

De verkoop van klantenbestanden door de curator

Een confrontatie van het insolventierecht met het privacyrecht

Tvl 2018/9

Wanneer curator een klantenbestand bestaande uit persoonsgegevens van natuurlijke personen verkoopt, dient hij rekening te houden met de regelgeving op het gebied van het privacyrecht. Vanaf 25 mei 2018 wordt het privacyrecht beheerst door de Algemene Verordening Gegevensbescherming. In deze bijdrage onderzoekt de auteur in hoeverre een curator, gelet op de AVG, het klantenbestand van een failliet mag verkopen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de verkoop van het klantenbestand in het kader van een doorstart en de verkoop van het klantenbestand als *los activum*. De mogelijke gevolgen van een schending van het privacyrecht worden eveneens besproken.

1. Inleiding

Data spelen in de huidige maatschappij een steeds grotere rol.² Ook in faillissement worden data verwerkt. Wanneer het persoonsgegevens betreft, roept dit privacyrechtelijke vragen op.³ Een voor het faillissement belangrijke bron van persoonsgegevens is het klantenbestand van de failliete onderneming. Dit maakt deel uit van haar goodwill en kan een grote waarde hebben.⁴ Curatoren maken klantenbestanden geregeld te gelde. Een kort onderzoek leert dat tussen 15 februari en 12 april 2017 in maar liefst 350 faillissementsverslagen het woord 'klantenbestand' voorkwam.⁵ In meer dan 200 verslagen werd gemeld dat het klantenbestand daadwerkelijk is verkocht en overgedragen. Vaak ging het om de overdracht van goodwill in het algemeen, bijvoorbeeld in het kader van een doorstart. De losse verkoop van een

klantenbestand kwam echter ook voor.⁶ In de onderzochte verslagen worden verkoopprijzen genoemd die oplopen tot € 39.662,09.⁷

Omdat klantenbestanden persoonsgegevens bevatten, zijn de Wet Bescherming Persoonsgegevens (hierna: Wbp), de Nederlandse implementatie van de Privacyrichtlijn 1995,⁸ en in de toekomst diens opvolger de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG)⁹ van toepassing.¹⁰ Het is de vraag of curatoren hierbij voldoende stilstaan. In slechts drie faillissementsverslagen gaf de curator expliciet aan acht te slaan op privacywetgeving. Zo meldde de curator van een privékliniek voor plastische chirurgie dat hij niet inging op de belangstelling voor het klantenbestand van de failliet vanwege de privacygevoeligheid van de gegevens. De curator van een fitnesscentrum achtte de verkoop van het klantenbestand 'niet opportuun'. De verkoop van het klantenbestand van de derde failliet, ook een fitnesscentrum, wordt nog verkend.¹¹

Het lijkt er echter op dat bij de meeste verkopen van klantenbestanden in faillissement geen rekening wordt gehouden met privacywetgeving. Dit terwijl het gevoelige gegevens kan betreffen. Denk bijvoorbeeld aan het klantenbestand van een kinderdagverblijf of een advocatenkantoor.¹² Een schending van privacyregelgeving heeft bovendien mogelijk financiële gevolgen voor de curator in de vorm van aansprakelijkstellingen of boetes. In dit artikel onderzoek ik of en onder welke omstandigheden de verkoop van een klantenbestand van een failliete onderneming privacyrechtelijk

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: M.A.R. Martens, 'De verkoop van klantenbestanden door de curator'.

Een confrontatie van het insolventierecht met het privacyrecht', *Tvl* 2018/9. Mr. M.A.R. Martens is advocaat-stagiaire bij Van Benthem & Keulen op de afdeling Corporate Restructuring & Insolvency. Het artikel is een bewerking van haar afstudeerscriptie voor de onderzoeksmaster Onderneming & Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. De auteur bedankt allen die commentaar hebben geleverd op eerdere versies, in het bijzonder mr. dr. B.A. Schuijling, mr. dr. P.T.J. Wolters en mr. T. Walree.

2 Zie bijv. 'Regulating the internet giants: The world's most valuable resource is no longer oil, but data. The data economy demands a new approach to antitrust rules', *The Economist* 6 mei 2017.

3 Voorbeelden kunnen gevonden worden in recente uitspraken als: ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2743 en Rb. Noord-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700.

4 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving', in: *Homo digitalis. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen- Vereniging, deel 2016-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016/1 (online publiek), p. 268; J. Diamant & R.M. Wibier, 'De positie van goodwill in het privaatrecht', *WPNR* 2012/6919, p. 165; L.P. Kortmann & B. Is, 'De verkopende curator anno 2016: Verkoper, belangenbehartiger of procesbewaker?', *TOP* 2016/569, p. 12.

5 Via: devimmix.nl/FailWatch/, laatst geraadpleegd 28 april 2017; de zoekmachine laat meer resultaten waarschijnlijk niet toe.

6 Zie bijv. het faillissementsverslag d.d. 3 april 2017 van Benco Metaal Venlo BV; het faillissementsverslag d.d. 16 februari 2017 van Fieret Seafood BV; het faillissementsverslag d.d. 1 maart 2017 van Reklame Studio Teller BV; het faillissementsverslag d.d. 30 augustus 2016 van de stichting Kidz-World; het faillissementsverslag d.d. 21 maart 2017 van B & W Vochtwering BV; het faillissementsverslag d.d. 21 maart 2017 van Pro Buig BV; het faillissementsverslag d.d. 21 maart 2017 van Sunwatcher BV; het faillissementsverslag d.d. 28 maart 2017 van Sportcentrum Body-fit BV; het faillissementsverslag d.d. 29 maart 2017 van Factor Nederland BV; het faillissementsverslag d.d. 29 maart 2017 van Ayesso BV; faillissementsverslag d.d. 7 april 2017 van Complimac Venray BV; allen te raadplegen via: insolventies.rechtspraak.nl.

7 Het faillissementsverslag d.d. 16 februari 2017 van Fieret Seafood BV te raadplegen via: insolventies.rechtspraak.nl.

8 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

9 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene Verordening Gegevensbescherming).

10 Art. 2 Wbp en art. 2 AVG.

11 Het faillissementsverslag d.d. 7 maart 2017 van Rembrandt Kliniek Leiden BV; het faillissementsverslag d.d. 10 april 2017 van Sportcentrum Club Fit BV; het faillissementsverslag d.d. 2 maart 2017 van Hoogendijk Sport & Fitness Holy BV; allen te raadplegen via: insolventies.rechtspraak.nl, laatst geraadpleegd 12 december 2017.

12 Zie bijvoorbeeld het faillissementsverslag d.d. 30 augustus 2016 van de stichting Kidz-World en het faillissementsverslag d.d. 5 april 2017 van Endtz & Co Advocaten BV; beide te raadplegen via: insolventies.rechtspraak.nl.

geoorloofd is en welke gevolgen een eventuele schending van het privacyrecht heeft voor de boedel en de curator.

De AVG is op 27 april 2016 gepubliceerd en is met ingang van 25 mei 2018 van toepassing. Op dat moment vervangt zij de Wbp. Om curatoren en andere belangstellenden voor te bereiden op de toekomst, ligt de focus van dit artikel op de AVG. De AVG en de Privacyrichtlijn 1995, zoals geïmplementeerd in de Wbp, vertonen veel gelijkenissen.¹³ Bestaande jurisprudentie en literatuur blijven daarom (grotendeels) relevant.¹⁴ Jurisprudentie en literatuur uit andere Europese landen zijn eveneens interessant, aangezien het privacyrecht Europees geregeld is. In dit onderzoek besteed ik aandacht aan Duitsland. Daar hebben de toezichthouders zich expliciet gebogen over de vraag of de verkoop van een klantenbestand door de curator toegestaan is. Hun antwoorden lijken contrair te zijn aan het standpunt van de Nederlandse toezichthouder. Dergelijke nationale verschillen in de implementatie en toepassing van de Privacyrichtlijn 1995 zijn een van de redenen geweest om de richtlijn te vervangen door een verordening. De AVG dient de nationale verschillen op te heffen en de regels voor gegevensbescherming in de EU-lidstaten verder te harmoniseren.¹⁵ De hiervoor geponeerde vraag zal in iedere lidstaat op dezelfde wijze beantwoord moeten worden. De vraag is dus: welke toezichthouder heeft gelijk?

Allereerst bespreek ik wanneer de AVG van toepassing is en wie in faillissement de voornaamste normadressaat is (§ 2). Daarna worden eerst de relevante regels van de AVG in het algemeen besproken (§ 3), waarna deze verder worden uitgewerkt met het oog op de verkoop van klantenbestanden door de curator. Daarbij besteed ik aandacht aan de visies van de toezichthouders (§ 4-8). Vervolgens behandel ik summierlijk de regels waarop de koper van het klantenbestand bedacht moet zijn (§ 9). Ten slotte schets ik de mogelijke gevolgen van schending van de privacywetgeving voor de curator en de boedel (§ 10).

