

Voor grip op data na de dood

Actieplan digitale erfenis

Kamerlid Monica den Boer

D66

Voor de toekomst

Inleiding

De meeste mensen zijn dagelijks online te vinden. Ze uploaden foto's op Instagram, feliciteren hun tante op Facebook en bestellen een E-book op bol.com. Er bestaan veel online accounts en digitale bezittingen, van foto's op onze telefoon tot gedownloade muziek. Van tegoeden in online shops tot e-mails en WhatsApp berichten. De gemiddelde Nederlander brengt dagelijks 4 uur en 50 minuten online door.¹ Al die "digitale contacten" laten zien dat mensen tijdens hun leven een digitaal spoor achterlaten.

Als we overlijden blijven veel accounts achter in de digitale ruimte, data in de cloud en foto's op digitale dragers zoals je mobiele telefoon. Wat gebeurt er dan mee? En wat zou er mee moeten gebeuren: hoe willen we omgaan met digitale bezittingen van overleden personen? Hoe zit het met de privacy van de overledene? En minstens zo belangrijk: hoe maken we de digitale erfenis inzichtelijk en toegankelijk voor nabestaanden? Dat is vaak een probleem.

Nabestaanden weten lang niet altijd waar de overledene digitale bezittingen zoals foto's, video's of bitcoins bewaard heeft. Bovendien is, om dat uit te zoeken, toegang nodig tot de smartphone of laptop van de overledene. Ook dat blijkt vaak enorm lastig, vanwege het niet kennen van wachtwoorden. Zo ontstaat de situatie waarbij nabestaanden geen toegang hebben tot waardevolle bezittingen van de overledene: bezittingen van immateriële waarde (zoals foto's), maar ook van financiële waarde (zoals bitcoins of tegoeden bij Paypal bijvoorbeeld).

Voor al onze "fysieke" bezittingen regelt het erfrecht wie de erfgenaam is. Op dit moment bestaan voor het digitaal nalatenschap geen duidelijke regels, noch via wetten, noch via jurisprudentie. Sterker nog, Lucienne van der Geld, directeur van Netwerk Notarissen en universitair docent notarieel recht aan de Radboud Universiteit stelt dat het in de praktijk "een juridisch doolhof blijkt te zijn waar enige duidelijkheid van de wetgever op zijn plaats zou zijn."² Kortom, de huidige situatie is onduidelijk voor nabestaanden en notarissen. D66 vindt dat het anders moet.

Onze digitale erfenis is duizelingwekkend groot. Om enige structuur in ons digitale voetspoor aan te brengen is het handig om de digitale erfenis in vier soorten op te splitsen. De digitale erfenis kan bestaan uit:

¹ Global Digital Report 2018, <https://digitalreport.wearesocial.com/>

² "Digitale erfenis is juridisch doolhof", De Telegraaf, 16 april 2013, <https://www.telegraaf.nl/nieuws/1116967/digitale-erfenis-is-juridisch-doolhof>

1. Persoonlijke digitale bezittingen: data opgeslagen op “draggers” (computers, laptops, tablets en smartphones) waar zonder internet toegang toe bestaat. Je kunt dan denken aan foto’s, video’s, muziek en e-books.
2. Financiële digitale bezittingen: accounts met tegoeden bij Paypal of onlinewinkels en bijvoorbeeld bitcoins, die een financiële waarde kennen.
3. Bedrijfsmatige / zakelijke digitale bezittingen. Denk hierbij aan data van klanten die via een zakelijke relatie op de harde schijf van een computer staan.
4. Online accounts: variërend van Facebook, Instagram, DigiD, game-accounts, Bol.com, en je marktplaats-account. De gegevens die op deze accounts staan zouden we kunnen onderscheiden in zeer persoonlijke gegevens (zoals je online mail en Facebook en Instagram profiel, inclusief chatgeschiedenis) en minder persoonlijke gegevens zoals accounts bij webshops.

