

Who owns your bits when you die?

113

In hoeverre kunnen aanbieders van 'webmail' zoals Yahoo! verplicht worden tot afgifte van informatie uit een e-mailaccount, indien de gebruiker van dat account is overleden? De beantwoording van deze vraag staat centraal in dit artikel. In Amerika is deze vraag onderwerp van debat geweest in de zaak tussen Ellsworth en Yahoo!, waarbij de ouders van de in Irak overleden militair Justin M. Ellsworth uiteindelijk via de rechter inzage kregen in het Yahoo! e-mailaccount van hun overleden zoon.²

Hoewel naar Nederlands recht als uitgangspunt geldt dat het privacyrecht alleen de levenden beschermt, kan onder omstandigheden ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de overledene en andere betrokkenen in het geding komen. Per geval zal daarom een adequate belangafweging moeten plaatsvinden, waarbij het motief van de nabestaanden en de privacybelangen van de betrokkenen een belangrijke rol spelen.

Inleiding

De nadruk zal in dit artikel liggen op gebruikers van web-based e-mailaccounts (hierna: accounthouders), waarmee vanaf elke computer (met een browser) die verbonden is met het internet, online gebruik kan worden gemaakt van e-maildiensten. Webbased e-mailproviders bieden tegenwoordig ruime opslagmogelijkheden (soms meer dan 2 gigabyte).³ Zo staat op de homepage van Googles Gmail te lezen dat Gmail gebaseerd is op het idee dat nooit meer berichten verwijderd hoeven te worden.⁴ Er verschijnen daarnaast ook steeds meer aanbieders van onlineopslagdiensten, waarmee allerlei soorten data op afstand beheerd, gedeeld en gearchiveerd kunnen worden. Yahoo! beschikt bijvoorbeeld over een onlineopslagservice die haar accounthouders in staat stelt documenten in een privébox op te slaan (Yahoo! Briefcase)⁵ en Google lanceerde dit jaar ook in het Nederlands haar dienst Docs & Spreadsheets waarmee accounthouders online documenten kunnen opstellen en bewaren.⁶ Het internet biedt derhalve meer en meer mogelijkheden om online informatie op te slaan, die ook voor nabestaanden waardevol kan zijn.⁷ Maar ook voor een breder publiek kan online opgeslagen informatie van belang zijn, te denken valt aan scripts van schrijvers en onderzoeken van wetenschappers. Hier zal in de toekomst ook een taak liggen voor notarissen om aantekening te maken van digitale assets die achterblijven.

Hoewel nog geen Nederlandse rechtszaken bekend zijn waarin verzoeken om afgifte dan wel inzage in e-mailaccounts aan de orde waren, zal het waarschijnlijk niet lang meer duren voordat dit gebeurt. De vraag rijst dan of naar Nederlands recht e-mailproviders gehouden zijn de verlangde gegevens af te staan en zo ja of dit niet conflicteert met de privacybelangen van de betrokkenen. Vooruitlopend op rechtspraak op

dit vlak, zal in dit artikel een aantal onderwerpen besproken worden die bij een dergelijk verzoek aan de orde kunnen komen. Allereerst zal de genoemde *Ellsworth vs. Yahoo!*-zaak behandeld worden. Vervolgens wordt ingegaan op de bij leven gemaakte contractuele afspraken tussen de accounthouder en de e-mailprovider, waarna de met deze kwestie verband houdende privacyaspecten aan de orde zullen komen. Voorts wordt de nalatenschap (de cyber assets) van de overleden accounthouder besproken.

Ellsworth vs. Yahoo!

