene rechtens te respecteren belangen zijn. In het vervolg onderscheiden we de situatie waarbij de informatiedienstovereenkomst voortduurt (par. 3.4), en waar die eindigt (par. 3.5). In dat laatste geval hebben erfgenamen immers niet als contractpartij toegang tot accounts. Maar allereerst beschrijven we in hoeverre de AVG indirect toepasselijk blijft (par. 3.2) en waarom specifieke AVG-rechten momenteel niet vererfbaar zijn (par. 3.3).

3.2. Indirecte AVG-bescherming

Ook na overlijden zal de dienstverlener normaliter nog steeds verplichtingen op grond van de AVG in acht moeten nemen, waardoor gegevens van de overledene indirect beschermd zijn. De gegevens die de overleden gebruiker heeft verzameld, opgeslagen of gecommuniceerd omvatten immers veelal persoonsgegevens van andere, nog levende personen. Denk aan foto's, contactgegevens en berichten. Ook genereren dienstverleners data over communicatie tussen gebruikers. Die nog levende personen kunnen erfgenamen (of ruimer: nabestaanden) zijn, die dan op eigen titel AVG-bescherming kunnen invoeren en zo indirect nog enigszins controle over nagelaten digitale inhoud hebben. Maar het zal ook vaak gaan over persoonsgegevens van anderen.

De dienstverlener zal als verwerkingsverantwoordelijke ten aanzien van die persoonsgegevens, nog steeds een valide grondslag voor verwerking moeten hebben

(artikel 6 AVG: onder andere toestemming, overeenkomst, wettelijke plicht). Ook zal hij zich moeten houden aan onder andere de beginselen van dataminimalisatie en doelbinding (artikel 5 lid 1 AVG). Verder blijft bijvoorbeeld de plicht om zorg te dragen voor passende beveiliging (artikel 32 AVG) bestaan ten aanzien van de andere persoonsgegevens. In de praktijk zullen de gegevens van overledenen meeliften op die beveiligingsmaatregelen.

3.3. AVG en erfopvolging

Specifieke rechten van de betrokkene zijn met name het recht op inzage (artikel 15 AVG), rectificatie (artikel 16 AVG), verwijdering (gegevenswissing, artikel 17 AVG), en beperking van de verwerking ('on hold' zetten van verwerking met voorlopige bewaring van gegevens; artikel 18 AVG). Daarnaast is ook het recht op portabiliteit relevant (elektronische overdraagbaarheid van gegevens, artikel 20 AVG). Het recht van inzage voor betrokkene omvat ook het recht op verstrekking van een kopie van de persoonsgegevens (artikel 15 AVG), hoewel omstreden is of dit telkens een (schriftelijke) kopie moet zijn als inzage op andere wijze mogelijk is.²⁹

De rechten die betrokkene op grond van de AVG toekomen zijn momenteel niet vatbaar voor overgang door erfopvolging. Dit volgt al uit het feit dat de AVG niet van toepassing is op gegevens van overleden personen. Maar zelfs al zou gegevensbescherming ook op gegevens van overleden personen betrekking hebben, dan is daarmee nog niet gezegd dat erfgenamen de specifieke rechten die de AVG toekent kunnen uitoefenen. Dat zou anders zijn als men die 'AVG-rechten' als rechten kwalificeert die in de nalatenschap vallen. Zo'n kwalificatie is problematisch.

Weliswaar zijn in de rechtspraak bepaalde (subjectieve) persoonlijkheidsrechten erkend – zoals het recht op bescherming van eer en goede naam, en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer³⁰ – en zou men ook de specifieke rechten van de betrokkene op grond van de AVG als zodanig kunnen karakteriseren. Echter, ook daarmee vallen ze nog niet in de nalatenschap. Naast vermogensrechten kunnen ook andere rechten in de nalatenschap vallen, maar die moeten dan wel voor overgang vatbaar zijn in de zin van artikel 4:182 BW. Bezien we bepaalde persoonlijkheidsrechten waaromtrent wel een wettelijke regeling bestaat, dan valt op dat deze juist niet uitgaat van algehele overgang. Zo bepaalt de Auteurswet ten aanzien van de wettelijk geregelde persoonlijkheidsrechten van de auteur (artikel 25 Auteurswet) en het aan een geportretteerde toekomende portretrecht (artikel 19-20 Auteurswet) slechts dat deze *uitgeoefend* kunnen worden door een beperkt omschreven categorie *nabestaanden*.