2. Reikwijdte van de AVG

Allereerst dient vastgesteld te worden of de AVG van toepassing is en wie verantwoordelijk is voor de naleving van de regels. Om met het eerste te starten: de AVG heeft een brede reikwijdte en is van toepassing wanneer persoonsgegevens geheel of gedeeltelijk automatisch – dat wil zeggen met behulp van een computer of andere ICT-middelen – worden verwerkt of (handmatig) opgenomen zijn of worden in een bestand en (verder) worden verwerkt.¹⁶ Persoonsgegevens zijn gegevens aan de hand waarvan een natuurlijk persoon geïdentificeerd kan worden.¹⁷ Het klantenbestand van een (failliete) onderneming waarin namen, (e-mail)adressen en telefoonnummers opgenomen zijn, bestaat dus uit persoonsgegevens. Dit is slechts anders bij een onderneming die enkel rechtspersonen bedient. De AVG voorziet namelijk niet in de bescherming van gegevens die betrekking hebben op rechtspersonen.¹⁸ Met ‘verwerking’ doelt de verordening op alle handelingen met betrekking tot de persoonsgegevens, waaronder verzamelen, opslaan en wijzigen, maar ook het verstrekken van persoonsgegevens door middel van doorzending.¹⁹ Het verkopen van een klantenbestand en de daaropvolgende verstrekking aan de koper is derhalve een ‘verwerking’. De AVG kent verder geen uitzonderingen voor faillissementssituaties.²⁰

Verantwoordelijk voor de naleving van de bepalingen uit de AVG is de ‘verwerkingsverantwoordelijke’.²¹ Dit is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking vaststelt.²² Er wordt niet enkel acht geslagen op de formeel-juridische situatie, maar juist ook op de feitelijke situatie.²³ Vóór faillissement is de rechtspersoon zelf de verwerkingsverantwoordelijke bij een verkoop van zijn klantenbestand. Na datum faillietverklaring is dat de curator.²⁴

13 J.P. de Jong, ‘De Algemene verordening gegevensbescherming: De rechtsopvolger van de Wbp’, *Regelmaat* 2015, p. 10; H. de Vries & M. Goudsmit, ‘Voorsorteren op de Algemene Verordening Gegevensbescherming: Twee stappen vooruit, één stap terug’, *NJB* 2016/1077 (p. 1558); P.A. Nabben & E.C. Post Uiterweer, ‘De Europese privacy verordening: werkgever, bent u er klaar voor?’, *ArbeidsRecht* 2017/21 (p. 13); E.M.L. Moerel & J.E.J. Prins, ‘Privacy voor de homo digitalis’, in: *Homo digitalis. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2016-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016/1, p. 1-136 (online publiek), p. 16.

14 Vgl. R. Jay e.a., *Guide to the General Data Protection Regulation: A Companion to Data Protection Law and Practice (4th edition)*, Londen: Sweet & Maxwell 2017, p. 46.

15 Overweging 9 en 10 AVG; zie verder: P.T.J. Wolters, ‘De beveiliging van persoonsgegevens: Een geharmoniseerde verplichting of een gedeelde verantwoordelijkheid?’, *SEW* 2017, p. 144-145; V. Reding, ‘The European data protection framework for the twenty-first century’, *International Data Privacy Law* 2012, p. 121; J.P. de Jong, ‘De Algemene verordening gegevensbescherming’, *AA* 2016, p. 770-771; De Vries & Goudsmit, *NJB* 2016/1077 (p. 1555); G. Zwenne & L. Mommers, ‘De tien belangrijkste veranderingen die de Algemene Verordening Gegevensbescherming gaat brengen’, *TvCo* 2016, p. 182-183; P. de Hert & V. Papakonstantinou, ‘The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals’, *Computer Law & Security Review* 2012, p. 132; Jay e.a. 2017, p. 4.

16 Art. 2 en art. 4 lid 6 AVG; A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming: artikelsgewijs commentaar*, Amsterdam: lus Mentis 2017, p. 15.

17 Art. 4 lid 1 AVG.

18 Overweging 14 AVG.

19 Art. 4 lid 2 AVG.

20 Hetzelfde geldt voor de Wbp: A. Holleman, ‘Verantwoordelijkheid voor verenigbaar gebruik ex artikel 9 WBP’, *P&I* 2005, p. 169.

21 Art. 5 lid 2 en art. 24 lid 1 AVG.

22 Art. 4 lid 7 AVG; met middelen wordt bedoeld op het ‘hoe’ van de verwerking: welke gegevens worden verwerkt op welke (technische) wijze en wie heeft toegang tot deze gegevens? Zie Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Advies 1/2010 over de begrippen “voor de verwerking verantwoordelijke” en “verwerker”*, 00264/10/NL WP 169, p. 16. Werkgroep Artikel 29 is onder meer belast met het opstellen van richtlijnen en adviezen over de Privacyrichtlijn 1995 en zal onder de AVG vervangen worden door het Europees Comité voor gegevensbescherming; zie art. 29 en 30 Privacyrichtlijn 1995 en art. 68 en 70 AVG.

23 Wg 29 advies 1/2010, p. 12-14.

24 Zie ook: W. van den Bout, ‘Houdt de curator zich aan de privacy regels?’, in: J.J. Reiziger & A. Van der Schee (red.), *De curator en informatie* (Insolad Jaarboek 2013), Deventer: Kluwer 2013, p. 191; A. Beyer & A. Beyer, ‘Verkoop van Kundendaten in der Insolvenz – Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen?’, *NZI* 2016, p. 243; M. Berberich & J. Kanschik, ‘Daten in der Insolvenz’, *NZI* 2017, p. 5; Zie anders: Holleman, *P&I* 2005, p. 169; A.R. Lodder, *Over de grenzen van het internet: 45 verhalen over recht en onrecht op Facebook, YouTube, Marktplaats, Twitter, The Pirate Bay en andere plekken*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 152; J. Eckhardt & K. Menz, ‘Datenschutz bei der Übertragung von Kundendaten in der Insolvenz’, *ZInsO* 2016, p. 1921.

De curator verkrijgt op het moment van faillietverklaring het beheer en de beschikking over het vermogen van de failliet.²⁵ Een klantenbestand is waardevol en wordt geregeld 'verkoch' door curatoren.²⁶ Het klantenbestand maakt daarom deel uit van het vermogen van de failliet.²⁷ De curator beslist derhalve wat er met het klantenbestand gebeurt. Wanneer de curator het klantenbestand wil verkopen, zal hij vrijwel steeds de toestemming van de rechter-commissaris nodig hebben.²⁸ Het initiatief ligt echter bij de curator. Met andere woorden, de curator bepaalt het doel van en de middelen voor de verwerking. Vergelijk het begrip 'drijver van de inrichting' uit de milieuregelgeving; de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft herhaaldelijk uitgemaakt dat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van deze wetgeving vanwege diens bijzondere gezagsverhouding in faillissement.²⁹ Die bijzondere gezagsverhouding maakt de curator ook verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG.³⁰

Discussabel is of de failliet wellicht als medeverantwoordelijke heeft te gelden. De memorie van toelichting behorende bij de Wbp lijkt ervan uit te gaan dat de failliet verantwoordelijk blijft.³¹ Naar mijn mening is deze kwalificatie echter twijfelachtig nu de failliet zijn vermogen niet meer kan binden en de curator bepaalt of en aan wie het klantenbestand verkocht wordt. De failliet heeft nog slechts indirecte invloed in de zin dat hij de curator kan wijzen op de verplichtingen uit de AVG en een bevel kan uitlokken bij de rechter-commissaris op grond van art. 69 Fw. Duidelijk is dat het in de eerste plaats de curator is die het doel en de middelen bepaalt en dus verwerkingsverantwoordelijke is.