De eerste rechtszaak waarin de openbaarmaking van e-mailberichten na overlijden de nodige media-aandacht kreeg, is de zaak tussen de ouders van Justin Ellsworth (hierna: Ellsworth) en e-mailprovider Yahoo!. De Amerikaanse militair Ellsworth werd in 2004 naar Irak gestuurd, maar kwam nog geen twee maanden na zijn aankomst tijdens een patrouille om het leven. Tijdens zijn verblijf in Irak maakte Ellsworth gebruik van een webbased e-mailaccount bij Yahoo! om onder meer met zijn ouders contact te houden. Na zijn dood verzochten zijn ouders Yahoo! om inzage in het account van hun zoon, zodat zij hem 'in zijn eigen woorden konden herinneren'. Yahoo! weigerde dit met een beroep op haar algemene voorwaarden. Hoewel Yahoo! sympathiseerde met de ouders van Ellsworth hield zij principieel vast aan haar privacybeleid, stellende dat e-mailaccounts na een bepaalde periode van inactiviteit worden vernietigd en pas worden vrijgegeven zodra de rechter dit heeft gefiatteerd.⁸ Yahoo! liet het dan ook aan de rechter over hier een definitief oordeel over te vellen. Voor de ouders van Ellsworth werd het een race tegen de klok. Enkele hackers hadden zelfs al aangeboden het e-mailaccount van Ellsworth te kraken. Het oordeel van rechter Eugene Moore kwam gelukkig op tijd, ware het

¹ Mw. Mr. Eva N.M. Visser is advocaat bij Stibbe te Amsterdam

² Titel afkomstig uit het boek 'The world is flat' van Thomas L. Friedman, waarin hij deze Amerikaanse zaak aanhaalt, Penguin Books 2005/2006, p. 254-255.

³ Yahoo! maakte onlangs zelfs bekend helemaal geen limiet meer te hanteren. *Nu.nl*, 'Geen limiet meer aan mailopslag bij Yahoo!', 28 maart 2007, <http://www.nu.nl>.

⁴ Zie <http://www.gmail.com>.

⁵ J. Weller, 'Gratis Gigabytes op internet. Online backups maken of bestanden uitwisselen', *Computer!Totaal* 2006-1, p. 38-39.

⁶ H. Stål, 'Schrijven en rekenen met Googles Gmail', *Het Parool/PS* 10 februari 2007, p. 20-21.

⁷ Dit kwam nog eens tot uitdrukking bij de in juni 2006 overleden dichter William Talcott die al zijn adressen, contacten en correspondentie bewaarde in zijn online e-mailaccount. Hierdoor was zijn dochter, die niet over zijn wachtwoord beschikte, niet in staat al zijn vrienden op de hoogte te brengen van zijn overlijden. Zie E. Mills, 'Taking passwords to the grave', *CNET News.com* 22 september 2006, <http://news.com.com>.

⁸ J.B. Louis & R.K. Garabo, 'Inheritance Vs Company Policy a Case study. Why does a deceased soldier's e-mail thoughts become the property of a company?', <http://www.edibris.memphis.edu>, p. 9.

dat hij zich niet inhoudelijk heeft uitgelaten over de zaak. Op 20 april 2005 heeft de rechter eigenlijk niet meer gedaan dan het formaliseren van een schikking tussen Yahoo! en de ouders van Ellsworth, inhoudende dat Yahoo! de informatie uit het e-mailaccount van hun overleden zoon aan hen zou overhandigen.⁹ Enige precedentwerking lijkt hier dan ook niet vanuit te zullen gaan.¹⁰

Contractuele relatie tussen de e-mailprovider en de accounthouder

Indien men gebruik wenst te maken van een webmailaccount zal de desbetreffende e-mailprovider in de regel zijn gebruiks- en privacyvoorwaarden van toepassing verklaren op de overeenkomst die tussen partijen wordt gesloten. De gebruiks- en privacyvoorwaarden van de bekendste webbased e-mailproviders bevatten min of meer gelijklopende bepalingen ten aanzien van het volgende:

- de e-mailprovider mag het account beëindigen en de content verwijderen, indien het account een bepaalde periode inactief is geweest. De periode van inactiviteit waarna het account beëindigd wordt verschilt per e-mailprovider¹¹;
- de e-mailprovider mag het account openbaar maken indien die bekendmaking in redelijkheid noodzakelijk is om te voldoen aan een verzoek van een instantie of in verband met een juridische procedure. Er zijn echter ook e-mailproviders die niet *per se* een vonnis afwachten om de nabestaanden toegang te geven tot het account van de overledene.¹²

