

Artikel

Nalaten in de digitale wereld

Mr. J.Th.M. Diks en mr. dr. N. Lavrijssen*

1 Inleiding

De samenleving digitaliseert, en deze ontwikkeling is ook van invloed op het erfrecht. Zo zal een nalatenschap bijvoorbeeld steeds vaker digitale bezittingen bevatten, zoals cryptovaluta, hetgeen tot praktische uitdagingen leidt. Maar digitale technologie creëert ook nieuwe mogelijkheden. Zo is het op dit moment op grond van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid¹ – die met terugwerkende kracht vanaf 16 maart 2020² in werking is – mogelijk om op afstand een testament op te laten maken.

Maar buiten deze Tijdelijk wet COVID-19 om is er niets ‘digitaal’ geregeld in het Nederlandse erfrecht. Tweede Kamerlid Monica den Boer van D66 schreef in 2019 een actieplan voor de digitale erfenis, genaamd ‘Voor grip op data na de dood’. Daarin pleit zij onder andere voor een onderzoek naar de modernisering van het erfrecht, het creëren van duidelijkheid rondom het erven van online accounts, Europese regels voor online socialmediaplatforms, het starten van een bewustwordingscampagne, zodat mensen bij leven nadenken over hun wensen rondom hun digitale erfenis, en het nadenken over een digitaal archief.³ Het eerste onderzoek rondom de digitale erfenis is inmiddels afgerond. De Universiteit van

Amsterdam heeft in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de juridische aspecten van digitale nalatenschappen onderzocht.⁴ In dit onderzoek wordt geconcludeerd dat uit een analyse van het toepasselijke wettelijk kader blijkt dat er op veel gebieden nog rechtsonzekerheid bestaat, onder andere omdat er onduidelijkheid bestaat over welk digitaal ‘bezit’ er überhaupt in de nalatenschap valt. Denk hierbij aan data, de inhoud van accounts, virtuele ‘zaken’ en portretrechten op afbeeldingen van erflaters.⁵

Deze bijdrage gaat over de mogelijkheden en uitdagingen van digitale technologie voor het erfrecht vanuit een praktisch perspectief. In paragraaf 2 staat het teletestament op grond van de Tijdelijke wet COVID-19 centraal. Paragraaf 3 gaat in op de begrippen ‘digitaal goed’ en ‘digitale erfenis’. Wat zou onder deze begrippen verstaan kunnen worden? Paragraaf 4 handelt over bitcoins en andere digitale betaalmiddelen. In paragraaf 5 wordt stilgestaan bij de accounts en data van de overledene. Wat gebeurt hiermee nadat een persoon overleden is? Paragraaf 6 sluit deze bijdrage af.

2 Het teletestament

Het Nederlandse erfrecht kent een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Op grond van artikel 4:42 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in Boek 4 BW is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt. Bovendien be-

* Mr. J.Th.M. Diks is advocaat bij Advocaten Familie- & Erfrecht te Eindhoven en docent bij diverse opleidingsinstellingen. Mw. mr. dr. N. Lavrijssen is medewerker bij het wetenschappelijk bureau van Advocaten Familie- & Erfrecht en tevens als docent en onderzoeker verbonden aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg en 's-Hertogenbosch.

1 Wet van 22 april 2020, houdende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19, Kamerstukken II 2019/20, 35434. Deze regeling is een aantal keer verlengd.

2 Stb. 2020, 124 en 126.

3 M. den Boer, Voor grip op data na de dood, D66, 2019, p. 4.

4 M.M.M. van Eechoud e.a., Data na de dood – juridische aspecten van digitale nalatenschappen, Universiteit van Amsterdam, april 2021.

5 Van Eechoud e.a., Data na de dood, p. 82-83.

paalt artikel 4:42 lid 3 BW dat een uiterste wilsbeschikking alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt en herroepen. Het is dus niet mogelijk om een volmacht af te geven aan een ander om namens de volmachtgever een uiterste wilsbeschikking op te laten maken bij de notaris of om een wettelijk vertegenwoordiger een testament op te laten stellen.

In tijden van corona kan dit problemen opleveren. Denk aan een COVID-19-patiënt die geen bezoek van een notaris in het ziekenhuis kan ontvangen als gevolg van de geldende maatregelen in het ziekenhuis om een eerste testament op te laten stellen of een eerder testament aan te laten passen.