3. Algemene beschouwing relevante regelgeving

Iedere verwerking van gegevens, dus ook de verkoop van het klantenbestand, dient op grond van de AVG rechtmatig te zijn. Dat betekent allereerst dat de verwerking gegrond moet zijn op een van de zes grondslagen van art. 6 lid 1 AVG. In het kader van dit artikel zijn drie grondslagen relevant:

3.1 Wettelijke verplichting

Allereerst kan een verwerking rechtmatig zijn wanneer deze noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die rust op de verwerkingsverantwoordelijke.³² De wettelijke verplichting moet duidelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing ervan moet voorspelbaar zijn.³³ Dat betekent onder meer dat uit de wettelijke grondslag voldoende duidelijk moet blijken wat de aard en het doel van de verwerking is en welke gegevens erbij betrokken zijn.³⁴

3.2 Toestemming

Een andere grondslag voor rechtmatige verwerking is de toestemming van de betrokkene.³⁵ Aan die toestemming zitten wel wat haken en ogen, waarbij nog opgemerkt moet worden dat de AVG uitgebreider en op punten strikter is dan de Privacyrichtlijn 1995.³⁶ Alle toestemmingsverklaringen, inclusief reeds verleende, moeten vanaf 25 mei 2018 voldoen aan de vereisten van de AVG.³⁷ De AVG definieert toestemming als "elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnig actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt".³⁸ Uit die definitie kan allereerst worden afgeleid dat stilzwijgende toestemming onvoldoende is. De AVG vereist een verklaring of actieve handeling. Concreet betekent dit dat een mogelijkheid tot opt-out of een reeds aangevinkt vakje op een webpagina dat niet is uitgevinkt, niet vol-

25 Art. 23 en 68 Fw.

26 Er bestaat discussie over de vraag of een klantenbestand of beter gezegd data als goed gekwalificeerd en dus overgedragen kan worden (zie: Tjong Tjin Tai 2016, p. 256 e.v.; R.M. Wibier, 'Big data en goederrecht', *WPNR* 2016/7110, p. 432-433; N.W.M. van den Heuvel, 'Beslag op data', *WPNR* 2016/7110, p. 438; H. Zech, 'A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data', *JPLP* 2016, p. 464 e.v.). Deze (dogmatische) discussie doet echter niet af aan het feit dat het klantenbestand een waarde vertegenwoordigt en te gelde kan worden gemaakt (vgl. Hof Arnhem 1 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO3203, *JOR* 2010/325; Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3573, *NJF* 2012/494; Rb. Gelderland (vzr.) 3 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3194, *JOR* 2015/46, m.nt. S.R. Daminga). Een parallel kan getrokken worden met contracten waarbij de failliet partij is. Dit 'onderhanden werk' worden ook vaak 'verkoch' hoewel het strikt genomen geen goed is.

27 Vgl. Tjong Tjin Tai 2016, p. 271 en A.J. Verdaas, commentaar op art. 20 Fw, in: A.J. Verdaas (Red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. 2 (online, bijgewerkt tot 14 februari 2017).

28 Art. 176 lid 2 Fw.

29 ABRvS 11 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF2839, *AB* 1998/268, m.nt. G.T.J.M. Jurgens (*Alvat*); ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703, *Tvl* 2007/34 (p. 175), m.nt. R. Mellenbergh (*Thielen/Gemeente Maasdriel*); zie nader: W.J. Bosma & J.L. Snijders, 'Bestuursrechtelijke handhaving en faillissement', *O&A* 2016/77 (p. 152).

30 Vgl. A.A.J. Smelt, 'Bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom en bestuurlijke boete bij faillissement', *Tvl* 2008/40 (p. 263).

31 Zie MvT *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, 3, p. 60-61. Daar staat dat een onderneming (verwerkings)verantwoordelijke blijft indien deze het beheer over de persoonsgegevens om redenen van vermogensrecht verliest, zoals bij een faillissement of executoriaal beslag. Dat ontslaat hem niet van zijn verplichtingen. Zie wat betreft een executoriaal beslag ook de noot van K. Konings bij Rb. Amsterdam (vzr.) 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7501, *JBP* 2015/129.

32 Art. 6 lid 1 sub c AVG.

33 Overweging 45 en 41 AVG; Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 48; EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru/Roemenië*), par. 57; EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95 (*Amann/Zwitserland*), par. 56; EHRM 25 Maart 1983, nrs. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 (*Silver e.a./het Verenigd Koninkrijk*), par. 88; zie verder: Bureau voor de grondrechten EU (Fundamental Rights Agency, FRA), Raad van Europa (RvE) & de griffie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), *Handbook on European data protection law*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2014, p. 63-64.

34 Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, 844/14/EN WP 217, p. 19-20; vgl. EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru/Roemenië*), par. 57.

35 Art. 6 lid 1 sub a AVG.

36 Voor de verschillen zie: De Vries & Goudsmit, *NJB* 2016/1077, p. 1558; De Hert & Papakonstantinou, *Computer Law & Security Review* 2012, p. 135-136; De Jong, *Regelmaat* 2015, p. 10; P. Carey, *Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 98-99; C. Cuijpers, N. Purtova & E. Kosta, 'Data protection reform and the Internet: the draft Data Protection Regulation', in: A. Savin & J. Trzaskowski (Red.), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham (UK): Edward Elgar 2014, p. 548-550.

37 Art. 94 en overweging 171 AVG; Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 307; Jay e.a. 2017, p. 91.

38 Art. 4 lid 11 AVG.

doet als toestemming.³⁹ Het enkele feit dat de betrokkene gebruik blijft maken van de website, kan evenmin als toestemming gelden.⁴⁰

De betrokkenen moeten voldoende geïnformeerd worden. In de toestemmingsverklaring zelf moet staan welke verwerkingen zij omvat. Een enkele verwijzing naar privacyverklaring volstaat niet.⁴¹ Het verzoek om toestemming moet bovendien te onderscheiden zijn van eventuele andere onderdelen van de verklaring.⁴² De verklaring moet ten minste het doel van de verwerking en de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke bevatten.⁴³ De toestemming moet specifiek betrekking hebben op de verwerking in kwestie (de verkoop van het klantenbestand) en het doeleinde dat daaraan ten grondslag ligt.⁴⁴ De betrokkene moet zich kunnen realiseren waarvoor hij toestemming geeft en hoever die toestemming reikt.⁴⁵ De toestemmingsverklaring moet daarom heldere taal bevatten en eenvoudig toegankelijk zijn.⁴⁶ Het taalgebruik dient begrijpelijk te zijn voor de gemiddelde gebruiker. Juridisch jargon moet vermeden worden.⁴⁷

Toestemming moet verder vrijelijk zijn gegeven. Dat betekent allereerst dat de betrokkene niet afhankelijk mag zijn van de verwerkingsverantwoordelijke. Verder mag weigering van de toestemming niet betekenen dat de dienst niet geleverd wordt als de verwerking niet strikt noodzakelijk is voor de levering van die dienst.⁴⁸ Toestemming wordt eveneens geacht niet vrijelijk te zijn verleend, wanneer het niet mogelijk is om voor iedere verwerking apart toestemming te geven, terwijl dit wel passend is.⁴⁹ De betrokkene moet bovendien de mogelijkheid hebben om zijn toestemming in te trekken en dient hier op gewezen te worden.⁵⁰ De verwerkingsverantwoordelijke moet kunnen bewijzen dat aan al deze vereisten is voldaan en dus een geldige toestemming aanwezig is waarop de verwerking kan worden gebaseerd.⁵¹

3.3 Belangenafweging

De laatste relevante grondslag is de belangenafweging van art. 6 lid 1 sub f AVG. Indien de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde

daartoe nopen en de belangen van de betrokkenen, waaronder hun (grond)recht op privacy, niet zwaarder wegen, is een verwerking rechtmatig. Dit vereist een afweging van de omstandigheden van het geval. Factoren die onder meer een rol spelen zijn: de aard van de belangen, de gevolgen van de verwerking voor de betrokkenen, de aard van de gegevens, de wijze waarop de gegevens worden verwerkt, de redelijke verwachtingen van de betrokkenen, de verhouding tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkenen, en de waarborgen die de verwerkingsverantwoordelijke heeft genomen om de privacy impact te beperken.⁵²

De gegevens waaruit het klantenbestand bestaat, zijn in een eerder stadium verzameld. Wanneer de curator het klantenbestand verkoopt, is er daarom sprake van een verdere verwerking. Dit betekent dat de curator eveneens rekening dient te houden met het beginsel van doelbinding. Gegevens mogen niet (verder) worden verwerkt voor een doel dat onverenigbaar is met het doel waarvoor de gegevens oorspronkelijk zijn verzameld.⁵³ De verwerkingsverantwoordelijke zal moeten afwegen of het doel van de verdere verwerking verenigbaar is met het doel waarvoor de gegevens oorspronkelijk verzameld zijn: de verenigbaarheidstoets. Daarbij dient hij verschillende factoren in ogenschouw te nemen. De AVG noemt uitdrukkelijk, maar niet limitatief: a) ieder verband tussen de beide doeleinden; b) het kader waarin de persoonsgegevens zijn verzameld en dan met name de verhouding tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkenen, waarbij aandacht is voor de redelijke verwachtingen van de betrokkenen;⁵⁴ c) de aard van de persoonsgegevens; d) de mogelijke gevolgen van de verdere verwerking voor de betrokkenen en e) het aanwezig zijn van passende waarborgen, zoals versleuteling of pseudonimisering.⁵⁵ Wanneer men deze factoren vergelijkt met de omstandigheden die bij de belangenafweging van sub f een rol spelen, ziet men veel gelijkenissen.⁵⁶ Toch zijn de verenigbaarheidstoets in het kader van het doelbindingsbeginsel en de belangenafweging van sub f in het kader van het vereiste van een rechtmatige grondslag niet hetzelfde. Het grootste verschil zit in de betekenis van de termen. Het doeleinde is de specifieke reden waarom een verwerking plaatsvindt, het belang is de bredere interesse die een persoon in de verwerking heeft.⁵⁷

De verhouding tussen het doelbindingsbeginsel en het vereiste van een rechtmatige grondslag is enigszins onduidelijk.⁵⁸ Over het algemeen wordt aangenomen dat de ver-

39 Overweging 32 AVG; Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, 17/EN WP 259, p. 16-17.

40 Jay e.a. 2017, p. 90; Wg 29 guidelines on consent 2016/679, p. 16.

41 Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, 01197/11/EN WP 187, p. 18; Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 29 en 52; Rb. Rotterdam 19 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3582, r.o. 11.3-11.4.