In de praktijk zal niet of nauwelijks onderhandeld worden over deze voorwaarden, temeer omdat de door de e-mailproviders aangeboden diensten over het algemeen gratis zijn. Op basis van de voorwaarden van webbased e-mailproviders lijkt de hoofdregel te zijn dat accounts na een bepaalde periode van inactiviteit worden verwijderd. Tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden, kunnen accounthouders er dan in beginsel ook van uitgaan dat na hun overlijden het account, alsmede de inhoud ervan permanent verwijderd wordt. Overigens ondersteunt de memorie van toelichting bij de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) de praktijk van webbased e-mailproviders om gegevens na overlijden te vernietigen. In de MvT wordt opgemerkt dat hoewel de verantwoordelijke hiertoe niet gedwongen is, het in de rede ligt dat de gegevens van de overledene worden vernietigd.¹³

Privacy van de accounthouder

Mocht de e-mailprovider willen overgaan tot het verstrekken van de accountgegevens van de overledene, dan doet zich de vraag voor of die verstrekking niet strijdig is met eventuele privacybelangen van de overledene en andere betrokkenen. Een e-mailprovider die online e-maildiensten aanbiedt, zal in dat kader persoonsgegevens van de accounthouder verwerken. Het e-mailaccount bevat immers gegevens die informatie kunnen verschaffen over de betrokken personen. Deze persoonsgegevens worden bovendien 'verwerkt' nu de e-mailberichten onder meer zullen worden opgeslagen, geordend en gearchiveerd. E-mailproviders kunnen voorts als verantwoordelijke in de zin van de WBP worden aangemerkt.¹⁴ E-mailproviders zoals Yahoo! zullen namelijk niet slechts als

doorgeefluik fungeren, maar daadwerkelijk feitelijke macht kunnen uitoefenen over de gegevensverwerking. Zo volgt bijvoorbeeld uit de algemene voorwaarden van Yahoo! dat zij de 'content' weliswaar niet vooraf controleert, maar wel het recht heeft naar eigen goeddunken content te weigeren.¹⁵ Als verantwoordelijke dient de e-mailprovider zich aan de verplichtingen uit hoofde van de WBP te houden, zoals de algemene norm van art. 6 WBP dat de persoonsgegevens op behoorlijke en zorgvuldige wijze moeten worden verwerkt. E-mailproviders hanteren in dit kader doorgaans privacystatements waarin voor de betrokkenen te lezen staat hoe zij met hun persoonsgegevens omgaan.

Maar, dient de e-mailprovider zich eigenlijk nog wel aan de WBP te houden zodra de accounthouder komt te overlijden? Blijkens de memorie van toelichting bij de WBP vallen gegevens van overledenen niet onder de definitie van persoonsgegevens.¹⁶ Geheel in lijn met de MvT oordeelde de voorzieningenrechter op 11 december 2003 in de zaak tegen de Stichting Digitaal Monument Joodse Gemeenschap in Nederland¹⁷: 'De Wbp is slechts van toepassing op gegevens die betrekking hebben op identificeerbare natuurlijke personen die nog in leven zijn.'¹⁸ Betekent dit nu dat de 'verantwoordelijke' met die gegevens kan doen wat hem goedgevindt na overlijden van de betrokkene? Nee, vindt Blok die aangeeft dat het uitgangspunt moet zijn dat inbreuken op het recht op privacy niet geoorloofd zijn zonder een bij leven geuite toestemming van de overledene. Bij gebreke van een expliciete wilsuiting zullen de wensen van de overledene dan ook volgens hem gereconstrueerd moeten worden.¹⁹ Hoe kan dit beter worden bewerkstelligd dan door te kijken naar wat

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

10 De ouders kwamen echter bedrogen uit toen zij dachten de laatste woorden van hun zoon te kunnen inzien. Van Yahoo! ontvingen zij een cd die alleen e-mailberichten bevatte die hun zoon had ontvangen, maar geen berichten die Ellsworth zelf had verzonden. Onduidelijk is of dit alle informatie was die nog aanwezig was in het e-mailaccount van Ellsworth. Het is goed denkbaar dat de verzonden berichten van Ellsworth niet aanwezig waren, omdat hij de backupoptie niet had geactiveerd.

