

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. zijne Excellentie de minister voor
Rechtsbescherming
De heer S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Elze 't Hart
Archimedeslaan 61
Postbus 85005
3508 AA Utrecht
T +31 30 25 95 578
F +31 30 25 95 506
E elzethart@vbk.nl
www.vbk.nl

Utrecht, 13 juli 2020

Betreft: Consultatie verzamelwet gegevensbescherming

Marisanne Martens
Archimedeslaan 61
Postbus 85005
3508 AA Utrecht
T +31 30 25 95 566
F +31 30 25 95 505
E marisannemartens@vbk.nl
www.vbk.nl

Hooggeachte heer Dekker,

Via www.internetconsultatie.nl hebben wij kennisgenomen van uw wetsvoorstel strekkende tot wijziging van onder meer de UAVG (hierna: "Verzamelwet Gegevensbescherming"). Graag maken wij door middel van deze brief van de gelegenheid gebruik om op dit wetsvoorstel te reageren en dan met name op artikel 68a van de Faillissementswet (hierna: "Fw").

I. Introductie

Een curator krijgt nagenoeg altijd te maken met persoonsgegevens bij een faillissement. Op pagina 32 van de Memorie van Toelichting bij de Verzamelwet Gegevensbescherming is terecht opgemerkt dat in de praktijk behoefte bestaat aan een verduidelijking ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens ter uitoefening van de wettelijke taken onder de Fw. Echter, bij de voorgestelde wijziging plaatsen ondergetekenden vraagtekens en stellen wij een aantal aanpassingen voor.

Hieronder zullen wij ingaan op het voorstel, waarbij we aandacht zullen besteden aan de verwerkingsgrondslag van de curator, de verwerking van bijzondere persoonsgegevens en de verkoop van persoonsgegevens.

II. Verwerkingsgrondslag curator bij afwikkeling faillissement

In de memorie van toelichting staat dat de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de wettelijke taakuitoefening van de curator geschiedt doorgaans op grond van artikel 6, eerste lid, onderdeel e, en derde lid van de AVG. Deze voorgestelde wijziging zou moeten verduidelijken dat de curator bij de uitoefening van zijn wettelijke taken persoonsgegevens als bedoeld in de UAVG en AVG rechtmatig kan verwerken.

Naar onze mening is de juiste grondslag artikel 6, eerste lid, onderdeel c, en derde lid van de AVG en niet artikel 6, eerste lid, onderdeel e, en derde lid van de AVG. De curator verwerkt immers persoonsgegevens om te voldoen aan een wettelijke verplichting in de zin van de AVG. Op grond van artikel 6 lid 3 AVG en overweging 41 AVG dient de desbetreffende wet duidelijk en nauwkeurig te zijn, en de toepassing daarvan moet voorspelbaar zijn voor degenen op wie deze wet van toepassing is. Uit de Memorie van Toelichting bij de UAVG en jurisprudentie blijkt dat er geen expliciete verplichting hoeft te staan in de wet:

*'Voor rechtmatige verwerking in het kader van een wettelijke verplichting geldt een noodzakelijkheidsvereiste: de verwerking moet noodzakelijk zijn om te voldoen aan de wettelijke verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke. Deze wettelijke verplichting behoeft niet noodzakelijkerwijs te bestaan uit een expliciete verplichting om (bepaalde) persoonsgegevens te verwerken. Het komt namelijk ook voor dat de verwerking van persoonsgegevens een basis vindt in een ruimer geformuleerde zorgplicht of wettelijke verplichting. In dat geval heeft de verwerkingsverantwoordelijke een grotere eigen verantwoordelijkheid inzake het beoordelen van de noodzakelijkheid van de verwerking in het licht van het voldoen aan de wettelijke verplichting. Zonder verwerking van de gegevens moet het uitvoeren van een wettelijke verplichting redelijkerwijs niet goed mogelijk zijn. Op dit punt verandert het wettelijk kader zoals dat gold onder de richtlijn en de Wbp niet.'*¹

Naar onze mening geeft de Fw op veel punten voldoende basis voor de verwerking van persoonsgegevens in door de curator voor zover noodzakelijk voor de uitvoering van zijn wettelijke verplichtingen. Het is daarom voor verschillende verwerkingen (zoals bijvoorbeeld het bewaren van de administratie en het opstellen van een verslag) niet noodzakelijk om dit nogmaals te verduidelijken in artikel 68a Fw. Echter, het is wel een wenselijke ontwikkeling dat expliciet verduidelijkt wordt dat de curator ook andere verwerkingen in het kader van zijn wettelijke taak mag doen (zoals bijvoorbeeld in het kader van een voorbereiding van een doorstart en de verkoop van activa, waar – zoals we hierna nader zullen toelichten – nog nadere verduidelijking wenselijk is).