42 Art. 7 lid 2 en overweging 42 AVG.

43 Overweging 42 AVG.

44 Wg 29 opinie 15/2011, p. 17-18; Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 29.

45 Overweging 42 AVG.

46 Art. 7 lid 2 en overweging 42 AVG.

47 Wg 29 opinie 15/2011, p. 20 en 35; Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 51; Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, 17/EN WP 260, p. 7-9.

48 Art. 7 lid 4 en overweging 43 AVG; de precieze betekenis van deze regel is nog onduidelijk, zie: B. Kostić & E. Vargas Penagos, 'The freely given consent and the "bundling" provision under the GDPR', *Computerrecht 2017/153* (p. 217-222), richtlijnen van de werkgroep op dit punt zijn in consultatie, zie: Wg 29 guidelines on consent 2016/679, p. 8-10.

49 Overweging 43 AVG.

50 Art. 7 lid 3 AVG.

51 Zie art. 7 lid 1 en overweging 42 AVG; De Jong, *Regelmaat* 2015, p. 10.

52 Overweging 47 AVG; Wg 29 opinie 06/2014, p. 33-43; Moerel & Prins 2016, p. 16-17.

53 Art. 5 lid 1 sub b en art. 6 lid 4 AVG.

54 Overweging 50 AVG en Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 00569/13/EN WP 203, p. 24.

55 Art. 6 lid 4 AVG.

56 Zie Moerel & Prins 2016, p. 16-17 en 122, zij argumenteren dat beide toestellen in veel gevallen tot dezelfde uitkomst zullen leiden; zie ook: Jay e.a. 2017, p. 87.

57 Wg 29 opinie 06/2014, p. 24.

58 De Hert & Papakonstantinou, *Computer Law & Security Review* 2012, p. 135.

eisten cumulatief zijn.⁵⁹ Een onverenigbaar doel kan in beginsel niet gerepareerd worden met een nieuwe grondslag voor de verwerking.⁶⁰ De AVG lijkt in overweging 50 van de considerans echter te suggereren dat indien de doeleinden verenigbaar zijn, de verdere verwerking geen eigen grondslag behoeft en gebaseerd kan worden op de oorspronkelijke grondslag van verzameling.⁶¹ Dit is moeilijk te rijmen met het systeem van de verordening: een verwerking moet op grond van art. 5 lid 1 sub a altijd een rechtmatige grondslag hebben en moet daarnaast volgens sub b voldoen aan het doelbindingsbeginsel. Uit de artikelen zelf volgt niet dat geen (andere) rechtmatige grondslag vereist is indien de doeleinden verenigbaar zijn. Een overweging heeft geen normatieve rechtskracht en kan niet van de verordening afwijken.⁶² Ik ga er daarom vanuit dat de overweging voornamelijk ziet op verwerkingen die een dergelijk grote overeenkomst vertonen met een eerdere verwerking die reeds beschikt over een rechtmatige grondslag dat het voor de hand ligt om ze onder dezelfde grondslag te brengen. Alle overige verdere verwerkingen behoeven hun eigen rechtmatige grondslag.⁶³

Het doelbindingsbeginsel geldt in principe voor iedere verdere verwerking. De AVG maakt echter een aantal uitzonderingen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking.⁶⁴ Bij toestemming is het enkele feit dat een (nieuwe) rechtmatige grondslag aanwezig is, dus wel voldoende. Daarnaast is een uitzondering op het doelbindingsbeginsel mogelijk indien de verdere verwerking gebaseerd is op een Unierechtelijke

of nationale bepaling die een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt ter waarborging van de in art. 23 AVG genoemde belangrijke doelstellingen van algemeen belang. Twee doelstellingen zijn in dit kader interessant. Allereerst is dat de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen (art. 23 sub i AVG). De financiële belangen van de gezamenlijke schuldeisers zouden wellicht beschouwd kunnen worden als rechten van anderen in de zin van art. 23 lid 1 sub i AVG.⁶⁵ De uitzondering moet echter terughoudend worden toegepast.⁶⁶ Mijns inziens rechtvaardigt het belang van de gezamenlijke schuldeisers niet zonder meer een uitzondering. De doelstelling ziet waarschijnlijk vooral op de bescherming van de grondrechten van derden.⁶⁷ Een tweede interessante doelstelling is de inning van civielrechtelijke vorderingen (art. 23 sub j AVG). Onduidelijk is wat hieronder valt. De Privacyrichtlijn 1995 noemde de doelstelling niet.⁶⁸ Men zou kunnen argumenteren dat geld voor de voldoening van civielrechtelijke vorderingen wordt geïnd door de verkoop van het klantenbestand. Dit is echter een tamelijk vrije interpretatie. Waarschijnlijk ziet de uitzondering op gegevensverwerking ten behoeve van incasso of executiewerkzaamheden en niet op het ten gelde maken van de gegevens als zodanig.⁶⁹

Wanneer een rechtmatige grondslag aanwezig is en de verkoop de verenigbaarheidstoets doorstaat, zal de verwerkingsverantwoordelijke er nog op moeten letten dat hij slechts de persoonsgegevens mag verstrekken voor zover dat noodzakelijk.⁷⁰ Daarnaast dient hij de betrokkenen te informeren over de overdracht van hun gegevens vóór deze overdracht plaatsvindt.⁷¹ De verwerkingsverantwoordelijke moet hen, in begrijpelijke taal, inlichten over onder meer de doeleinden en de rechtsgrond van de verkoop, de gerechtvaardigde belangen waarop deze is gebaseerd, zijn identiteit, de identiteit van de ontvanger van de gegevens en de mogelijkheden om bezwaar te maken tegen de verwerking.⁷² De betrokkenen moeten daarnaast gewezen worden op de mogelijkheid om bij de koper een verzoek in te dienen om hun gegevens te verwijderen.⁷³ Indien de koper de persoonsgegevens wenst te gebruiken voor direct marketing, hebben de betrokkenen te allen tijde het recht om daartegen bezwaar maken en verwijdering te verzoeken.⁷⁴ Dit laatste recht hebben zij ook, wanneer zij aangeven dat zij niet meer van de diensten van de onderneming gebruik willen maken.⁷⁵

59 J.M.A. Berkvens & J.E.J. Prins, De bescherming van persoonsgegevens, in: S. van der Hof, A.R. Lodder, & G. J. Zwenne (red.), *Recht en computer* (Recht en praktijk: Informatie- en communicatietechnologie, No. 4). Deventer: Kluwer 2014, p. 188; Cuijpers, Purtova & Kosta 2014, p. 553; H.R. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *Wet bescherming Persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, p. 91; Wg 29 opinie 03/2013, p. 27-28, 36-37, 49-50; Wg 29 opinie 06/2014, p. 28 noot 60.

60 In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor de verordening werd dit wel mogelijk gemaakt, waarbij enkel de grondslag van sub f uitgezonderd werd (Art. 6 lid 4 COM (2012) 11). Dit stuitte echter op veel kritiek van onder meer Werkgroep 29 en de European Data Protection Supervisor, zij benadrukten dat een rechtmatige grondslag altijd vereist is (European Data Protection Supervisor, *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the data protection reform package*, Brussel: 7 maart 2012, te vinden op edps.europa.eu, zoek op 'Data protection reform package', laatst geraadpleegd 12 juli 2017, p. 21, nr. 123; European Data Protection Supervisor, *Additional EDPS comments on the data protection reform package*, Brussel 15 maart 2013, te vinden op edps.europa.eu, zoek op 'Data protection reform package', laatst geraadpleegd 12 juli 2017, p. 5, nr. 17; Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Opinion 01/2012 on the data protection reform proposals*, 00530/12/EN WP 191, p. 11-12; Wg 29 opinie 03/2013, p. 36-37 en 41; Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, 'Press release on Chapter II of the draft regulation for the March JHA Council', Brussel 17 maart 2015, te vinden op: ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/press-material/press-release/index_en.htm, laatst geraadpleegd 8 juli 2017). De gewraakte paragraaf is uiteindelijk geschrapt, zie: 2012/0011(COD); P7_TA(2014)0212; C8-0140/2016; Moerel & Prins 2016, p. 76-77; Cuijpers, Purtova & Kosta 2014, p. 553.