11 Zo hanteert Google een periode van negen maanden. Zie het Programmabeleid van Google <http://www.mail.google.com>. Opmerkelijk is overigens het feit dat de Engelstalige Terms of Service van Yahoo! (<http://www.info.yahoo.com>) in art. 27 bepalen dat het account bij overlijden wordt beëindigd, terwijl de Nederlandstalige voorwaarden (<http://www.nl.docs.yahoo.com>) een dergelijke specifieke bepaling niet kennen.

12 J. Hu, 'Yahoo denies family access to dead marine's e-mail', *CNET News.com*, 21 december 2004, <http://www.news.com.com>.

13 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 50.

14 Art. 1 sub d WBP definieert de verantwoordelijke als de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die of het bestuursorgaan dat, alleen of tezamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt.

15 Naar analogie van een werkgever die een e-mailsysteem aanbiedt aan zijn werknemers. Zie in dit verband H.H. de Vries, 'Vertrouwelijkheid van e-mail in arbeidsverhoudingen', in: *Juridische aspecten van e-mail*, Deventer: Kluwer 2001, p. 130.

16 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 47 en 50.

17 X tegen Stichting Digitaal Monument Joodse Gemeenschap in Nederland, Vnr. Rb. Amsterdam 11 december 2003, *LJN AN9893*, *KG 03/1363 AB*, r.o. 5.1.

18 In 2001 heeft de voorganger van het College bescherming persoonsgegevens, de Registratiekamer, zich op eenzelfde standpunt gesteld. Zie 'Correctie door een gemachtigde van persoonsgegevens van een overleden persoon is niet mogelijk', 10 januari 2001, kenmerk z2000-1218.

19 P.H. Blok, 'Is er privé-leven na de dood?', *NJB* 2003, 278.

de betrokkene bij leven hieromtrent heeft afgesproken met de e-mailprovider? Betoogd zou kunnen worden dat de accounthouder geen toestemming heeft gegeven voor vrijwillige openbaarmaking van zijn gegevens, doordat hij met de e-mailprovider overeen is gekomen dat het account na een zekere periode van inactiviteit wordt opgeheven, waarvan sprake zal zijn bij overlijden.²⁰

Onlangs heeft het onafhankelijke Europese privacy adviesorgaan 'Groep artikel 29' een opinie gepubliceerd over de uitleg van het begrip 'persoonsgegevens'.²¹

Ten aanzien van gegevens omtrent overledenen merkt de Groep op dat deze data in principe niet als persoonsgegevens kunnen worden aangemerkt, maar dat de gegevens van overledenen in bepaalde situaties toch een zekere indirecte bescherming kunnen genieten. Bijvoorbeeld indien deze gegevens ook betrekking hebben op levende personen.

Niet alleen de (privacy)belangen van de overledene kunnen in het spel zijn, maar ook de privacybelangen van de overige betrokkenen, namelijk de mensen van wie de overleden accounthouder e-mailberichten heeft ontvangen en de berichten die hij aan derden heeft verstuurd.²² Bij een verzoek tot afgifte van accountgegevens van een overleden accounthouder lijkt een belangenafweging daarom aangewezen, waarbij gekeken dient te worden naar de motieven van de erfgenamen voor inzage in het e-mailaccount. Deze motieven dienen vervolgens afgezet te worden tegen de inbreuk die wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen. De rechter lijkt hiervoor uiteindelijk de aangewezen figuur. De belangenafweging die gemaakt dient te worden vertoont gelijkenissen met zaken waarin nabestaanden inzage verlangen in het medische dossier van een overleden dierbare.²³ Dergelijke rechtszaken verschillen echter in zoverre van de in dit artikel besproken casus dat daar het medische beroepsgeheim een rol speelt dat blijft bestaan na overlijden.²⁴ De omstandigheid dat bij het inzage verkrijgen in een account het medische beroepsgeheim geen rol speelt, zou er echter niet zonder meer toe moeten leiden dat alle gegevens in kwestie geopenbaard worden. Ook de privacybelangen van derden kunnen worden geschaad. Bovendien kan het lezen van iemands e-mail na overlijden ook een andere indruk geven van diegene, dan voordien bestond. Hierdoor zou het zelfs moeilijker kunnen zijn te leven met de aldus verkregen antwoorden, dan met de vragen die men daarvoor had.