Juist nu ons leven steeds vaker een digitale dimensie heeft, is het eigenlijk best vreemd dat we digitaal nalatenschap en de privacy-rechten van overledenen niet scherp in de wet hebben staan. Zo bestaan er geen algemene en toegankelijke handleidingen over de afwikkeling van de digitale erfenis voor nabestaanden. Evenmin is er een brede politieke of maatschappelijke discussie over of ons erfrecht niet toe is aan vernieuwing, gelet op alle digitale ontwikkelingen. Het onderwerp ‘digitale erfenis’ lijkt vooralsnog meer iets voor hobbyisten, wetenschappers en een handjevol juristen. Personen die bij leven hun digitale nalatenschap goed willen regelen en nabestaanden en/of notarissen die vragen krijgen met een digitale erfenis komen dus al snel terecht op ‘onontgonnen terrein’ van waaruit zij zelf een zoektocht moeten beginnen naar antwoorden en praktische oplossingen.

Daarom is het tijd dat we in Nederland, en ook breder in Europa, gaan nadenken over onze digitale erfenis. D66 vindt dat er nieuwe regels moeten komen over hoe de digitale erfenis afgehandeld zou moeten worden. Niet alleen om te zorgen voor duidelijkheid voor individuen, nabestaanden en notarissen, maar ook vanwege mogelijke risico’s van online profielen van overleden mensen. Online profielen van overledenen blijken namelijk te worden gebruikt voor identiteitsfraude. In 2017 ontving het Centraal Meldpunt Identiteitsfraude en fouten (CMI) 3000 meldingen, maar dat lijkt slechts het topje van de ijsberg. Ook dat is een reden om mensen bewust te maken van het “voortleven” van die online profielen, en deze indien gewenst te verwijderen.

Bewustwording moet zich deels in de politiek afspelen, maar ook door mensen zelf kunnen eerste stappen worden gezet. Het gegeven dat negen op de tien Nederlandse gebruikers van social

media nergens hebben aangegeven wat er met hun social media-account moet gebeuren wanneer zij komen te overlijden, toont aan dat verbeteringen nodig zijn.³

In dit actieplan voor de digitale erfenis staat voorop dat mensen gestimuleerd moeten worden hun wensen over hun digitale erfenis bij leven op te stellen. Voor D66 is digitale zelfbeschikking, ook na de dood, daarbij prioriteit. Het helpt als mensen zich ervan bewust zijn dat een “digitale erfenis” bestaat. Daarnaast zijn de wensen van de overledene dan vastgelegd, waardoor de afwikkeling van de digitale erfenis voor nabestaanden eenvoudiger wordt. Ook kan hiermee voorkomen worden dat nabestaanden herhaaldelijk en ongewenst met een digitaal voortlevende, maar fysiek overleden dierbare geconfronteerd worden.

D66 doet daarom de volgende voorstellen:

1. Onderzoek de modernisering van het erfrecht
2. Zorg voor duidelijkheid over het erven van online accounts
3. Pleit in Brussel voor Europese regels voor online social media- platforms
4. Start een bewustwordingscampagne
5. Denk na over een Digitaal archief

³ PanelWizard in opdracht van Yarden onder 1.000 personen in Nederland van 18 jaar en ouder, mei 2013.

Onderzoek de modernisering van het erfrecht

Op dit moment zijn er geen specifieke regels over het erven van digitale bezittingen. Daarom is het nodig dat we ons erfrecht gaan moderniseren en de digitale erfenis daar onderdeel van maken. Dat is nog niet zo eenvoudig. Want wat zijn digitale bezittingen, wat valt daar allemaal onder? Is het op enige wijze te vergelijken met materiële bezittingen? Er is tot nu toe geen privaatrechtelijke kwalificatie of definitie van. Die moet er wel komen.