61 Zie ook: Jay e.a. 2017, p. 87; zie ook al eerder: FRA, RvE & EHRM 2014, p. 69.

62 Hvj EG 13 juli 1989, C-215/88 (*Fleischhandel*), r.o. 31; Jay e.a. 2017, p. 49-50.

63 Zie ook: Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, 'Core topics in the view of trilogue', annex bij *Letter from the Art. 29 WP to LV Ambassador Ilze Juhanson in view of the trilogue* 17 juni 2015, te vinden op ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/index_en.htm, laatst geraadpleegd 8 juli 2017, p. 7.

64 Art. 6 lid 4 en overweging 50 AVG.

65 Vgl. A.J. Haasjes, 'De curator en de Wbp', *Tvl* 2008/3 (p. 13) over art. 43 sub e Wbp.

66 Wg 29 opinie 03/2013, p. 37-38; *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, 3, p. 39.

67 Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 111.

68 Zie de reactie van A. Berlee, p. 2, te vinden op internetconsultatie.nl/uitvoeringswetavg, laatst geraadpleegd 2 juni 2017.

69 Vgl. Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 111.

70 Art. 5 lid 1 sub c AVG.

71 Art. 12 AVG jo. art. 13 lid 3 AVG; dit volgt ook al uit het algemene beginsel van transparantie en het feit dat doeleinden uitdrukkelijk omschreven moeten worden; art. 5 lid 1 sub a en sub b AVG.

72 Art. 13 lid 3 AVG jo. art. lid 1 en 2 AVG.

73 Art. 13 lid 2 sub b AVG.

74 Art. 21 lid 2 en art. 17 lid 1 sub c AVG.

75 Art. 17 lid 1 sub a AVG.

4. Wettelijke verplichting

De curator zal dus allereerst moeten nagaan of een rechtmatige grondslag aanwezig is waarop de verkoop van het klantenbestand gebaseerd kan worden. Een mogelijke grondslag kan zijn dat de verkoop noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting. De Nederlandse toezichthouder, de Autoriteit Persoonsgegevens, acht die grondslag klaarblijkelijk aanwezig. Op haar website antwoordt zij op de vraag of klantgegevens van een failliet bedrijf mogen worden verkocht:

“Ja, dat mag. Is een bedrijf failliet, dan stelt de rechter een curator aan om de overgebleven bezittingen van het bedrijf te verkopen. En vervolgens uit de boedelopbrengst zo veel mogelijk schulden af te lossen. Dit is een wettelijke verplichting. Het klantenbestand van een bedrijf maakt deel uit van de faillissementsboedel. Klantgegevens mogen dus worden verkocht.”⁷⁶

Duitse toezichthouders zijn een andere mening toegedaan. De Beierse toezichthouder (BayLDA) heeft in juli 2015 de koper en verkoper van de e-mailadressen van klanten van een webwinkel een boete opgelegd. Het ging hier om een activatransactie buiten faillissement, maar de toezichthouder benadrukt dat de curator dezelfde regels moet naleven.⁷⁷ Een wettelijke verplichting voor de curator acht hij klaarblijkelijk niet aanwezig. Nog explicieter is de Thüringse toezichthouder (TLFDI) die in mei 2016 berichtte dat hij tegen de curator van een failliete apotheek met webwinkel een boeteprocédure is gestart nadat deze het klantenbestand aan een andere apotheek had verkocht. Een wettelijke grondslag voor een dergelijke verkoop ontbreekt volgens de toezichthouder. De curator heeft zich als ieder ander te houden aan de privacyregelgeving.⁷⁸ De ‘wettelijke verplichting’ waar de Nederlandse toezichthouder op doelt, is de taak van de curator om de boedel te beheren en te vereffenen ten behoeve van de schuldeisers.⁷⁹ Deze taak is onder meer neergelegd in art. 68 Fw. Duitsland kent een vergelijkbare taakomschrijving in § 80 jo. 159 Insolvenzordnung. Daar acht men een wettelijke verplichting echter niet aanwezig.⁸⁰ De vraag is welk standpunt de juiste is.

Een ‘wettelijke verplichting’ impliceert dat de curator als verwerkingsverantwoordelijke geen keuzeruimte heeft om te beslissen of hij het klantenbestand verkoopt.⁸¹ Die ruimte heeft de curator echter wel. In beginsel moet hij een zo hoog mogelijk actief voor de schuldeisers realiseren. Het is echter aan zijn eigen inzicht overgelaten hoe het boedelbelang het beste kan worden gediend en op welke wijze hij rekening houdt met andere belangen.⁸² De curator heeft geen vrijbrief om de wet te overtreden. Wanneer hij bijvoorbeeld verboden middelen aantreft in de boedel, zal hij deze niet mogen verkopen. In het maatschappelijk verkeer bekleedt de curator geen bijzondere positie; hij is als ieder ander gebonden aan de wet.⁸³ Hij heeft de taak om de boedel als een goed curator te beheren. Een goed curator zal een schending van bijvoorbeeld de milieuwetgeving of het strafrecht proberen te vermijden om sancties en aansprakelijkheid te voorkomen. Een behoorlijk handelende curator zal zich ook aan de privacywetgeving houden.

Ook voor het overige is het zeer twijfelachtig of de wettelijke taak van de curator voldoet aan de vereisten die de AVG stelt. De taak van de curator is namelijk vrij algemeen omschreven. Zoals vermeld moet uit de wettelijke grondslag voldoende duidelijk blijken wat de aard en het doel van de verwerking is en welke gegevens erbij betrokken zijn.⁸⁴ Art. 68 Fw rept echter met geen woord over de eventuele verkoop van persoonsgegevens. Het open karakter van art. 68 Fw maakt het artikel derhalve ongeschikt als wettelijke verplichting in de zin van de AVG.⁸⁵

Ten slotte kan gewezen worden op een advies uit 2001 van het College Bescherming Persoonsgegevens, de voorganger van de Autoriteit Persoonsgegevens, in een zaak waarin de curator stelde dat het (uit privacyoverwegingen) vernietigen van een klantenbestand, bedrieglijke bankbreuk vormt. Op de vraag of de curator het klantenbestand zou hebben mogen verkopen, antwoordt de toezichthouder dat “aangezien de beoogde verkoop van het bestand niet wordt vereist ingevolge een wettelijk voorschrift”, het antwoord op deze vraag afhangt van het doel van de aanvankelijke verzameling, of verstrekking aan een koper daaruit voortvloeit en of de privacybelangen van de betrokkenen voldoende in acht

76 autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/onderwerpen/financien/reclame-en-direct-marketing, laatst geraadpleegd 18 december 2017.

77 BayLDA, ‘Kundendaten beim Unternehmensverkauf - ein Datenschutzproblem’, *Pressemitteilung Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht*, 30 juli 2015, te vinden op: lda.bayern.de, zoek op ‘Kundendaten beim Unternehmensverkauf’ laatst geraadpleegd 11 juli 2017.

78 Thüringer Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (TLFDI), 2. *Tätigkeitsbericht zum Datenschutz: Nicht-öffentlicher Bereich*, 17 mei 2016, te vinden op: tlfidi.de, onder ‘Datenschutz’, laatst geraadpleegd 11 juli 2017, p. 353-354.

79 Zie ook de noot van M.B. Voulon bij CBP 13 november 2001, z2001-1242, *WBP 2009/76* en Haasjes, *Tvl 2008/3* (p. 12) die eveneens opwerpen dat de wettelijke taak van de curator kan dienen als grondslag voor de verkoop van een klantenbestand. Voulon trekt daarbij echter – en mijns inziens terecht – in twijfel of sprake is van een verplichting en niet slechts van een bevoegdheid.

80 Vgl. Berberich & Kanschik, *NZI 2017*, p. 9, noot 99; A. Blunk, *Zur Verwertbarkeit von Datenbeständen in der Insolvenz* (diss. Hannover), Baden-Baden: Nomos 2006, p. 155.

81 Wg 29 opinie 06/2014, p. 19.

82 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *JOR 2012/65*, m.nt. I. Spinath (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2.