Cyber-assets

Zonder in deze bijdrage uitputtend op het erfrecht in te gaan is een andere relevante vraag of het account in de nalatenschap valt van de erflater. Deze vraag zal zich alleen voordoen bij 'webbased' e-mailproviders, waarbij geen gebruik wordt gemaakt van het Post Office Protocol (POP). Wanneer men namelijk thuis gebruikmaakt van een vast e-mailaccount, waarbij de e-mailberichten lokaal worden opgeslagen, dan bevinden die berichten zich nu eenmaal op de thuiscomputer. Na overlijden zal de computer van de overledene inclusief e-mailberichten in de nalatenschap vallen, net als bij fysieke correspondentie. Hetzelfde geldt voor webbased e-mailaccounthouders die gebruikmaken van POP3, het protocol waarmee je je e-mailberichten kunt downloaden naar je computer, zodat je deze ook offline kunt raadplegen (bijvoorbeeld via Microsoft Outlook). E-mailberichten ophalen via POP3 wordt echter (nog) niet door alle webbased e-

mailproviders gratis aangeboden. Yahoo! biedt deze dienst vooralsnog alleen aan de gebruikers van de premium Yahoo! Mail Plus Service aan en Microsoft levert deze dienst slechts aan een beperkt aantal (betalende) gebruikers van Windows Live Hotmail. Google daarentegen voorziet in een gratis POP-toegang voor alle Gmail-gebruikers.²⁵

Met het overlijden van de erflater volgen zijn erfgenamen van rechtswege op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap, aldus art. 4:182 BW. Goederen waarvan de erflater eigenaar was, kunnen door de erfgenamen worden opgevorderd. Het is echter twijfelachtig of de zogenoemde *hereditatis petitio* – het recht van erfgenamen om goederen van de nalatenschap bij derden op te vorderen die deze zonder recht houden – de erfgenamen zou kunnen baten.²⁶ Ten eerste is onduidelijk of digitale data als goederen kunnen worden aangemerkt. In de literatuur is al geruime tijd de discussie gaande tussen de 'stoffelijken' en 'onstoffelijken' of digitale data als zaken in de zin van art. 3:2 BW kunnen worden beschouwd.²⁷ De eventuele vermogensrechtelijke status van digitale data is evenmin helder uitgekristalliseerd. Ten tweede kan niet eenvoudig bepaald worden welke partij 'eigenaar' is van de digitale data.²⁸ In de fysieke wereld lijkt niet snel een probleem te ontstaan, wanneer door erfgenamen inzage wordt verzocht in de bankkluis van de overledene. Na overlegging van een verklaring van erfrecht kunnen erfgenamen in de praktijk toegang krijgen tot een kluis.²⁹ Aangezien het internet steeds vaker als externe harde schijf wordt gebruikt voor de online opslag van allerlei data, is het van wezenlijk belang dat men stilstaat bij de contractuele voorwaarden waaronder de data ter beschikking worden gesteld.

20 Vermeldenswaardig in dit verband is een overweging van het Gerechtshof te Amsterdam in zijn oordeel in de zaak waarin een familielid weigerde haar broer inzage te verschaffen in het kampdagboek van hun vader (KG 30 september 1999, *Prv.* 2001, nr. 5698). In antwoord op het verweer van de zus dat de privacy van hun overleden vader geschonden zou worden indien het dagboek aan de broer ter inzage wordt gegeven, merkt het hof op (r.o. 4.6.3.2): 'Dit belang komt naar het oordeel van het hof geen gewicht toe. Het is niet aan getintmeerde om zich de belangen van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van wijlen vader L. aan te trekken. Van een wens of veronderstelde wens van vader L. dat appellant geen inzage zou mogen krijgen in het door hem geschreven dagboek is niet, althans onvoldoende gebleken. Hierbij komt dat, zoals ter terechtzitting van het hof is bevestigd, getintmeerde wel heeft toegestaan dat het dagboek ter kennis is of heeft kunnen komen van kinderen en kleinkinderen van vader L.'