Een andere belangrijke vraag is: wie is de eigenaar van digitale bezittingen? Ben je dat altijd zelf? Als jij geen eigenaar bent van de data op een bepaald account (want de aanbieder is dat) kan je erfgenaam het ook niet erven. Bij persoonlijke digitale bezittingen (denk aan foto's op je telefoon, bestanden op je computer, e-books op je e-reader etc.) waar iemand direct en zonder internet toegang toe heeft omdat ze gedownload zijn en op een drager opgeslagen, lijkt het duidelijk: jij bent de eigenaar en een erfgenaam kan ze erven. Deze situatie lijkt vergelijkbaar met de erfrechtelijke situatie van materiële goederen zoals een boek in de kast en foto's in een fotoboek. Net als boeken en foto's lijken ook deze digitale varianten daarvan dus geschikt om direct overdraagbaar te kunnen zijn aan een erfgenaam. Voor materiële goederen is dit geregeld in art. 4:182 BW. Wellicht is het mogelijk, nadat we de digitale nalatenschap hebben gedefinieerd, om aan dit artikel een lid toe te voegen. Dit lid moet regelen dat ook digitale (persoonlijke en financiële) bezittingen overgaan op de erfgenaam. Dat zou dan bijvoorbeeld gelden voor foto's en video's die op een computer staan en financiële bezittingen zoals bitcoins. De erflater zou vervolgens in zijn testament of codicil kunnen opschrijven hoe er toegang te krijgen is tot deze bestanden (bijvoorbeeld door het wachtwoord van telefoon en laptop daar te noteren). Of dit een juridische optie is waar individuen, nabestaanden en notarissen profijt van zouden kunnen hebben, zouden de Ministers van Justitie & Veiligheid en Binnenlandse Zaken moeten onderzoeken.

- De Ministers van Justitie & Veiligheid en Binnenlandse Zaken starten een onderzoek naar de wettelijke mogelijkheden om digitale persoonlijke en financiële bezittingen onderdeel te laten zijn van de nalatenschap. Op die manier wordt over de afwikkeling voor overlijden nagedacht en is er na overlijden helderheid. Hierbij hoort ook een wettelijke omschrijving van die digitale bezittingen.

Zorg voor duidelijkheid over het erven van online accounts.

Bij persoonlijke en financiële bezittingen is alles nog enigszins overzichtelijk. Dit is anders bij social media-accounts, waar ontzettend veel regels (door elkaar heen) kunnen gelden. Dat maakt het nog ingewikkelder. Immers, hoewel je wel eigenaar bent van het contract met bijvoorbeeld Facebook voor het gebruik van de dienst, hangt het van de voorwaarden af of je daarmee ook (mede-)eigenaar bent van de foto's die je op bijvoorbeeld Facebook plaatst. Zoals al eerder vermeld kennen we in Nederland geen regels over digitale nalatenschap, en al helemaal niet over het erven van social media-accounts. Facebook stelt bijvoorbeeld in de algemene voorwaarden dat een account persoonlijk is en verbiedt het delen van wachtwoorden, ook na overlijden. Het account mag niet worden overgedragen aan iemand anders. Door als nabestaande in te loggen op het Facebook-account van een overleden dierbare, schend je deze voorwaarden. Daarnaast is het Facebook's huidige beleid om erfgenamen niet de gebruikersnaam en wachtwoord van de overledene te verstrekken, aangezien Facebook het account als persoonlijk en niet overdraagbaar ziet. Zo voorkomt Facebook dat nabestaanden bijvoorbeeld ook de privé-chatgeschiedenis lezen. Erfgenamen erven dus niet automatisch een Facebookaccount, als het aan Facebook ligt.⁴

Het is nu onduidelijk of we afhankelijk zijn van deze algemene voorwaarden van een aanbieder, of dat op grond van het Nederlands erfrecht wel deze toegang al verschaft kan worden. Een korte blik op ons erfrecht laat zien dat in ons erfrecht de "saisine-regel" geldt. Deze regel houdt in dat "in beginsel alle overeenkomsten tussen de erflater en een derde door de erfgenamen in dezelfde hoedanigheid worden voortgezet." De uitzonderingen die op deze regel gelden lijken niet van toepassing.⁵ Zo zou het mogelijk kunnen zijn dat een nabestaande een online account erft onder