Om deze problemen te ondervangen is de Tijdelijke wet COVID-19 in werking getreden. Daarbij lijkt het gezegde ‘nood breekt wetten’ leidend te zijn geweest voor de wetgever.⁶ Het notariële testament dat met behulp van audiovisuele hulpmiddelen tot stand komt, wordt door Biemans en Kolkman aangeduid met de term ‘teletestament’.⁷ Het teletestament is geregeld in artikel 26 Tijdelijke wet COVID-19.⁸ Hierdoor is het tijdelijk mogelijk om een testament op te laten maken zonder fysieke aanwezigheid op het kantoor van de notaris. Wel gelden daarvoor enkele voorwaarden. Zo dient er gebruik te worden gemaakt van tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen. Dat betekent dat zowel de testateur als de notaris gebruik moet maken van audiovisuele communicatiemiddelen, zoals bijvoorbeeld een verbinding via Skype, Teams of Zoom. Ook moet de notaris in de akte melding maken van het feit dat er gebruik is gemaakt van audiovisuele communicatiemiddelen. Daarnaast – en dat zou als een ‘ingangsvoorwaarde’ kunnen worden beschouwd – moet het onmogelijk zijn voor de testateur om in persoon te verschijnen. Met andere woorden: het teletestament is een laatste redmiddel.

Er gaan wel stemmen op dat het mooi zou zijn wanneer ook na de coronapandemie de mogelijkheid van het teletestament zal blijven bestaan. Toch achten wij de kans hierop klein. Identificatie van de persoon die het testament wil laten opstellen, is via een digitaal scherm nog wel te organiseren, mits de beeldkwaliteit van voldoende niveau is; het legitimatiebewijs kan immers voor de camera gehouden worden. De voorlichting en beoordeling van de wilsbekwaamheid kunnen onder omstandigheden al lastiger zijn voor een notaris. Niet iedereen is even handig en ervaren in online communicatie. Het is voor een notaris via een beeldscherm lastiger in te schatten of de informatie die hij geeft, ook daadwerkelijk goed begrepen wordt door de persoon aan de andere kant van het scherm. Ook zal het inschatten van de wils-

bekwaamheid van een testateur op het notariskantoor eenvoudiger zijn dan via een beeldscherm, zeker ook omdat het bij contact via een beeldscherm niet altijd goed zichtbaar zal zijn of er nog meer mensen in de ruimte aanwezig zijn, die de testateur al dan niet opzettelijk proberen te beïnvloeden. Hoe controleert de notaris de aanwezigheid van anderen?

Bij twijfel van de notaris over de wilsbekwaamheid van de testateur is het weliswaar mogelijk om kantoorgenoten als getuigen bij het gesprek te halen, maar ook deze getuigen lopen tegen dezelfde uitdagingen aan als de notaris zelf.

Maar met name op het punt van de ondertekening van het testament door zowel de testateur als de notaris – direct na elkaar – levert de Tijdelijke wet COVID-19 problemen op. Deze wet wijkt af van artikel 43 lid 4 van de Wet op het notarisambt (Wna), waarin is bepaald dat de notaris onmiddellijk nadat de testateur zijn handtekening heeft gezet, de akte ondertekent. Bovendien blijkt uit artikel 4:109 lid 2 BW dat de testateur het testament ten overstaan van de notaris moet ondertekenen. Het valt alleszins te rechtvaardigen dat aan deze vereisten niet wordt voldaan in de huidige coronapandemie, maar deze waarborgen zijn niet voor niets opgenomen in de wet. Wij denken daarom dat de mogelijkheid van het teletestament echt een tijdelijke mogelijkheid zal zijn, en dat deze mogelijkheid aan het einde van de coronapandemie weer zal komen te vervallen. De Tijdelijke wet COVID-19 zal in onze optiek dus een tijdelijke wet blijven.

3 De begrippen ‘digitaal goed’ en ‘digitale erfenis’

Naast de mogelijkheden die digitale technologie op grond van de Tijdelijke wet COVID-19 biedt, zorgt digitale technologie ook voor de nodige uitdagingen binnen het erfrecht. Deze uitdagingen zien met name op de digitale goederen die zich in een nalatenschap kunnen bevinden. Alvorens op deze uitdagingen in te gaan, is het goed om stil te staan bij het begrip ‘digitaal goed’. De term ‘digitaal goed’ is geen wettelijke term of een term die in de jurisprudentie voorkomt. Sterker nog, het is juist de vraag of het om goederen in de zin van artikel 3:1 BW gaat.⁹ In dit artikel is bepaald dat goederen alle zaken en alle vermogensrechten zijn. Daarbij worden ‘zaken’ in artikel 3:2 BW gedefinieerd als de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Het behoeft geen betoog dat digitale goederen niet onder deze definitie te scharen zijn, omdat ze niet vastgepakt kunnen worden en daarmee geen stoffelijke objecten

6 Digitale en audiovisuele communicatie tijdens Corona, V-N 2020/18.3, aantekening bij art. 26 Tijdelijke wet COVID-19.

7 J.W.A. Biemans & W.D. Kolkman, Het teletestament: testeren op afstand onder de Tijdelijke wet COVID-19, Tijdschrift Erfrecht 2020, afl. 4, p. 89.