83 Zie ook Blunk 2006, p. 155 over § 159 Insolvenzordnung.

84 Wg 29 opinie 06/2014, p. 19-20; vgl. EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru/Roemenië*), par. 57.

85 De wettelijke verplichting moet bovendien voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit (art. 6 lid 3 AVG). Ook dit zou een probleem kunnen vormen aangezien de curator de boedel allereerst beheert ten behoeve van de schuldeisers. De curator moet weliswaar maatschappelijke belangen meenemen in zijn taakuitoefening (HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ 1996/472*, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*), r.o. 3.5; HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ 1996/727*, m.nt. W.M. Kleijn (*Macclou*), r.o. 3.6 en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, *NJ 2004/293*, m.nt. P. van Schilfgaard (*Van Dooren q.q./Interplan*), r.o. 3.5.2), maar er bestaat discussie over de plaats die deze belangen innemen in de besluitvorming van de curator (zo was in 2013 ongeveer de helft van de aanwezigen bij het congres ‘Eyes on Insolvency’ het eens met de stelling dat de curator nadrukkelijk met maatschappelijke belangen rekening moet houden, zie: B. Kentie & A. Kloet, ‘Structurele hervorming van het insolventierecht: hemelbestormend? Verslag van het congres Eyes on Insolvency’, *Tvl 2013/29* (p. 171)).

genomen worden.⁸⁶ De toezichthouder achtte toentertijd geen wettelijke verplichting aanwezig, waar zij die nu wel aanwezig acht. De Faillissementswet is op dit punt niet gewijzigd, de privacyregelgeving wel. Het advies is gegeven onder de WPR, de voorloper van de Wbp.⁸⁷ Er is – mede getuigd op de hiervoor besproken uitleg van het begrip – geen reden om aan te nemen dat ‘wettelijke verplichting’ onder de AVG een ruimere strekking heeft dan onder de WPR.

5. Toestemming

De curator kan de verkoop van een klantenbestand niet baseren op een wettelijke verplichting. Hij zal een andere grondslag voor de verkoop moeten vinden. Die grondslag zou gevonden kunnen worden in de instemming van de betrokkene met een privacyverklaring van de (failliete) onderneming. Zoals vermeld stelt de AVG strenge vereisten aan een geldige toestemming. De betrokkenen moeten specifiek en – omdat het niet strikt noodzakelijk is voor de aangeboden dienst – apart ingestemd hebben met de verkoop van het klantenbestand in een faillissementssituatie.⁸⁸ Een aantal ondernemingen verwijzen in hun privacyverklaring reeds naar een mogelijke overdracht van gegevens in het kader van een faillissement. De meest specifieke verklaring die ik heb gevonden, is de volgende:

“in verband met reorganisaties, herstructurerings, fusies, verkopen of andere overdrachten van bedrijfsmiddelen dragen we gegevens over, waaronder persoonsgegevens, op voorwaarde dat de ontvangende partij ermee instemt om je persoonsgegevens te respecteren op een wijze die aansluit bij onze Privacyverklaring”.⁸⁹

Hoewel deze verklaring verwijst naar herstructurerings, is het de vraag of de verklaring specifiek en helder genoeg is. Weet de betrokkene wel echt waar hij mee instemt? De verklaring is zeer algemeen omschreven en omvat meerdere situaties die alle slechts een open mogelijkheid zijn.⁹⁰ Het is immers maar de vraag of de onderneming failliet gaat en zo ja, aan wie de gegevens dan verkocht worden. Of de akkoordverklaring met een dergelijke toestemmingsverklaring voldoende is en of instemming met de overdracht van gegevens in het geval van een faillissement op voorhand überhaupt mogelijk is, is dus twijfelachtig. Dit zal moeten blijken. Er is nog geen ervaring met de (open) normen van de AVG. Los daarvan kan men zich voorstellen dat het niet vaak zal voorkomen dat de betrokkene op voorhand apart en specifiek heeft ingestemd met de verkoop van zijn gegevens in faillissement.

Wanneer een toestemmingsverklaring die aan alle vereisten voldoet niet op voorhand aanwezig is, kan de verkoop van

het klantenbestand in theorie niettemin op toestemming van de betrokkenen worden gebaseerd, namelijk wanneer de betrokkenen alsnog om toestemming wordt gevraagd. De curator zal dan van iedere betrokkene een akkoordverklaring nodig hebben. Problematisch is dat de praktijk leert dat niet iedereen (tijdig) reageert op een verzoek daartoe. Uit enkel stilzitten kan echter geen toestemming worden afgeleid. Klanten van de failliet zullen naar verloop van tijd overgestapt zijn naar een andere aanbieder, waardoor de waarde van een klantenbestand verdampt naarmate de tijd verstrijkt. Het vragen van toestemming is daarom bij een aanzienlijk klantenbestand een onpraktische oplossing.⁹¹

6. Belangenafweging en de verenigbaarheidstoets

Toestemming als grondslag voor de verwerking zal in het merendeel van de gevallen dus geen reële optie zijn. Dit betekent dat slechts de belangenafweging van sub f resteert. Daarbij zal de curator ook moeten nagaan of het doel van de verkoop verenigbaar is met het doel waarvoor de gegevens oorspronkelijk verzameld zijn. Die doeleinden staan dikwijls vermeld in een privacyverklaring. In sommige – maar lang niet alle – privacyverklaringen staat vermeld dat de onderneming de gegevens kan verkopen indien zij failliet gaat. Indien dit opgenomen is als een mogelijk doeleinde waarvoor de gegevens verzameld zijn, betekent dit niet dat de kous daarmee af is en voldaan is aan het doelbindingsbeginsel. Een doeleinde dient namelijk volgens de AVG rechtmatig te zijn. Dit omvat mede dat een van de rechtmatige grondslagen genoemd in art. 6 AVG aanwezig dient te zijn.⁹² Deze grondslag dient ten tijde van de verzameling van de gegevens reeds aanwezig te zijn.⁹³ De curator zal daarom moeten nagaan of een rechtmatige grondslag aanwezig was. Zoals uit het voorgaande bleek, kan die grondslag liggen in toestemming van de betrokkene of een belangenafweging die positief is uitgevallen. Beide zijn problematisch aangezien op voorhand niet duidelijk is wat die overdracht precies behelst.

Als in de privacyverklaring de verkoop van het klantenbestand in faillissement niet genoemd wordt als doel van de verzameling van de gegevens en toestemming niet aanwezig is, zal de curator zowel een belangenafweging als een verenigbaarheidstoets moeten uitvoeren. Beide toetsen vereisen een grondige analyse van het geval. Als verwerkingsverantwoordelijke moet de curator kunnen aantonen dat en hoe hij deze afwegingen heeft gemaakt.⁹⁴ Aangezien de toetsen veel op elkaar lijken, kan de curator ze eenvoudig combineren. Een klantenbestand zal in faillissement veelal ófwel in het kader van een doorstart, ófwel als los activum overgedragen worden. In het hiernavolgende werk ik de be-

86 CBP 13 november 2001, z2001-1242, WBP 2009/76, m.nt. M.B. Voulon.

87 CBP 13 november 2001, z2001-1242, WBP 2009/76, m.nt. M.B. Voulon.

88 Vgl. Wg 29 guidelines on consent 2016/679, p. 11.

89 Privacyverklaring Netflix, te vinden via: help.netflix.com/legal/privacy; zie ook: het Consumentenbeleid Privacy Ziggo, ziggo.nl/privacy/, p. 5; Twitter Privacy Policy, twitter.com/en/privacy; Apple Privacybeleid, apple.com/legal/privacy/nl/; allen laatst geraadpleegd 20 juni 2017.

90 Vgl. Wg 29 guidelines on transparency 2016/679, p. 9.

91 Vgl. Eckhardt & Menz, *ZInsO* 2016, p. 1920; zie ook: Beyer & Beyer, *NZI* 2016, p. 242; Berberich & Kanschik, *NZI* 2017, p. 9.

92 Wg 29 opinie 03/2013, p. 19.

93 Wg 29 guidelines on consent 2016/679, p. 22-23.

94 Art. 5 lid 2 AVG; M.M.M. van Eijk & W.J. van Helden, *Klant te koop: Privacyregels voor adresshandel* (Achtergrondstudies en verkenningen, nr. 24), Den Haag: College Bescherming Persoonsgegevens 2001, p. 16.

langenafweging en de verenigbaarheidstoets in het kader van die twee varianten uit. De toetsen bespreek ik gecombineerd.

6.1 De overdracht van een klantenbestand ten behoeve van een doorstart

Het verstrekken van persoonsgegevens aan derden in het kader van een doorstart behoort veelal niet tot de oorspronkelijke doeleinden van de verzameling. Toch is het aanneemelijk dat de doeleinden verenigbaar zijn. De doorstarter zal de persoonsgegevens immers in de regel gebruiken om dezelfde diensten en producten te leveren als de failliet.⁹⁵ De curator kan de verenigbaarheid bovendien vergroten door te bedingen dat de doorstarter de gegevens voor dezelfde doeleinden en onder dezelfde voorwaarden als de failliet zal verwerken.⁹⁶ Het staat dan vast dat de doorstarter bijvoorbeeld geen nieuwsbrief mag sturen aan de klanten die deze voorheen niet ontvingen. De overdracht van het klantenbestand in het kader van een doorstart is bovendien voor de betrokkenen veelal niet bezwaarlijk of zelfs gunstig. Zij blijven immers voorzien van de door hen gewenste producten en diensten. Een doorstart komt ook geregeld voor. De overdracht van persoonsgegevens is derhalve voorzienbaar. Daarnaast bestaat een klantenbestand meestal uit gegevens die naar hun aard niet gevoelig zijn, zoals naam en (e-mail) adres.⁹⁷ Daartegenover staat dat het belang van de boedel bij de verkoop groot is. Zonder klantenbestand zal een doorstart waarschijnlijk niet gerealiseerd kunnen worden.