⁴ Wel kent Facebook de optie van een "legacy contact". Bij leven kan eenieder een persoon aanwijzen om het account te managen wanneer hij of zij overlijdt. Deze persoon krijgt geen toegang tot het account of de chatgeschiedenis maar kan wel het profiel beheren wanneer het in nagedachtenismodus staat.

⁵ Op deze regel bestaan drie uitzonderingen. De regel geldt niet als (1) dit door de wet of (2) contractueel is uitgesloten, of (3) de aard van het recht zich tegen opname in de nalatenschap verzet. Dit laatste kan het geval zijn bij een zogeheten 'hoogstpersoonlijk recht' dat per definitie niet kan overgaan bij erfopvolging.

Als deze 'saisine-regel' ook zou gelden voor online overeenkomsten, zou het te beargumenteren zijn dat de erfgenamen de overeenkomst erven en gebruik kunnen maken van het profiel van de erflater. Bij wet is dit namelijk niet uitgesloten, er zijn immers geen regels en het lijkt erop dat een Nederlandse rechter zich hier nog nooit over gebogen heeft. Maar hoe zit het dan met de uitzondering dat de 'saisine-regel' niet geldt, als dat contractueel is uitgesloten (uitzondering nr. 2)? Vallen hieronder de (algemene) voorwaarden van Facebook met tot gevolg dat het account niet van rechtswege overgaat op de nabestaanden? Of prevaleert de bij wet geregelde automatische erfopvolging? Over de toepasbaarheid van de voorwaarden van Facebook in het licht van het Nederlandse erfrecht is dus nog veel onduidelijk. Ook over de vraag of uitzondering 3 mogelijk van toepassing is, heerst onduidelijkheid. Enkele juristen vinden dat de aard van het online contract hoogstpersoonlijk is en daarom geen onderdeel kan worden van de erfenis. In Duitsland oordeelde de hoogste rechter recent echter dat dit niet het geval is, een Facebook-profiel voldoet niet aan de eisen die maken dat iets een hoogstpersoonlijk recht is en vergelijkt het onder andere met een medische behandeling die naar haar aard niet kan worden overgedragen. Volgens advocate Janina Hamann geeft de Nederlandse wet evenmin aanleiding om aan te nemen dat een Nederlandse rechter anders zou oordelen dan in Duitsland (zie voor haar analyse: <https://www.delissenmartens.nl/nl/actueel/who-wants-to-live-forever-digitale-nalatenschap>). Dit zou betekenen dat als we het geldende erfrecht doortrekken naar de digitale wereld, de uitzondering ook niet opgaat met tot gevolg dat erfgenamen van rechtswege bv. het contract met facebook erven. Zij kunnen deze pagina dan inzien, aanpassen, verwijderen en/of een ter nagedachtenisstatus geven.

het geldend recht, al stellen online platforms in de algemene voorwaarden vaak dat deze accounts niet overdraagbaar zijn. Wat nu de juridische werkelijkheid is, is dus onduidelijk.

Hamvraag lijkt te zijn: wat gebeurt er als we het Nederlandse erfrecht toepassen op de digitale nalatenschap van social media-accounts? Kan je nu überhaupt wel een facebook-account erven? Of (ten minste) het eigenaarschap over de foto's die erop staan? De Nederlandse rechter heeft zich nog niet over deze vraag gebogen. Wat in de praktijk ertoe leidt dat de aanbieder vaak – via algemene voorwaarden – bepaalt hoe met jouw data wordt omgegaan, ook na je dood.