8 Voor het passeren van een (levens)testament op afstand conform art. 26 Tijdelijke wet COVID-19 is ook een model beschikbaar. Zie T.J. Mellema-Kranenburg, in: Modellen voor de Rechtspraak, Deventer: Wolters Kluwer 2020, I.4.4.4.10.

9 V. Tweehuysen, Begrip ‘digitaal goed’, in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), Onderneming en digitalisering (Onderneming & Recht nr. 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019/7.2.1.

zijn.¹⁰ Artikel 3:6 BW werkt uit wat vermogensrechten zijn: rechten die, hetzij afzonderlijk, hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn of ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Van een PayPal-account inclusief tegoed en bitcoins¹¹ kan worden gezegd dat het overdraagbaar is. Iemand kan er immers voor kiezen om de inloggegevens of sleutel ter beschikking te stellen aan een ander. Het is dan wel de vraag of daarmee het PayPal-account of de bitcoins in juridische zin zijn overgedragen, of dat het account of de bitcoins enkel feitelijk gebruikt kunnen worden door de persoon die over de inloggegevens of sleutel beschikt. Maar in dat geval zou je kunnen zeggen dat het gaat om rechten die ertoe strekken om de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, zoals weergegeven in het tweede deel van de definitie van vermogensrechten in artikel 3:6 BW. Met het tegoed binnen het PayPal-account kan immers betaald worden, en ook bitcoins of andere cryptovaluta vertegenwoordigen een bepaalde waarde en worden door steeds meer partijen gebruikt als betaalmiddel. Voor een socialmedia-account¹² geldt ook dat iemand ervoor kan kiezen de inloggegevens ervan aan een ander ter beschikking te stellen, maar in dat geval lijkt er geen sprake te zijn van een stoffelijk voordeel. Een socialmedia-account vertegenwoordigt immers niet echt een bepaalde waarde. Via deze redenering zou betoogd kunnen worden dat een socialmedia-account niet kan worden beschouwd als een digitaal goed, en bijvoorbeeld een PayPal-account en bitcoins wel.

Het lastige met betrekking tot digitale goederen is dat een duidelijk juridisch kader tot nu toe ontbreekt. Hierdoor moet er vooralsnog van geval tot geval bekeken worden hoe het digitale goed in het vermogensrecht past.¹³ Daarbij merkt Tweehuysen op dat het Nederlandse vermogensrecht een vrij open karakter heeft.¹⁴ Hij is daarom van mening dat het mogelijk is dat digitale goederen in de toekomst als vermogensrechten worden aangemerkt, onder andere omdat deze ontwikkeling bij domeinnamen al gaande is.¹⁵ Zowel Tweehuysen als Cahn onderscheidt in dit kader vier categorieën digitale goederen:

1. persoonlijke digitale goederen, zoals foto's, e-mails, muziek, e-books en virtuele objecten binnen spellen;
2. financiële digitale goederen, zoals cryptomunten, online tegoeden bij PayPal en webshops en data opgeslagen via online bankieren;
3. zakelijke digitale bezittingen, zoals data over klanten, dossiers, blogs, domeinnamen, websites en data opgeslagen in de cloud;
4. digitale goederen die onder social media vallen (data opgeslagen op socialmediaplatforms), zoals foto's en berichten op Instagram, Facebook en LinkedIn.^{16,17}

Deze categorisering kan goed van pas komen als een soort 'checklist' voor het opstellen van een 'digitaal testament'. Het nadeel van deze categorisering is wel dat sommige digitale goederen in meerdere categorieën terugkomen, zoals bijvoorbeeld foto's, die zowel onder de persoonlijke digitale goederen als onder de digitale goederen die onder social media vallen, worden geschaard.¹⁸

Om te komen tot het antwoord op de vraag wat de digitale erfenis behelst, zullen wij aansluiten bij de meest gangbare categorisering van digitale goederen. De digitale erfenis is het geheel van digitale goederen, te weten persoonlijke digitale goederen, financiële digitale goederen, zakelijke digitale bezittingen en digitale data opgeslagen op socialmediaplatforms, dat de erflater na laat.