Ook voorbeelden uit de rechtspraak stemmen niet hoopgevend. Het recht om een verzoek om informatie in gevolge de Wet openbaarheid van bestuur (in 2022 opgevolgd door de Wet open overheid) in te dienen is bijvoorbeeld niet vererfbaar.³¹ Ook het inzage-recht op grond van de wet Basisregistratie personen is dat niet.³² In deze gevallen gaat het weliswaar om rechten op informatie in de relatie burger-overheid, maar waarom men het inzage-recht en andere rechten onder de AVG die gelden ten opzichte van zowel overheid als private sector anders zou behandelen valt moeilijk in te zien. Zonder nadere wette-

Zonder nadere wettelijke regeling zullen erfgenamen dus niet om inzage, rectificatie of verwijdering van persoonsgegevens van de overledene kunnen verzoeken

lijke regeling zullen erfgenamen dus niet om inzage, rectificatie of verwijdering van persoonsgegevens van de overledene kunnen verzoeken. Ook hebben ze geen aanspraak op het on hold zetten van verwerking, of op het recht op dataportabiliteit.

3.4. De voortdurende overeenkomst

De grondslag waarop de informatiedienstverlener zich normaliter beroept voor verwerking van persoonsgegevens van de gebruiker is noodzaak 'voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is' (artikel 5 lid 1 sub b AVG). De meeste gebruikersovereenkomsten op het gebied van informatiediensten zijn duurovereenkomsten. Wat als de overeenkomst niet eindigt bij overlijden? Als de overeenkomst voorziet in mogelijkheden voor de gebruiker om bij leven te bepalen wat er met gegevens na overlijden moet gebeuren, of wie bijvoorbeeld als 'legacy contact' toegang tot de account krijgt, dan werken deze zoals gezegd door. Ook waar de algemene voorwaarden verder beperkingen stellen aan toegang nadat de gebruiker is overleden, binden deze de erfgenamen.

Zou men accepteren dat hoewel de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de verwerking blijft bestaan, de plichten voor de verantwoordelijke vervallen en de rechtsopvolgers geen rechten aan de AVG kunnen ontlenen, dan ontstaat een verwrongen situatie. Theoretisch is het mis-

24. Zie o.a. HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (Breyer); HvJ EU 20 december 2017, C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994 (Nowak/Data Protection Commissioner).

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

26. Tot 1996 gebeurde het beheer van het

.NL domein door het Amsterdamse Centrum voor Wiskunde en Informatica (CWI), (tegenwoordig onderdeel van NWO). Zie Jaarverslag SIDN 1996.

27. N. van der Veer, S. Boekke & H. Hoekstra, *Nationale Social Media Onderzoek 2021*, Amsterdam: Newcom Research 2021, p. 19 e.v.

28. Autoriteit Persoonsgegevens, Advies wetsvoorstel Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, 6 april 2017, p. 19.

29. Zie voor rechtspraak G.J. Zwenne, T&C *Privacy- en gegevensbeschermingsrecht*, commentaar op art. 15 AVG.

30. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV

2015/46.

31. ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:506.

32. ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:648.

schien consequent: zodra de gebruiker/betrokkene overlijdt, is de AVG niet meer van toepassing op deze persoon betreffende gegevens en heeft de dienst aanbieder dus ook de overeenkomst niet meer nodig als grondslag voor verwerking ervan.

Maar die overeenkomst bestaat wél voort, alleen zijn de erfgenamen daarbij partij geworden. In algemene voorwaarden staat doorgaans dat gebruik van de dienst onderworpen is aan het privacybeleid van de aanbieder, dat conform de plichten en rechten van de AVG is ingericht. De overeenkomst is nu de grondslag voor verwerking van persoonsgegevens van de erfgenamen zelf, die ook zelf aan het privacybeleid van de aanbieder onderworpen zijn. Hoe meer privacybeleid en dienstverleningsovereenkomst zijn verweven, hoe onduidelijker de situatie voor de erfgenamen wordt ten aanzien van zeggenschap over gegevens die (alleen) persoonsgegevens van de overledene zijn, zoals selfies. Bovendien, als de dienstverlener e-mailarchieven, foto's en andere bestanden opgeslagen in de cloud, door de overledene gemaakte playlists etc. verwijderd of wijzigt, zal snel sprake zijn van gebrekkige nakoming van de overeenkomst.