Nog los van de onzekerheid over hoe het in Nederland zit bij het erven van social media-accounts, is een belangrijke vraag of het wenselijk is om social media-accounts over te laten gaan op erfgenamen. De erflater heeft immers tijdens het leven ervoor gekozen om het account met een wachtwoord te beschermen. Zoals juriste Hartkamp schrijft: “Waarom zou hij na zijn leven wel willen dat erfgenamen bij zijn persoonlijke gegevens kunnen?”⁶ Ondanks dat onze privacywetgeving niet van toepassing is op overleden personen zou het goed zijn hier kritisch naar te kijken. Zijn de briefwisselingen die op zolder gevonden worden te vergelijken met de chatgeschiedenis van tientallen berichten per dag die we nu kennen? En hoe zit het met de privacy van de personen met wie de online gesprekken zijn gevoerd?

D66 is van mening dat we een maatschappelijke discussie moeten voeren over de privacy van overledenen, en hier specifieke regels voor moeten maken. Het is denkbaar om toe te werken naar een systeem waarbij social media-accounts bij overlijden wel eigendom worden van de erfgenaam. Deze kan dan bijvoorbeeld de pagina verwijderen of omzetten in een herdenkingspagina. Tegelijkertijd moeten er regels komen om de privacy van de overledene te beschermen. Hierbij kan gedacht worden aan een constructie dat de erfgenaam niet kan inloggen, het profiel niet op eigen titel kan voortzetten, en ook geen toegang krijgt tot de privé delen van het profiel (tenzij de erflater dit wel wil en dit testamentair laat vastleggen). Zo kunnen we proberen een balans te vinden tussen de privacy van de overledene en de wensen van nabestaanden. Dit moet hoe dan ook verder onderzocht worden.

- De Ministers van Justitie & Veiligheid en Binnenlandse Zaken beantwoorden – al dan niet na (grensoverschrijdend rechtsvergelijkend) onderzoek – de vraag hoe huns inziens het huidige erfrecht geïnterpreteerd moet worden ten aanzien van het erven van social media-accounts.

⁶ Vera Hartkamp, “De Digitale Nalatenschap”, NJB 2013/2304, 4 november 2013.

Pleit in Brussel voor Europese regels voor online social media-platforms

Wanneer het de regels over overlijden en social media-platforms betreft is het effectief om regels op Europees niveau te maken. Een goed voorbeeld hiervan is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Grote online platforms moeten aan de AVG voldoen als zij in de Europese Unie 'opereren'. Helaas regelt de AVG nog niets voor overledenen: er is bij de totstandkoming voor gekozen dat de wet niet van toepassing is op de persoonsgegevens van overleden personen (zie overweging 27 AVG). Er zijn echter andere landen die wel, naar aanleiding van de AVG, zelf extra stappen hebben gezet om de privacy van overledenen vorm te geven. Zo is de AVG in Denemarken van toepassing op de persoonsgegevens van overledenen tot tien jaar na hun overlijden. In Frankrijk kunnen mensen instructies geven voor het beheren van hun persoonsgegevens na hun overlijden.

De AVG laat zien dat wanneer Europese landen samen een vuist maken zij grote social media-platforms kunnen dwingen te voldoen aan onze normen. Wat zouden die nieuwe Europese regels dan kunnen inhouden op het gebied van digitaal nalatenschap en social media-accounts? Online platforms moeten in ieder geval opties aanbieden waar de eigenaar van het account bij leven aan kan geven wat met het profiel moet gebeuren na overlijden. Moet het profiel verwijderd worden, of juist voortgezet in een nagedachtenismodus? Ook moet een erfgenaam toegang krijgen tot het profiel om bijvoorbeeld foto's en openbare berichten te kunnen downloaden. Wanneer er een executeur is aangewezen dan zou deze bijvoorbeeld toegang moeten krijgen tot social media en andere digitale diensten.