4 Digitale betaalmiddelen

Anno 2022 zijn er verschillende digitale betaalmiddelen – buiten het 'normale' online bankieren met banktegoeden om – voorhanden. Denk daarbij aan cryptomunten zoals bitcoins en tegoeden op een PayPal-account. Overigens verdient hierbij opmerking dat bitcoins vooralsnog niet als 'geld' worden aangemerkt. In een brief uit 2013 heeft de toenmalige Minister van Financiën aangegeven van mening te zijn dat bitcoins niet onder de definitie van (elektronisch) geld in de zin van de Wet op het financieel toezicht vallen en dat bitcoins niet als wettig betaalmiddel maar als ruilmiddel worden ge-

10 Hoewel niet zomaar door te trekken naar het civiele recht, moeten wij op dit punt toch denken aan bekende strafrechtelijke arresten, waaronder het klassieke Elektriciteitsarrest (HR 23 mei 1921, ECLI:NL:HR:1921:186, NJ 1921/564), waarin de Hoge Raad oordeelde dat diefstal van elektriciteit – hoewel het geen 'goed' is – strafbaar is onder art. 310 Sr, en het wat meer recente RuneScape-arrest (HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, NJ 2012/536), waarin de Hoge Raad oordeelde dat diefstal van virtuele goederen in een game strafbaar is onder art. 310 Sr.

11 Zie hierover nader par. 4.

12 Zie hierover nader par. 5.

13 Tweehuysen, Begrip 'digitaal goed', nr. 7.2.1.

14 V. Tweehuysen, Goederenrechtelijk puzzelen met bitcoins, *Ars Aequi* 2018, p. 602.

15 V. Tweehuysen, Digitale objecten, in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering (Onderneming & Recht nr. 116)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/7.3.2.

16 Tweehuysen, Begrip 'digitaal goed', nr. 7.2.2.

17 N. Cahn, Postmortem life on-line, *Probate & Property* (25) 2011, afl. 4, p. 36-37, te downloaden via ssrn.com/abstract=2026628.

18 Tjong Tjin Tai gaat uit van een andere verdeling: hij maakt onderscheid tussen data en digitale objecten. Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving*, in: E.M.L. Moerel e.a., *Homo digitalis (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2016-1)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/3.3.1. Onder data verstaat hij 'de digitale belichaming van informatie, dat wil zeggen, de belichaming in (gegevens)bestanden', zie nr. 3.2.4. Denk hierbij bijvoorbeeld aan muziekbestanden, tekstbestanden en fotobestanden. Onder digitale objecten verstaat hij 'andere digitale fenomenen die vaak mede worden belichaamd door data, maar daar niet mee samenvallen en afzonderlijke aandacht verdienen'. Daarbij gaat het om 'objecten die uit hun aard exclusief zijn', zoals domeinnamen, virtuele objecten in spelomgevingen of cryptomunten, zie nr. 3.3.3.

zien.¹⁹ Ook oordeelde de rechtbank Overijssel in 2014 dat bitcoins niet als gangbaar geld in de zin van artikel 6:112 BW kunnen worden aangemerkt.²⁰

Maar ook al kunnen bitcoins (vooral nog) niet als (gangbaar) geld worden gekwalificeerd, dat neemt niet weg dat bitcoins wel een bepaalde waarde vertegenwoordigen, waardoor de omvang van het vermogen van de nalatenschap vergroot wordt. Niet voor niets heeft de toenmalige Minister van Financiën in zijn antwoord op Kamervragen laten weten dat de inkomsten uit bitcoins onder de Nederlandse inkomstenbelasting vallen.²¹ Er lijkt geen reden om aan te nemen dat dit anders zal zijn voor de erfbelasting: in de heffing voor de erfbelasting wordt de waarde van de bitcoins op de overlijdensdatum betrokken.²² Hetzelfde geldt ten aanzien van tegoeden op een PayPal- (of andersoortig) account. Met andere woorden: dit zijn vermogensbestanddelen die tot het vermogen van de nalatenschap behoren, maar de nabestaanden (of de executeur²³) moeten dan wel op de hoogte zijn van de bitcoins en/of het PayPal-account om op dit punt in actie te kunnen komen. En als je als nabestaande of executeur wel op de hoogte bent van dit digitale vermogen, maar je beschikt niet over de gebruikersnaam en het wachtwoord of de sleutel, dan loopt de nabestaande of executeur het risico dat de tegoeden c.q. waarden van deze digitale bezittingen met de overledene mee het graf in gaan (terwijl daarover mogelijk wel erfbelasting verschuldigd is).