21 'Opinion 4/2007 on the concept of personal data', 20 juni 2007, *WP* 136

22 Opmerkelijk is overigens de bepaling (art. 6) in de Service Voorwaarden van Yahoo! dat de accounthouder de dienst niet mag gebruiken voor het verzamelen of opslaan van persoonsgegevens van andere gebruikers. Dit gebeurt namelijk automatisch wanneer berichten van derden in de inbox van de accounthouder terechtkomen. Zie <http://www.nl.docs.yahoo.com>.

23 Zie ook het Informatieblad 'Uw rechten als patiënt' van het CBP d.d. juni 2005, nummer 34B <http://www.cbprecht.nl>.

24 *Kamerstukken II 1997/98, 25 892*, nr. 3, p. 50.

25 Zie <http://www.mail.google.com>.

26 Art. 4:183 BW.

27 E.D.C. Neppelenbroek, 'De verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over internet', *NJB* 10 maart 2006, nr. 10, p. 560-566. Zie in dit kader ook M.N. Groeneveld, 'Reactie. Over rode brandweerauto's en de verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over internet', alsmede het naschrift van Neppelenbroek in *NJB* 1 september 2006, nr. 30, p. 1697-1699.

28 Van der Hof, Lips & Prins, 'Personalisatie in private en publieke dienstverlening', *JAVI* 2004-4, p. 140.

29 Overigens bepalen de Algemene Voorwaarden van ABN AMRO behorende bij de 'Digitale Kluis', dat bij overlijden van de kluis houder, de erfgenamen toegang zullen krijgen tot de digitale kluis. Zie <http://www.abnamro.nl>.

Wat heeft men bedongen omtrent afgifte bij overlijden en welke partij is aansprakelijk voor eventueel dataverlies? Erfgenamen zijn in beginsel gebonden aan door de erflater aangegane overeenkomsten en gehouden deze na te komen.³⁰ De persoon van de overledene wordt in zoverre voortgezet door de erfgenamen. Uitgangspunt is dat door het overlijden van een contractspartij, een overeenkomst niet van rechtswege eindigt.³¹ Erfgenamen volgen de erflater als rechtsverkrijgers onder algemene titel op als partij bij de overeenkomst, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit (art. 6:249 BW).³² Dit plaatst hen in de positie van de erflater en betekent in beginsel dat zij recht op toegang hebben tot het e-mailaccount en derhalve ook tot de informatie die aldus kan worden aangetroffen. Het ter beschikking stellen van het e-mailaccount is immers de kenmerkende prestatie waartoe de e-mailprovider zich heeft verplicht. De erfgenamen beschikken echter veelal niet over de inloggegevens van het desbetreffende account. Is de e-mailprovider verplicht deze te verstrekken aan de erfgenamen? De gebruiksovereenkomsten van e-mailproviders bepalen daar in de regel niets over. De procedure die e-mailproviders hanteren om een password te achterhalen bestaat vaak uit het beantwoorden van een persoonlijke vraag waarop alleen de accounthouder het antwoord weet. De erfgenamen hebben derhalve de medewerking nodig van de e-mailproviders. Indien de e-mailprovider weigert tot afgifte van de noodzakelijke inloggegevens kunnen de erfgenamen een beroep doen op de aanvullende werking van art. 6:248 lid 1 BW, teneinde te bewerkstelligen dat een verbintenis voor de e-mailprovider ontstaat tot het verrichten van een handeling (afgifte inloggegevens) waaromtrent niets was vastgelegd in de gebruiksovereenkomst. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zorgt dan voor opvulling van een leemte in de gebruiksovereenkomst, waarbij rekening gehouden dient te worden met de belangen van ieder der partijen en de omstandigheden van het bijzondere geval. In verband met de contractuele bevoegdheid van de e-mailprovider om het account na een bepaalde periode van inactiviteit te beëindigen, zouden de erfgenamen een beroep kunnen doen op de de-rogerende werking van art. 6:248 lid 2 BW, door te stellen dat de beëindiging van het account in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voorstelbaar is namelijk dat de uitoefening van het contractuele recht op vernietiging van het account, de erfgenamen emotionele schade zou kunnen berokkenen. Voor een dergelijk zwaarwichtig belang aan de zijde van de erfgenamen, zou het belang van de e-mailproviders naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden mogelijk moeten wijken. Daarnaast kunnen de erfgenamen aan-