Op deze manier kan in eerste instantie de persoon zelf bepalen of hij of zij digitaal wil voortbestaan of digitaal vergeten wil worden na de dood. Mocht hij/zij dat niet gedaan hebben dan beslist de wettelijke erfgenaam. Nu is het bij Facebook zo dat alle "Facebook-vrienden" die kunnen aantonen (bijvoorbeeld met een overlijdensadvertentie) dat iemand niet meer leeft, het profiel kan wijzigen in een herdenkingspagina, mogelijk tegen de wens van de wettelijke erfgenaam in. Dat moet niet mogelijk zijn. Alleen de wettelijke erfgenaam zou moeten kunnen beslissen wat er met het profiel gebeurt of een persoon die daarvoor in een testament is aangewezen; wat we nu de "social media-executeur" noemen.

- D66 vindt dat daarom in de Europese Unie gepleit moet worden voor EU-wetgeving voor de verwerking van de persoonsgegevens van overleden personen. De social media-accounts en de rechten die de wettelijke erfgenaam heeft moeten daarbij betrokken worden.

Start een bewustwordingscampagne

Negen op de tien Nederlanders hebben nergens aangegeven wat er met hun digitale erfenis moet gebeuren na hun overlijden. Dit levert praktische problemen op, zoals geen toegang tot foto's op de computer van de overledene omdat er geen wachtwoord is. Maar ook morele vraagstukken rijzen: zou de overledene gewild hebben dat we zijn profiel verwijderen of niet? Daarom is het belangrijk dat mensen nadenken over wat zij willen dat er met hun digitale bezittingen gebeurt na hun dood. Dit is tevens van belang vanwege het reële gevaar van identiteitsfraude. Men moet zich ervan bewust zijn dat indien er niets geregeld wordt na het overlijden identiteitsfraude mogelijk is.

D66 vindt dat de overheid daarom een campagne moeten opzetten om mensen bewust te maken van digitaal nalatenschap. Zo kunnen mensen voor hun dood zelf kiezen of zij digitaal willen voortbestaan of juist vergeten willen worden. Dit kan ook nabestaanden en notarissen enorm helpen. Dit vastleggen zou idealiter bij de notaris zijn, maar ook op een platform zelf zou dit mogelijk moeten zijn om het zo laagdrempeliger te maken (zie ook punt 3).

- D66 wil dat de Minister van Binnenlandse Zaken een bewustwordingscampagne start over de 'digitale erfenis' en daarbij een checklist "overlijden" aanbiedt waarvan een onderdeel 'digitale nalatenschap' is, en waarin wordt ingegaan op alle digitale bezittingen (zowel persoonlijk, financieel, zakelijk, als social media-accounts).

Denk na over een Digitaal archief

Naast het persoonlijke aspect is er ook het maatschappelijke aspect van de digitale erfenis. Zoals historici graag oude brieven bekijken, zou het zonde zijn als al onze digitale interactie verloren gaat. De gevolgen voor de geschiedschrijving zouden desastreus zijn als een bedrijf als Facebook besluit om alles wat op haar servers staat te verwijderen. Het in de lucht houden van al deze profielen kost immers capaciteit op servers en dus geld. Grote platforms neigen zo 'een monopolie op onze geschiedenis' te krijgen. Wellicht is het een mogelijkheid dat personen bij overlijden hun

digitale erfenis schenken aan een digitaal archief, dat onderdeel zou zijn van het Nationaal Archief. Naast persoonlijke data is een digitaal archief ook van belang voor online nieuwsberichten, online kranten en zakelijke interacties. Hoe zorgen we ervoor dat we ook in dit digitale tijdperk grip houden op onze geschiedschrijving? Het kan interessant zijn te onderzoeken hoe andere landen dit aanpakken en te bestuderen of zij een digitaal archief bijhouden.

- D66 wil graag dat de Minister van OCW de noodzakelijkheid en wenselijkheid van een 'Digitaal Archief' onderzoekt met het oog op het toenemende volume aan online data, de houdbaarheid van het online bewaren van al die data en het gebrek aan regels voor platforms over archivering van die data.