Als 'waarborg' kan bovendien worden beschouwd dat de betrokkenen van iedere verdere verwerking op de hoogte gesteld moeten worden vóór deze plaatsvindt.⁹⁸ Het is aan raden dat de curator op dit punt samenwerkt met de koper van het klantenbestand. Deze laatste heeft eveneens de plicht om de betrokkenen in te lichten.⁹⁹ Gezamenlijk zouden zij een e-mail kunnen sturen aan de betrokkenen. De mogelijkheid die de betrokkenen hebben om hun gegevens te laten verwijderen,¹⁰⁰ kan praktisch vormgegeven worden door een e-mail met 'unsubscribe'-optie. Zo houden de betrokkenen grip op hun persoonsgegevens. Mijns inziens zal de overdracht van het klantenbestand in het kader van een doorstart derhalve in beginsel toegestaan zijn.¹⁰¹ Een andere opvatting zou ook grote nadelige gevolgen hebben. Een

doorstart zonder klantenbestand is op zijn zachts gezegd lastig.¹⁰²

6.2 De losse verkoop van een klantenbestand

Indien een doorstart onmogelijk blijkt, resteert slechts de losse verkoop van de bestanddelen van het vermogen van de failliet, waaronder het klantenbestand. De betrokkenen worden in dat geval geconfronteerd met een voor hen vreemde onderneming. Dit verhoogt de onzekerheid omtrent de toelaatbaarheid van de verkoop.¹⁰³

6.2.1 Belangenafweging en verenigbaarheidstoets

De bevoegdheid om het klantenbestand te verkopen en ook het doel van de verkoop is neergelegd in de Faillissementswet. De rechter-commissaris ziet bovendien toe op de vereffening van de boedel. Dit biedt enige rechtszekerheid en kan in het voordeel van de verwerking pleiten.¹⁰⁴ Verder bestaat een klantenbestand veelal uit onschuldige gegevens, zoals naam en (e-mail)adres.¹⁰⁵ In het voordeel van de verkoop spreekt ook dat deze niet geschiedt uit louter eigenbelang, maar ten behoeve van de schuldeisers.¹⁰⁶ Daarnaast speelt de waarde van het klantenbestand voor de boedel een rol. Het boedelbelang is groot wanneer het klantenbestand het belangrijkste activum is.¹⁰⁷

Hier staat tegenover dat het doel van de verkoop louter bestaat uit het verkrijgen van gelden voor de boedel en niet daarnaast – zoals bij een doorstart – de voortzetting van de onderneming. Het zal derhalve verder verwijderd zijn van het oorspronkelijke (hoofd)doel van de verzameling. Dit maakt een positieve uitkomst van de verenigbaarheidstoets onzekerder.¹⁰⁸ Vraagtekens kunnen bovendien geplaatst worden bij de voorzienbaarheid van de losse verkoop van een klantenbestand voor de betrokkenen. Onvoorzienbaarheid is een belangrijke tegenindicatie bij zowel de verenigbaarheidstoets als de belangenafweging.¹⁰⁹ Stel, de gegevens zijn verzameld in het kader van een klantenkaart. Een klantenkaart wordt door ondernemingen gebruikt om de klant te binden aan de onderneming. Daarbij past niet dat die gegevens verstrekt worden aan een vreemde partij. Ook voor klanten van bijvoorbeeld een webshop is niet direct voorzienbaar dat hun gegevens bij een derde partij terechtkomen. Nog minder voorzienbaar is de verkoop wanneer in de privacyverklaring staat dat gegevens nooit aan een

95 Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 12 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO3649, WBP 2009/72, m.nt. M.B. Voulon.

96 Vgl. Rb. Amsterdam 22 oktober 2015 (vzr.), ECLI:NL:RBAMS:2015:7501, JBP 2015/129, m.nt. K. Konings; Carey 2015, p. 59.

97 Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 12 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO3649, WBP 2009/72, m.nt. M.B. Voulon, r.o. 7.

98 Art. 12 AVG jo. art. 13 lid 3 AVG; dit volgt ook al uit het algemene beginsel van transparantie en het feit dat doeleinden uitdrukkelijk omschreven moeten worden; art. 5 lid 1 sub a en sub b AVG.

99 Zie art. 14 AVG en hierna par. 7.

100 Art. 13 lid 2 sub b AVG.

101 Vgl. A. Engelfriet, 'Curator veilt klantenbestand, mag dat?', *Ius Mentis* 21 januari 2013, blog.iusmentis.com & A. Engelfriet, 'Curator van Radio Shack wil klantenbestand verkopen, mag dat?', *Ius Mentis* 31 maart 2015, blog.iusmentis.com; Beyer & Beyer, NZI 2016, p. 244; Eckhardt & Menz, *ZInsO* 2016, p. 1922; Berberich & Kanschik, NZI 2017, p. 9; De Thüringse toezichthouder is strenger en vereist dat de *Widerspruchslösung* toegepast wordt (zie hierna), TlFDI 2016, p. 383-385.

102 Vgl. Beyer & Beyer, NZI 2016, p. 244; Berberich & Kanschik, NZI 2017, p. 9.

103 In het hiernavolgende heb ik het over de losse verkoop van het klantenbestand zonder dat ook lopende contracten worden overgenomen waarvoor de persoonsgegevens noodzakelijk zijn. Bij die laatste variant liggen de doeleinden dichter bij elkaar en komt bovendien wellicht een andere rechtsgrond in aanmerking waarop de overdracht gebaseerd kan worden: art. 6 lid 1 sub b, verwerking noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst.

104 Wg 29 opinie 03/2013, p. 25 en 57; en wat betreft de belangafweging: Wg 29 opinie 06/2014, p. 36.

105 Art. 6 lid 4 sub c; vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 12 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO3649, WBP 2009/72, m.nt. M.B. Voulon, r.o. 7.

106 Vgl. Wg 29 opinie 06/2014, p. 35.

107 Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7501, JBP 2015/129, m.nt. K. Konings, r.o. 4.1.

108 Wg 29 opinie 03/2013, p. 24.

109 Overweging 50 en 47 AVG; Wg 29 opinie 03/2013, p. 24; Wg 29 opinie 06/2014, p. 40.

derde zullen worden verstrekt. Deze bepaling staat in veel privacyverklaringen. Dergelijke bepalingen hoeven volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam niet aan een (executie)verkoop in de weg te staan.¹¹⁰ Die uitspraak is echter met veel kritiek ontvangen.¹¹¹

Naast de voorzienbaarheid van de verwerking speelt ook het effect van de verwerking op de betrokkenen een rol. Wanneer de persoonsgegevens van de betrokkenen zonder dat ze daar invloed op kunnen uitoefenen aan een willekeurige derde worden overgedragen, kan dit negatieve emotionele gevolgen – zoals irritatie of een gevoel van machteloosheid – teweegbrengen. Ook deze gevolgen moeten meegenomen worden.¹¹² Het is verder van groot belang waarvoor de koper de persoonsgegevens gaat gebruiken. Wanneer de koper in hetzelfde segment als de failliet werkt en de gegevens wil verwerken om dezelfde diensten te kunnen leveren, is dit een positieve factor, met name in de verenigbaarheidstoets. De koper zet dan het bedrijf van de failliete als het ware voort. De uitkomst van de toets wordt onzekerder wanneer de koper de gegevens enkel wil gebruiken voor marketingdoeleinden. Dat doel is nog enigszins vergelijkbaar indien de klanten hun gegevens (mede) hadden verstrekt om persoonlijke aanbiedingen van de failliete te ontvangen. Het verband is echter ver te zoeken als zij dit juist niet wilden. Nog bezwaarlijker is het wanneer de koper de gegevens voor compleet andere doeleinden wil gebruiken. Gedacht kan worden aan een databroker die gegevens opkoopt om door te verkopen. De curator kan die bezwaren (gedeeltelijk) wegnemen door in de koopvoorwaarden op te nemen dat de koper zich in hetzelfde bedrijfssegment als de failliete moet bevinden en de gegevens onder dezelfde voorwaarden moet verwerken.¹¹³

Een dergelijke clause kan echter niet alle bezwaren wegnemen. Het feit dat de curator de betrokkenen moet inlichten over de verwerking en het feit dat de betrokkenen aan de koper kunnen verzoeken om hun gegevens te verwijderen, kan dat evenmin. Door de verkoop zijn de gegevens reeds bij de koper terechtgekomen. Een doorstarter voelt nog als dezelfde onderneming. Een losse verkoop confronteert de betrokkenen echter buiten hun wil met een vreemde partij die nu de macht over hun gegevens heeft.