Dergelijke moeilijkheden kunnen voorkomen worden wanneer gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van de digitale kluis, waar belangrijke documenten en inloggegevens van online accounts in opgeslagen kunnen worden. Inmiddels zijn er verschillende aanbieders van een digitale kluis. Bij leven geeft de betrokkene aan wie er na diens overlijden bevoegd is om de inloggegevens voor de digitale kluis op te vragen. De sleutel wordt dan alleen afgegeven aan de daartoe bevoegd verklaarde persoon. Het bestaan van de digitale kluis wordt opgenomen in het testament en in het Centraal Testamentenregister, zodat het voor nabestaanden en executeur duidelijk is dat er een digitale kluis van de overledene beschikbaar is. Wel is het daarbij belangrijk dat eventuele aangepaste inloggegevens (zoals een gewijzigd wachtwoord) ook worden aangepast in de digitale kluis, anders heeft een nabestaande of executeur nog weinig aan de inhoud van de digitale kluis. De administratie dient dus wel up-to-date te zijn.

Een andere mogelijkheid is dat iemand in zijn testament laat opnemen wie zijn digitale nalatenschap mag afwickelen. In dat kader spreekt Van der Geld over de ‘sociale-

media-executeur’²⁴ en heeft Cahn het over een ‘digital executor’.²⁵ In het testament kan ook per account worden opgenomen wat ermee moet gebeuren na het overlijden van diegene. Maar de benoeming van een executeur is niet per se noodzakelijk. Het is ook mogelijk om aan het testament een lijst van alle online accounts met de daarbij behorende inloggegevens toe te voegen, of in het testament aan te geven waar de lijst met accounts en inloggegevens bewaard wordt door de erflater. Aan de hand van deze informatie kunnen de nabestaanden van de erflater dan aan de slag met de afwikkeling van de ‘digitale nalatenschap’.

Overigens wordt nog opgemerkt dat cryptovaluta zich kunnen bevinden in een offline wallet (ook wel *cold storage* genoemd), ofwel online gehouden kunnen worden. In beide gevallen is een code nodig. Cold storage kan ook uitbesteed worden aan een externe partij. Als die externe partij vervolgens overlijdt en niemand is bekend met de code die toegang geeft, zijn de cryptovaluta niet meer te benaderen. Dit overkwam 115.000 investeerders die hun bezittingen hadden toevertrouwd aan het Canadese bedrijf Quadriga CX na het overlijden van directeur Gerald Cotton. Er was € 126 miljoen mee gemoeid.²⁶ Deze casus laat zien dat de financiële gevolgen groot kunnen zijn wanneer men niet beschikt over de code die toegang geeft tot cryptovaluta. Dit geldt zowel voor de eigenaar van de cryptovaluta als voor diens erfgenamen.

5 Data & (socialmedia-) accounts

41

Over de overgang van digitale data op erfgenamen is anno 2022 niets geregeld. Dat betekent dat digitale data – die zich in een dropdown in de cloud, mailaccount of socialmedia-account zoals LinkedIn of Facebook bevinden – niet automatisch overgaan op de erfgenamen. Maar de overeenkomst die de erflater heeft gesloten met de aanbieder van de dienst, valt wel in de nalatenschap van erflater. Op grond van de saisineregule van artikel 4:182 BW – die in lid 1 bepaalt dat met het overlijden van de erflater zijn erfgenamen van rechtswege opvolgen in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap – treedt de erfgenaam in de plaats van de erflater. Hieruit kan worden geconcludeerd dat in beginsel alle overeenkomsten tussen de erflater en een derde door de erfgenamen in dezelfde hoedanigheid worden voortgezet.²⁷

19 Brief Minister van Financiën van 19 december 2013 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, kenmerk: FM/2013/1939 U.

20 Rb. Overijssel 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2667.

21 Aanhangsel Handelingen II 2012/13, nr. 2508.

22 L.A.G.M. van der Geld, De executeur in een nalatenschap met bitcoins en andere ‘digitale bezittingen’, Tijdschrift Erfrecht 2014, afl. 6, p. 126.

23 Waar in dit artikel ‘executeur’ staat, kan als het de afwikkeling van de nalatenschap betreft ook ‘vereffenaar’ worden gelezen.

24 Van der Geld, De executeur in een nalatenschap met bitcoins en andere ‘digitale bezittingen’, p. 122.

25 Cahn, Postmortem life on-line, p. 38.

26 Deze kwestie is uitgebreid beschreven in het Algemeen Dagblad van 5 februari 2019. Ook het verdwijnen van cryptovaluta door diefstal komt voor. De bekendste voorbeelden zijn de diefstal van bijna 750.000 bitcoins bij bitcoinhandelsplatform Mt. Gox en het verdwijnen van \$ 2 miljard aan investeringen bij bitcoinhandelsplatform Thodex.