Vanuit dat perspectief lijkt het aantrekkelijk om in ieder geval zolang de overeenkomst voortbestaat, de AVG toepasselijk te laten zijn op de gegevens van de overleden gebruiker. Op de verantwoordelijke blijven alle plichten rusten, en de erfgenamen komt in beginsel een beroep toe op de AVG-rechten. Beperkingen die de overleden gebruiker heeft gesteld aan toegang dienen wel gerespecteerd te worden.

Bij de uitoefening van onder andere het recht op afgifte van kopie en dataportabiliteit heeft de dienstverlener specifiek de plicht om met o.a. privacybelangen en intellectuele eigendomsbelangen rekening te houden (artikel 15 lid 4 en 20 lid 4 AVG). De aanspraak op dataportabiliteit houdt kort gezegd in dat de betrokkene de gegevens die zij zelf heeft verstrekt (denk aan foto's, e-mails, posts) in een elektronisch makkelijk te gebruiken vorm kan overhevelen naar een andere dienstverlener. Uit empirisch onderzoek blijkt dat grotere dienstverleners hier actiever in zijn dan kleinere.³³ Dataportabiliteit kan vanuit praktisch oogpunt handig zijn voor erfgenamen bij de afwikkeling van de nalatenschap. Toch zou het ver voeren om ook dit recht door hen te laten uitoefenen, zeker gezien de rechten van derden, zolang het gebruik van 'legacy tools' nog niet wijdverbreid is en mensen weinig besef hebben van de impact op hun digitale nalatenschap.

De verwerkingsverantwoordelijke dient een uitzondering op het inzage-recht (en andere rechten) te maken 'voor zover dat noodzakelijk en evenredig is ter waarborging van de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen' (artikel 23 AVG jo. artikel 41 lid 1 sub i UAVG). Zelfs al krijgen erfgenamen op grond van de AVG aanspraak op inzage in de persoonsge-

gevens van de overledene, dan nog kan de dienstverlener dus gehouden zijn bepaalde informatie af te schermen, denk bijvoorbeeld aan intieme correspondentie of beeldmateriaal van de erflater en derden. De rechten op gegevenswissing en rectificatie hebben in vergelijking met het recht op inzage en dataportabiliteit minder impact op de belangen van derden en die van de overledene.

3.5. De eindigende overeenkomst

Eindigt de overeenkomst bij overlijden door een 'no survivorship-bepaling', dan hebben erfgenamen op basis daarvan geen zeggenschap over wat er met accounts gebeurt. Er is minder aanleiding om AVG-plichten en rechten onverkort te laten doorwerken. Wel kan men betogen dat er op de verwerkingsverantwoordelijke een plicht moet rusten om gegevens te verwijderen zodra hij kennis heeft genomen van het overlijden van betrokkene. Zo'n plicht zou in lijn zijn met de AVG-beginselen van doelbinding (uitsluitend verwerking voor specifieke doelen), dataminimalisatie (zo min mogelijk gegevens verwerken, niet langer dan noodzakelijk opslaan) en opslagbeperking (onder andere een termijn bepalen voor opslagduur).³⁴ Het zou ook in gevallen waarin de overeenkomst wordt opgezegd door erfgenamen, ervoor zorgen dat er geen 'verweesde' gegevens blijven zwerven. Met het oog op handhaving zouden erfgenamen, de door de overledene benoemde executeur of gevolmachtigde nakoming moeten kunnen afdwingen.