III. Ruimere grondslag voor bijzondere persoonsgegevens, strafrechtelijke gegevens en nationale identificatienummers

Op dit moment bestaat er geen duidelijke grondslag om bijzondere persoonsgegevens, strafrechtelijke gegevens en nationale identificatienummers te mogen verwerken ter uitvoering van de wettelijke taken. Artikel 68a Fw verruimt de mogelijkheden van de curator om dit te doen. Echter, het huidige voorstel biedt nog steeds te weinig mogelijkheden om de wettelijke taken naar behoren uit te voeren. De curator dient namelijk veel vaker bijzondere (en strafrechtelijke) persoonsgegevens te verwerken om aan zijn wettelijke taken te voldoen.

¹ *Kamerstukken II 2017-2018, 34851, nr. 3, p. 35 (MvT)* en zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10345, r.o.v. 4.6.

De taken waarvoor deze gegevens mogen worden verwerkt zijn nauw gespecificeerd. Hierdoor wordt het mogelijk om bijvoorbeeld voor het rechtmatigheidsonderzoek en de voortzetting van het bedrijf, de voorbereiding van een verkoop van het bedrijf aan derden, dan wel in het kader van een ordentelijke afwikkeling van de bedrijfsactiviteiten gezondheidsgegevens te verwerken. Dit is een grote vooruitgang ten opzichte van de huidige situatie. Echter, door de verwerkingsactiviteiten nauw te omschrijven blijft het mogelijk dat er noodzakelijke verwerkingsactiviteiten niet mogelijk blijken. Zo zal een curator bijvoorbeeld bij de bewaring van de bescheiden en andere gegevensdragers geen strafrechtelijke gegevens mogen verwerken. Dit kan mogelijkerwijs in de praktijk, afhankelijk van het faillissement, praktische problemen veroorzaken. Het komt regelmatig voor dat er in de bescheiden en andere gegevensdragers van een failliet, strafrechtelijke gegevens zitten. Denk aan het geval dat er sprake is van (fiscale) fraude. Een bekend voorbeeld is het faillissement van Imtech. Bij de bewaring van de bescheiden en andere gegevensdragers (een wettelijke taak van de curator op grond van artikel 92 Fw) zullen deze strafrechtelijke gegevens automatisch gekopieerd worden. Een onderscheid maken is vaak praktisch niet mogelijk.

Ook in het verslag worden mogelijk strafrechtelijke gegevens verwerkt, bijvoorbeeld wanneer de curator melding maakt van een paulianeuze transactie. Daarnaast worden in het kader van het ontslag van werknemers op grond van art. 40 Fw – nu in het geheel niet genoemd – vaak bijzondere persoonsgegevens verwerkt, denk aan BSN-nummers die vaak op de loonstroken staan. Deze loonstroken worden dikwijls met het UWV gedeeld in het kader van de loongarantieregeling, waarbij het van belang is dat de werknemers zo spoedig mogelijk aanspraak kunnen maken op deze regeling. Weer een ander voorbeeld betreft de debiteurenincasso van een faillissement in de zorg. Daarbij gaat het – omdat de debiteuren vaak patiënten zijn – per definitie om bijzondere persoonsgegevens die verwerkt worden.

Het verdient om bovenstaande reden aanbeveling om een ruimere bepaling op te nemen. In dit kader zouden wij voorstellen om artikel 68a lid 3 als volgt te wijzigen:

“Gelet op artikel 9, tweede lid, onderdeel g, en artikel 10 van de Algemene verordening gegevensbescherming kan de curator, voor zo ver dit noodzakelijk is voor de uitoefening van de in het eerste lid genoemde taak van het beheer en de vereffening van de boedel, verwerken:

- a. bijzondere categorieën van persoonsgegevens als bedoeld in paragraaf 3.1 van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming verwerken;*
- b. persoonsgegevens van strafrechtelijke aard als bedoeld in paragraaf 3.2 van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming; en*
- c. nummers die dienen ter identificatie van personen die bij wet zijn voorgeschreven op grond van artikel 46 van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming.*

Doordat de verwerking is beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de uitoefening van het beheer en de vereffening van de boedel blijven de persoonsgegevens binnen het doel van de wet verwerkt worden. Echter, door de taken niet te specificeren zal de AVG de uitoefening van de wettelijke taken van de curator in de praktijk niet onmogelijk maken. Waarbij benadrukt moet worden dat die ruimte noodzakelijk

is aangezien ieder faillissement haar eigen bijzonderheden kent. Zo worden in een faillissement van een ziekenhuis noodzakelijkerwijs meer bijzondere gegevens verwerkt dan een retail-faillissement.