voeren dat het beding dat de e-mailprovider hanteert op grond van art. 6:237 sub d BW wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn, omdat het de e-mailprovider van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt. De erfgenamen zullen in dat verband moeten aantonen dat inactiviteit van het e-mailaccount van onvoldoende gewicht is om de beëindiging van het account te rechtvaardigen, mede gelet op de concrete belangen van de erfgenamen.³³ Slagen zij daarin, dan kunnen zij de vernietigbaarheid van het beding inroepen.

Conclusie

In de *Ellsworth*-zaak heeft Yahoo! laten zien dat zij de met de accounthouder gemaakte afspraken respecteert en de daarmee verbonden privacybelangen serieus neemt. Niet alle webbased e-mailproviders zullen zich echter zo principieel opstellen als Yahoo! heeft gedaan, wanneer inzage wordt gevraagd in een e-mailaccount. E-mailproviders dienen zich te realiseren dat ook de privacybelangen van anderen in het geding kunnen komen, wanneer inzage wordt gegeven in het account van de overleden accounthouder. Indien de e-mailprovider inzage weigert, is het voor de nabestaanden in ieder geval zaak snel te handelen en in kort geding een voorlopige voorziening te vragen. De rechter zal zich vervolgens voor de taak gesteld zien een adequate belangenafweging te maken. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan ertoe leiden dat de weigerachtige e-mailprovider verplicht wordt tot afgifte van de noodzakelijke inloggegevens aan de erfgenamen die na overlijden in de rechten zijn getreden van de overleden accounthouder. Een voorbeeld van een situatie waarin inzage gerechtvaardigd lijkt, is die waarin de accounthouder zelfmoord heeft gepleegd zonder enig fysiek bericht achter te laten.³⁴ Bij de afwezigheid van een (psychische) noodzaak de informatie van de overledene in te zien, dient terughoudendheid betracht te worden bij de openbaarmaking ervan. E-mailproviders zouden deze discussie bij nieuwe accounthouders kunnen voorkomen, door deze tijdens de aanmeldingsprocedure de mogelijkheid te bieden actief (i.e. opt-in) aan te geven of de inhoud van hun e-mailaccount na overlijden geopend mag worden aan hun nabestaanden. Het valt niet te ontkennen dat men steeds meer en steeds vaker informatie extern op het internet bewaart, beveiligd door middel van verschillende passwords. Voor nabestaanden zal het daarom niet altijd even eenvoudig zijn te achterhalen waar informatie bewaard wordt, aangezien men deze gegevens doorgaans voor zichzelf houdt. Het wordt daarom tijd dat men zich bewust wordt van zijn digitale assets die verloren zouden kunnen gaan bij overlijden.

30 HR 23 juni 1989, *NJ* 1989, 732 (Gaasbeek), r.o. 3.2.

31 De wet kent wel uitzonderingen op dit uitgangspunt, zoals ten aanzien van de arbeidsovereenkomst (art. 7:674 lid 1 BW).

32 Zie *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Verbintenissenrecht hoofdstuk XVIII 'Algemene beginselen', nr. 390.

33 Wessels, Jongeneel & Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 246.

34 Vgl. *Het Nieuwsblad*, 'Privacy over de dood heen. Post van een overledene mag je openen, maar zijn e-mail niet.', 13 januari 2005, <http://www.nieuwsblad.be>.