27 V. Hartkamp, De digitale nalatenschap, NJB 2013/2304, par. 3.

Het is echter wel de vraag of een socialmedia-account niet zou moeten worden beschouwd als een subjectief, en daarmee persoonlijk, recht dat met de dood van de rechthebbende tenietgaat. Het is goed dat een nabestaande kan bewerkstelligen dat een socialmedia-account beëindigd wordt, maar het doet wat vreemd aan wanneer een nabestaande een socialmedia-account zou kunnen voortzetten na het overlijden van de persoon van wie dit account eerder was. Hartkamp pleit er op dit punt voor om de wet aan te passen of een extra bepaling op te nemen, zodat de saisineregels voor overeenkomsten waar een account of profiel aan hangt niet geldt, maar dat de hoofdregel voor dergelijke overeenkomsten is dat deze overeenkomsten eindigen met de dood van de erflater. Het overlijden van de betrokkene kan dan worden aangetoond aan de hand van een kopie van de overlijdensakte.²⁸ Wij zijn van mening dat dit op zichzelf genomen een goede suggestie is, maar zouden daar dan wel de mogelijkheid aan willen toevoegen dat de data van dat account of profiel aan de erfgenamen zullen worden overgedragen indien en voor zover het testament van de betrokkene zulks bepaalt. In dat geval kan worden voorkomen dat data met het beëindigen van het account verloren gaan, terwijl erflater eigenlijk had gewild dat de data (zoals foto's) wel in handen zouden zijn gekomen van diens erfgenamen. Op die manier houdt erflater ook na zijn overlijden grip op zijn data. Ontbreekt een dergelijke testamentaire bepaling, dan dient er in onze ogen van uit te worden gegaan dat erflater niet heeft gewild dat de data met zijn nabestaanden worden gedeeld. Er ligt dan wel een belangrijke taak bij de overheid om bij mensen het bewustzijn te creëren dat het belangrijk is om na te denken over hun digitale nalatenschap. Maar in onze ogen is er ook een taak weggelegd voor aanbieders van dergelijke accounts. Meer dan nu het geval is, zou er in de overeenkomst (of algemene voorwaarden) aandacht moeten zijn voor het overlijden.

Wanneer de erfgenamen niet beschikken over de inloggegevens zal het veelal afhankelijk zijn van de vraag hoe privacygevoelig de digitale gegevens zijn hoeveel moeite het kost om toegang te krijgen tot het account en de daarin beschikbare data. Hartkamp deelt het digitale leven voor wat betreft privacygevoeligheid op in drie categorieën:

1. zeer privacygevoelige gegevens, zoals privémail, Facebook, Twitter en LinkedIn, waarvan een erflater niet altijd zal willen dat deze gegevens doorgegeven worden aan de erfgenamen;
2. minder privacygevoelige gegevens, zoals werkmail, studentenaccounts binnen opleidingsgerelateerde systemen als Blackboard en Osiris, en DigiD;
3. nauwelijks privacygevoelige gegevens, zoals accounts bij webshops.²⁹

Het verwijderen van gegevens uit de tweede en derde categorie zal niet tot grote problemen leiden; vaak zal

het invullen van een online formulier, een mailtje of belletje naar de wederpartij voldoende zijn.³⁰ Dit is anders ten aanzien van de zeer privacygevoelige gegevens uit de eerste categorie. Uit onderzoek blijkt dat het voor de erfgenamen een enorm omvangrijke klus is om toegang te krijgen tot accounts of profielen, of om de accounts en profielen van de erflater te verwijderen indien de erfgenamen niet beschikken over de inloggegevens.³¹ Daar komt bij dat iedere aanbieder zijn eigen beleid en procedure kent op dit punt.³² Toch verdient het hierbij opmerking dat erfgenamen op dit punt geen belemmering ondervinden van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). De AVG is enkel van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens van levende personen. De AVG bevat geen voorschriften ten aanzien van de persoonsgegevens van overleden personen.³³

Inmiddels zijn overigens verschillende aanbieders van socialmediaplatforms met 'oplossingen' gekomen die voorzien in de afwikkeling van de digitale nalatenschap. Facebook werkt met een 'If I die'-applicatie, waarmee een gebruiker van Facebook een filmpje kan maken dat beschikbaar komt voor de door de gebruiker geselecteerde mensen na zijn overlijden. Google kwam in 2013 met de *Inactive Accountmanager*, waarmee je aan Google kunt laten weten wat er met je Gmail en andere diensten van Google moet gebeuren als het account inactief wordt.³⁴ Bij de meeste socialmediakanalen kun je aangeven wat er moet gebeuren met het account als je er niet meer bent. Bij Facebook kun je bijvoorbeeld een contactpersoon aanwijzen die je account kan opzeggen wanneer je komt te overlijden. Wel heb je hiervoor een verklaring van erfrecht en overlijdensakte nodig. Je kunt ook aangeven dat je een herdenkingspagina wilt maken van je profiel.