Ten slotte staat er een kleine inconsistentie in de tekst van artikel 68a Fw. In lid 1 staat nu dat nummers die dienen ter identificatie van personen in het algemeen mogen worden verwerkt voor zover dit noodzakelijk is voor het beheer en de vereffening van de boedel. In lid 3 wordt het gebruik hiervan beperkt tot specifieke taken. Het verdient aanbeveling om dit aan te passen.

IV. Persoonsgegevens onderdeel van de boedel

Op grond van artikel 20 Fw omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen de schuldenaar gedurende het faillissement verwerft. Het vermogen van de schuldenaar omvat al diens goederen, dat wil zeggen al diens zaken en vermogensrechten in de zin van artikel 3:1 BW. Wat niet tot het vermogen van de schuldenaar behoort valt daarmee ook niet in de boedel. Op grond van artikel 68 Fw is deze curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Als persoonsgegevens niet in de boedel vallen, is de curator dus niet belast met het beheer en de vereffening van de persoonsgegevens die door de failliet verwerkt worden.² Voor de praktijk is het om die reden van groot belang of persoonsgegevens in de boedel vallen.

Persoonsgegevens zijn geen zaken, omdat zij geen voor de menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten in de zin van artikel 3:2 BW betreffen. Echter, persoonsgegevens zouden wel als vermogensrechten kunnen kwalificeren. Vermogensrechten zijn op grond van artikel 3:6 BW namelijk 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. Hierover bestaat in de literatuur discussie.³ In de praktijk zien we dat curatoren er vaak vanuit gaan dat persoonsgegevens vermogensrechten zijn – althans persoonsgegevens in de vorm van bijvoorbeeld klantenbestanden vertegenwoordigen een waarde en worden regelmatig (door curatoren) verkocht – en dat privacy specialisten er vaak vanuit gaan dat persoonsgegevens geen vermogensrechten zijn en slechts beheerst worden door de AVG en onderliggende wet- en regelgeving. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) laat in het midden of persoonsgegevens onder het begrip 'vermogen' vallen.⁴

De vraag of persoonsgegevens als vermogensrechten kunnen worden gezien is een principiële discussie met veel implicaties, welke – naar onze mening – door de wetgever moet worden beantwoord. Recent heeft de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in een kamerbrief aangegeven dat er geen sprake is van eigendom op persoonsgegevens.⁵ Hierbij wordt voornamelijk

² Dit betekent overigens niet dat het niet noodzakelijk is om de persoonsgegevens te verwerken ter uitoefening van de wettelijke taken, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot het bewaren van de administratie. De curator dient alsnog persoonsgegevens te verwerken voor zover noodzakelijk voor de wettelijke taken. Echter, de curator is dan niet per definitie belast met de verwerking van alle persoonsgegevens die door de failliet werden verwerkt.

³ Zie bijvoorbeeld, N. Purtova, *Property Rights in Personal Data*, diss. Tilburg, Antwerpen: Maklu 2011 en de reactie daarop van E.J. Dommering in het *Tijdschrift voor Vermogensrecht* 2012/1, p. 22 e.v.

⁴ Brief van de Autoriteit Persoonsgegevens aan INSOLAD van 6 januari 2020, z2019-12871, p. 4, voetnoot 12

⁵ Brief van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties betreffende eigenaarschap van persoonsgegevens, 15 juni 2020. Zie [hier](#).

aangeven dat persoonsgegevens geen zaken zijn. Wij zouden u willen verzoeken om ook uitsluitel te geven over de vraag of persoonsgegevens als vermogensrechten kunnen kwalificeren.

V. Verkoop van persoonsgegevens

In dat kader dient ook verduidelijkt te worden of overdracht van persoonsgegevens in het kader van een doorstart dan wel een losse verkoop aan een derde van persoonsgegevens, bijvoorbeeld een klantenbestand, (wettelijk) toegestaan is. De Verzamelwet Gegevensbescherming en artikel 68a tweede lid onderdeel e en onderdeel g Fw en de toelichting daarop is hier niet duidelijk over. Zo noemt artikel 68a tweede lid onderdeel e wel de voorbereiding van een verkoop van het bedrijf aan derden, maar niet de verkoop zelf. De toelichting gaat er echter vanuit dat ook de verkoop zelf (de doorstart) hieronder valt. Het zou wenselijk zijn om dit ook in het artikel op te nemen.