Erfgenamen hebben er in het kader van de afwikkeling van de nalatenschap wel belang bij dat persoonsgegevens van de overledene niet direct verwijderd of gewijzigd worden, en dat ze veilig blijven zolang ze niet gewist zijn. Om hierin te voorzien zou de 'on hold-bepaling' van artikel 18 AVG bij overlijden van toepassing kunnen worden verklaard. De persoonsgegevens moeten na overlijden dan tijdelijk bewaard blijven (bijvoorbeeld voor een termijn van vijf jaar), genieten bescherming onder de AVG en mogen enkel nog verwerkt worden met toestemming van de erfgenamen, in het kader van rechtsvorderingen of ter bescherming van de rechten van derden. Ook de plichten volgend uit het beginsel van vertrouwelijkheid en integriteit (artikel 5 lid 1 sub f AVG, juncto artikel 32 AVG) kunnen gedurende die tijd in stand blijven. Gegevens moeten dan 'beschermd zijn tegen ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking en tegen onopzettelijk verlies, vernietiging of beschadiging'.

4. Slot

De juridische behandeling van data na de dood bevindt zich steeds meer in een 'perfect storm'. Het ontbreekt aan specifieke regels. Burgers zijn zich nog weinig bewust van wat de implicaties van overlijden zijn voor het digitale bezit dat ze nalaten, terwijl iedereen hier steeds meer van heeft. Opvattingen verschillen over de mate waarin erfgenamen toegang moeten krijgen; er is nog weinig bekend

De 'on hold-bepaling' van artikel 18 AVG zou bij overlijden van toepassing kunnen worden verklaard. De persoonsgegevens moeten na overlijden dan tijdelijk bewaard blijven

Om op kortere termijn te zorgen voor meer rechtszekerheid, zou de Nederlandse wetgever in ieder geval enkele specifieke plichten en rechten uit de AVG van toepassing kunnen verklaren

over (veranderende) maatschappelijke opvattingen daarover. Omdat digitale communicatie geregeerd wordt door standaardovereenkomsten met aanbieders van informatiediensten, wordt ook de positie van erfgenamen daar primair door bepaald. Tegelijkertijd hebben veel aanbieders nog geen doordacht 'overlijdensbeleid' en daarbij passende voorwaarden en 'tools'. Het lijkt tijd dat de (Europese) wetgever daaraan wat verandert. De geest lijkt daar rijp voor, getuige de recente Europese verklaring over digitale rechten en beginselen voor het digitale decennium. Die zegt onder meer: 'Iedereen moet zijn digitale nalatenschap kunnen bepalen en kunnen beslissen wat er na zijn dood gebeurt met de publiekelijk toegankelijke informatie over hem'.³⁵

Om op kortere termijn te zorgen voor meer rechtszekerheid, zou de Nederlandse wetgever in ieder geval enkele specifieke plichten en rechten uit de AVG van toepassing kunnen verklaren op de persoonsgegevens van overleden gebruikers van informatiediensten. Daarmee wordt voorkomen dat data na overlijden blijven zweven in een juridisch niemandsland of dat onverkort principes uit het analoge tijdperk hierop worden toegepast. Bij het uit-

werken van dergelijke nadere AVG-regelgeving kan de wetgever te rade gaan bij oplossingen uit andere EU-lidstaten. In bijvoorbeeld Frankrijk, Portugal en Spanje hebben erfgenamen (of bepaalde nabestaanden) wel bepaalde rechten op grond van de AVG. Die regelingen zijn overigens niet specifiek gericht op hedendaagse digitale communicatievormen. Het vinden van passende oplossingen die recht doen aan het verschijnsel dat communicatie zich naar de cloud verplaatst en gebeurt in een door contracten geregeerde omgeving, terwijl er meer dan in de analoge tijd continu belangen van derden in het spel zijn, vereist, kortom, nog wel het nodige denkwerk. •

³³. Syrmoudis, Emmanuel et al., 'Data Portability Between Online Services: An Empirical Analysis on the Effectiveness of GDPR Art. 20', *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies* 2021.3 (2021): 351–372. Dit onderzoek heeft betrekking op ruim 180 online diensten aangeboden in Duitsland, waaronder financiële diensten,

fitness apps, maar ook typen media-, communicatie- en ICT-diensten die in ons onderzoek centraal stonden.

³⁴. Art. 5 lid 1 sub b, c en e AVG.

³⁵. EC, Europese verklaring over digitale rechten en beginselen voor het digitale decennium, 26.1.2022 COM(2022) 28 final.