Inmiddels is ook de eerste Nederlandse rechtspraak op dit terrein beschikbaar. De rechtbank Amsterdam moest zich in kort geding buigen over de vraag of Microsoft erfgenamen toegang moest verlenen tot het Hotmail- en OneDrive-account van een overledene.³⁵ Daarbij haalt de voorzieningenrechter de saisineregels van artikel 4:182 BW aan en constateert dat de erfgenamen op grond van artikel 3:80 BW de verkrijgers onder algemene titel zijn en dat zij de rechtspositie van de erflater voortzetten. Daarbij wordt overwogen dat een overeenkomst een voor overgang vatbaar recht is, tenzij de wet anders bepaalt of uit de overeenkomst zelf anders voort-

30 Hartkamp, De digitale nalatenschap, par. 5.

31 Hartkamp, De digitale nalatenschap, par. 6.

32 N. Cahn, Postmortem life on-line, p. 37.

33 Overigens pleiten Van Eechoud en Schumacher vanuit het oogpunt van rechtszekerheid voor het van toepassing verklaren van enkele specifieke plichten en rechten uit de AVG op 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. Zie M. van Eechoud & L. Schumacher, Data na de dood. Zwevend tussen contract en gegevensbescherming, NJB 2022, afl. 6, p. 405.

34 Hartkamp, De digitale nalatenschap, par. 8.

35 Rb. Amsterdam 1 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7090.

28 Hartkamp, De digitale nalatenschap, par. 6.

29 Hartkamp, De digitale nalatenschap, par. 5.

vloeit.³⁶ De wet bepaalt hierover niet anders en ook de Microsoft Service Agreement (MSA) maakt geen uitzondering op de hoofdregel. Bovendien overweegt de voorzieningenrechter dat Microsoft onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de MSA een zodanig persoonlijk karakter heeft dat deze niet kan overgaan onder algemene titel.³⁷ Daarmee komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat Microsoft de erfgenamen toegang moet verlenen tot de accounts van de erflater.

Ook de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland moest zich onlangs over een vergelijkbare kwestie buigen.³⁸ De kantonrechter overweegt dat erfgenamen de erflater onder algemene titel opvolgen als partij bij de overeenkomst, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit op grond van artikel 6:249 BW. Zou de erflater met zijn wederpartij hebben afgesproken dat zijn accounts bij zijn overlijden worden gewist, dan zijn de erfgenamen aan deze afspraak gebonden en kunnen zij dus geen toegang krijgen tot de accounts van erflater. Ook kan het zo zijn dat in de overeenkomst is bepaald dat de overeenkomst eindigt bij overlijden. In de onderhavige zaak was geen van beide situaties aan de orde.³⁹ De kantonrechter overweegt dat het van alle omstandigheden van het geval afhangt of Microsoft verplicht is om de inloggegevens te verstrekken aan de erfgenamen.⁴⁰ Het door Microsoft gedane afgeleid beroep op de AVG wordt door de kantonrechter afgewezen, omdat de wet niets bepaalt over bescherming van persoonsgegevens na overlijden en de overeenkomst tussen erflater en Microsoft hierover ook niets regelt. Daarom komt de kantonrechter tot het oordeel dat het belang van de erfgenamen zwaarder weegt dan het belang van Microsoft. Daarbij beperkt de kantonrechter de verplichting tot afgifte van de inhoud van het account wel tot de overlijdensdatum van erflater, een en ander ter bescherming van de persoonsgegevens van erflater na diens overlijden.⁴¹

Wanneer dit de vaste lijn in de Nederlandse rechtspraak wordt, dan is het voor iedereen goed om zich te realiseren dat nabestaanden na zijn of haar overlijden inzage verkrijgen in alle bestanden. Wil iemand dat niet, dan is het belangrijk om bij de aanbieder van de online dienst na te gaan of er een mogelijkheid is om kenbaar te maken of diegene toegang wil geven aan zijn nabestaanden of niet. Hier lijkt ook wel een rol weggelegd voor de notaris; als iemand een testament wil opstellen, zouden de online accounts een belangrijk bespreekpunt moeten zijn anno 2022. Om welke accounts gaat het en hoe moet

ermee omgegaan worden na overlijden? Naast inventarisatie zouden ook hier een digitale kluis (en vermelding daarvan in het testament) en een socialmedia-executeur een rol kunnen spelen.