De toelichting is daarnaast niet duidelijk over de vraag welke gegevens de curator dan mag verwerken in het kader van dit artikel. Enerzijds noemt de toelichting dat ook klantenbestanden bij deze overdracht kunnen worden overgedragen, anderzijds stelt de toelichting dat deze overdracht dan doorgaans gebaseerd kan worden op artikel 6 eerste lid, onderdeel b AVG, te weten in het kader van de uitvoering van een overeenkomst. De toelichting stelt verder dat gegevens vaak via contractsovername overgaan op de andere partij. Van contractsovername is in een faillissementssituatie echter juist haast nooit sprake. Contractsovername impliceert namelijk overname van de rechten én plichten (waaronder openstaande schulden). Bij een bedrijf met doorlopende contracten kiezen de doorstartende partij en de klanten er vaak voor om te onderhandelen over een nieuw contract. Contractsovername is bij een bedrijf dat losse diensten of producten levert, zoals in de retail, in het geheel niet aan de orde. Het is dan ook de vraag op welke grondslag de overdracht van een klantenbestand gebaseerd kan worden. Kan dat op grond van artikel 68a Fw op artikel 6, eerste lid, onderdeel c gebaseerd worden of moet deze verwerking op een andere grondslag gebaseerd worden (bijvoorbeeld onderdeel e of f)?

Een klantenbestand is een belangrijk onderdeel van de goodwill van een bedrijf. Zonder klantenbestand en/of bedrijfsinformatie (dat mogelijk ook persoonsgegevens bevat) is een doorstart niet goed denkbaar. Hierin zit namelijk de toegevoegde waarde van een onderneming (het geheel en niet de losse onderdelen). Het is dus van belang dat overdracht van deze gegevens mogelijk is, waarbij er uiteraard zorgvuldig met deze gegevens om moet worden gegaan. In het verleden werd dit ondervangen door met de doorstartende partij overeen te komen dat de gegevens slechts voor dezelfde doeleinden mogen worden verwerkt én de betrokkenen een termijn (doorgaans twee tot vier weken) te gunnen om bezwaar tegen de overdracht van hun gegevens te maken. Een voorbeeld hiervan is de doorstart van Travelbird. De Autoriteit Persoonsgegevens leek in te stemmen met deze werkwijze,⁶ maar rept niet over deze mogelijkheid in haar brief aan INSOLAD.⁷ In de praktijk blijkt over de grondslag veel discussie bestaan. Wij achten het wenselijk dat de wetgever hierover duidelijkheid schept.

Ook over de losse verkoop van persoonsgegevens (bijvoorbeeld klantenbestanden) dient duidelijkheid verkregen te worden. De toelichting bij artikel 68a tweede lid onderdeel g Fw stelt kortweg dat er in dat geval sprake is van onverenigbare doeleinden, terwijl dit niet in alle gevallen zo hoeft te zijn. Het

⁶ Zie K. Kuijpers en T. Muntz, 'Uw gegevens voor de hoogste bidder', *De Groene Amsterdammer*, 17 april 2019, nr. 16, <https://www.groene.nl/artikel/uw-gegevens-voor-de-hoogste-bieder>.

⁷ Brief van de Autoriteit Persoonsgegevens aan INSOLAD van 6 januari 2020, z2019-12871.

wetsvoorstel biedt daarmee geen ruimte voor bijzondere gevallen. De verkoop van losse klantenbestanden is volgens de toelichting (enkel) mogelijk na expliciete toestemming. Toestemming verkrijgen is vaak gelet op het korte tijdsbestek waarin in een faillissementssituatie gehandeld moet worden en de aantallen persoonsgegevens waar het om gaat, niet mogelijk.

VI. Conclusie

Hoewel wij toejuichen dat verduidelijkt wordt dat de curator – rechtmatig – in het kader van zijn wettelijke taak persoonsgegevens verwerkt, heeft het wetsvoorstel nog enige aanpassingen en toelichtingen. De taken zijn in de Verzamelwet Gegevensbescherming te nauw omschreven. Ieder faillissement kent zijn eigen bijzonderheden, waardoor er noodzakelijkerwijs meer of minder (bijzondere) gegevens door een curator worden verwerkt. Het huidige voorstel biedt nog onvoldoende ruimte om aan die bijzonderheden tegemoet te komen. Daarnaast is het voor de praktijk van groot belang dat de overdracht van (persoonsgegevens) in het kader van een doorstart – uiteraard omkleed met voldoende waarborgen – mogelijk is. De Verzamelwet Gegevensbescherming en haar toelichting is hierover nog te onduidelijk.

Indien gewenst, zijn wij graag bereid onze reactie nader toe te lichten.

Hoogachtend,

mr. E.L.V. 't Hart en mr. M.A.R. Martens

(advocaten op het gebied van respectievelijk privacy- en insolventierecht bij Van Benthem & Keulen B.V.)