Maar los van de oplossingen die door de praktijk en de aanbieders van socialmediaplatforms zelf worden geboden en de rechtspraak op dit punt, kunnen wij niet anders dan concluderen dat de wetgever aan zet is. De onderzoekers van de Universiteit van Amsterdam stellen drie oplossingsrichtingen voor:

1. binnen het overeenkomstenrecht, onder andere door het versterken van de rechten van gebruikers door hun meer directe controle te geven, bijvoorbeeld door gebruikers de mogelijkheid te bieden om te bepalen wat er met de gegevens binnen een account dient te gebeuren als de gebruiker komt te overlijden, en door contractueel te bepalen dat een (Europese) verklaring van erfrecht volstaat voor erfgenamen om te kunnen beschikken over de gegevens binnen het account;
2. binnen het gegevensbeschermingsrecht, onder andere door bepaalde rechten en plichten uit de AVG post mortem te laten doorwerken. Zoals de AVG thans is vormgegeven, worden alleen de gegevens beschermd van personen die in leven zijn;
3. door het in het leven roepen van een zelfstandige wettelijke regeling, op grond waarvan burgers een of meer geautoriseerde personen aan kunnen wijzen die na overlijden toegang tot gegevens moeten kunnen krijgen bij dienstverleners, zonder dat burgers van deze dienstverleners tegengeworpen krijgen dat zij hun inloggegevens geheim moeten houden. Daarbij dienen burgers eveneens voorgelicht te worden over de relevante aspecten van de digitale nalatenschap en zouden er ook bewustzijnscampagnes vanuit de overheid moeten worden geïnitieerd.⁴²

6 Tot slot over de digitale erfenis

Er lijkt weinig discussie te bestaan over het antwoord op de vraag of digitale goederen tot de nalatenschap van een erflater behoren. Op grond van artikel 4:182 lid 1 BW kunnen ook bevoegdheden, al dan niet vermogensrechtelijk, op de erfgenamen overgaan.⁴³ Maar het zal voor de erfgenamen en de executeur in een nalatenschap niet altijd eenvoudig zijn om te ontdekken welke digitale goederen tot de nalatenschap behoren. Het is belangrijk dat ieder persoon die online activiteiten ontplooit, nadenkt over zijn digitale leven en zijn wensen op dit punt na zijn overlijden. Het ligt voor de hand problemen te voorkomen door het benoemen van een executeur. Deze moet in het testament dan een speciale opdracht meekrijgen en de tools aangereikt krijgen hoe

36 Zie Rb. Amsterdam 1 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7090, r.o. 4.6.

37 Zie Rb. Amsterdam 1 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7090, r.o. 4.7-4.9.

38 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6151.

39 Zie Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6151, r.o. 4.4.

40 Zie Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6151, r.o. 4.5.

41 Zie Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6151, r.o. 4.7.

42 Van Eechoud e.a., *Data na de dood*.

43 Van der Geld, *De executeur in een nalatenschap met bitcoins en andere 'digitale bezittingen'*, p. 123.

de digitale nalatenschap af te wikkelen. Wanneer je niets regelt, zadel je de erfgenamen of de executeur op met problemen omdat zij niet over de benodigde gegevens, zoals gebruikersnamen en wachtwoorden, beschikken om in te kunnen loggen in accounts en dergelijke. En dat zullen de meeste mensen zo veel mogelijk willen voorkomen. Het overlijden zelf is al verdrietig en intensief genoeg.

Men zou ervoor kunnen kiezen om een lijst te maken met relevante gegevens rondom de digitale onderdelen van de nalatenschap, maar dan moet deze lijst wel veilig opgeslagen worden, zodat het bestand niet in verkeerde handen terecht kan komen. Een digitale kluis lijkt ons daarom de beste optie. En wil iemand niet dat nabestaanden uiteindelijk inzicht krijgen in zijn of haar online accounts, dan is het belangrijk dat diegene bij de aanbieder van deze accounts nagaat of dit zo vastgelegd kan worden. Wij constateren dat er op deze punten uiteraard een rol is weggelegd voor de notaris.

We sluiten af met de constatering dat er in de politiek, wetenschap, praktijk en in de rechtspraak inmiddels ontwikkelingen gaande zijn betreffende de digitale erfenis. Vreemd genoeg ontbreekt het nog aan wetgeving. De wetgever kan het in onze visie niet langer nalaten wetgeving te maken. Over nalaten in de digitale wereld gesproken.