6.2.2 De geen-bezwaarwaarborg

De oplossing kan wellicht in Duitsland gevonden worden. Daar is in de literatuur de zogenaamde ‘*Widerspruchslösung*’ ontwikkeld naar aanleiding van het persbericht van het BayLDA.¹¹⁴ De Beierse toezichthouder acht verkoop van klantgegevens enkel toegestaan wanneer de betrokkenen ófwel daarmee ingestemd hebben ófwel op de hoogte gesteld zijn vóórdat de gegevens overgedragen werden waarbij zij de mogelijkheid hebben gehad om daartegen bezwaar te maken.¹¹⁵ De betrokkenen moeten volgens de Duitse literatuur minimaal een termijn van twee à drie weken krijgen om bezwaar te maken. Als zij niet binnen de gegeven termijn bezwaar hebben gemaakt, mogen de persoonsgegevens overgedragen worden. Overdracht van de gegevens van de personen die wel bezwaar hebben gemaakt, is niet toegestaan.¹¹⁶ De waarborg biedt de betrokkenen grip op hun gegevens. Het verhoogt de transparantie en voorkomt grote verrassingen.

Een nadeel van dit geen-bezwaarsysteem is dat het tijd kost die zeker in een faillissement kostbaar is. Verder zal de oplossing niet altijd hanteerbaar zijn. Wanneer het klantenbestand (mede) bestaat uit e-mailadressen, kan een bericht makkelijk en goedkoop verzonden worden. Dit wordt anders wanneer enkel postadressen voorhanden zijn en het gaat om een groot aantal klanten. De waarborg is niettemin praktischer dan het vragen van toestemming. De curator is immers niet afhankelijk van een actieve gedraging van de betrokkenen. De geen-bezwaarwaarborg mag nochtans niet beschouwd worden als een verkapt toestemming. Hij moet gezien worden als een waarborg die een laatste zet kan geven om de verenigbaarheidstoets en de belangenafweging positief uit te laten vallen. De waarborg is geen vervanging van deze toetsen.¹¹⁷

In Nederland is van de waarborg gebruikgemaakt in het faillissement van V&D. Bij de verkoop van de rechten op de webwinkel, kregen alle klanten een e-mail van de curatoren met – naast de benodigde informatie – een link om zich binnen zeven dagen af te melden indien zij niet wilden dat hun gegevens zouden worden verstrekt aan de koper.¹¹⁸ De waarborg is echter bij mijn weten nog nooit getoetst door de Nederlandse toezichthouder of rechter in een zaak omtrent de verkoop van gegevens. Wel oordeelde het CBP in een heel andere, niet-faillissementsgerelateerde zaak dat de overdracht van de gegevens van klantenkaarthouders aan een creditbedrijf toelaatbaar was, juist omdat de klanten van

110 Rb. Amsterdam (vzr.) 12 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO3649, *WBP* 2009/72, m.nt. M.B. Voulon; in deze zaak had de curator het klantenbestand ondanks een dergelijke bepaling verkocht. De bestuurder van de failliet (die haar onderneming wilde doorstarten) stelde dat de koper van het klantenbestand (niet de curator) een onrechtmatige daad had gepleegd wegens schending van het doelbindingsbeginsel. De voorzieningenrechter achtte strijd met het doelbindingsbeginsel niet aanwezig, onder meer omdat de koper de gegevens voor dezelfde doeleinden zou verwerken, het onschuldige gegevens betrof en het mogelijk was om bij de koper een verzoek in te dienen tot verwijdering van de gegevens.

111 Zie de noot van M.B. Voulon in *WBP* 2009/72; Lodder 2014, p. 151-153; Holleman, *P&I* 2005, p. 167-171.

112 Wg 29 opinie 03/2013, p. 25-26.

113 Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 12 februari 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO3649, *WBP* 2009/72, m.nt. M.B. Voulon; Rb. Amsterdam (vzr.) 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7501, *JBP* 2015/129, m.nt. K. Konings waar de executieverkoop van een klantenbestand toelaatbaar werd geacht onder meer omdat de deurwaarder in de veilingvoorwaarden had opgenomen dat de koper in dezelfde branche werkzaam moest zijn als de geëxecuteerde; zie ook: Carey 2015, p. 59.

114 Zie ook paragraaf 3.

115 BayLDA 2015.

116 Beyer & Beyer, *NZI* 2016, p. 244; Eckhardt & Menz, *ZInsO* 2016, p. 1924; Berberich & Kanschik, *NZI* 2017, p. 9-10.

117 Vgl. Beyer & Beyer, *NZI* 2016, p. 244; Eckhardt & Menz, *ZInsO* 2016, p. 1923 die dit zien als punt van kritiek op de *Widerspruchslösung*; zie ook: Wg 29 opinie 15/2011, p. 32 en 34 waarin benadrukt wordt dat toestemming onderscheiden moet worden van het recht om bezwaar te maken.

118 Zie de topic op het forum van de Consumentenbond gestart door M.E. Kramer gestart op 2 augustus 2016 genaamd ‘Webwinkel V&D is verkocht en daarmee ook onze persoonsgegevens’, te vinden via consumentenbond.nl/community/forum/consumentenzaken/elektronica-communicatie/vdnl-verkocht-daarmee-uw-mijn-privacy, laatst geraadpleegd 20 mei 2017.

te voren op de hoogte werden gebracht en bezwaar konden maken.¹¹⁹

In Duitsland is de *Widerspruchslösung* evenmin heersende leer.¹²⁰ De Thüringse toezichhouder (TLfDI) beschouwt de constructie bijvoorbeeld niet als een extra waarborg, maar als een voorwaarde die voor iedere verdere verwerking geldt naast de overige voorwaarden. De curator zal derhalve ook een bezwaarmogelijkheid moeten bieden bij de overdracht van het klantenbestand in het kader van een doorstart.¹²¹ In de eerder genoemde zaak van de failliete apotheek, waar het ging om een losse verkoop, noemde de TLfDI slechts toestemming van de betrokkenen als een mogelijke rechtmatige grondslag voor deze verkoop. De *Widerspruchslösung* werd niet genoemd. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de failliete apotheek in haar privacyverklaring had opgenomen dat persoonsgegevens niet doorverkocht of aan derden verstrekt zouden worden.¹²² In hoeverre de geen-bezwaarwaarborg de bezwaren tegen overdracht van een klantenbestand als *los activum* wegneemt en welke termijn gehanteerd moet worden, is dus onzeker.

Mijns inziens biedt het geen-bezwaarsysteem een voldoende waarborg om de verkoop toelaatbaar te achten indien het klantenbestand slechts NAW(E)-gegevens bevat en de curator bedingt dat de koper de gegevens voor dezelfde doeleinden gebruikt.¹²³ De waarborg zorgt ervoor dat de verkoop voor de betrokkene transparant en dus minder bezwaarlijk is.¹²⁴ Een termijn van een week, zoals door de curatoren van V&D gehanteerd, lijkt mij echter aan de (te) korte kant. Afhankelijk van de omstandigheden zal een termijn van twee à drie weken of langer passender zijn. Wanneer het echter gevoeligere gegevens betreft of de koper de gegevens voor heel andere doeleinden wil gebruiken, is de kans groot dat de verenigbaarheidstoets en ook de belangenafweging ondanks deze waarborg negatief uitvalt. Het blijft echter speculeren. De beoordeling is sterk casuïstisch en heldere jurisprudentie is vooralsnog afwezig. De Autoriteit Persoonsgegevens heeft aangegeven dat zij voornemens is organisaties meer te adviseren over de naleving van hun privacyverplichtingen.¹²⁵ De Europese toezichhouders gaan onder de verordening (nog meer) samenwerken en zullen onderling informatie uitwisselen die van belang is om

de verordening op een consequente en geharmoniseerde wijze uit te leggen.¹²⁶ Het zou de rechtszekerheid ten goede komen als de toezichhouder(s), de rechter en in laatste instantie het Hof van Justitie meer duidelijkheid gaan verschaffen.

7. Bijzondere gevallen

In het voorgaande ben ik steeds uitgegaan van het standaard geval van de curator die een klantenbestand bestaande uit niet-bijzondere gegevens van volwassenen verkoopt aan een onderneming binnen de EU. De curator van bijvoorbeeld een kliniek of sportschool dient er echter op bedacht te zijn dat strengere regels gelden voor bijzondere categorieën van persoonsgegevens, waaronder biometrische en genetische gegevens en gegevens die betrekking hebben op gezondheid. Verwerking van deze gegevens is in beginsel verboden en slechts toegestaan op een limitatief aantal gronden, die scherper geformuleerd en strikter zijn dan de gronden genoemd in art. 6 lid 1 AVG.¹²⁷

Voor kinderen onder de zestien jaar gelden additionele voorwaarden bij verwerkingen op basis van toestemming. Voor diensten van informatiemaatschappijen is dit slechts mogelijk indien die toestemming is gegeven met goedkeuring van de ouder of voogd van het kind. De verwerkingsverantwoordelijke moet zelf redelijke inspanningen leveren om te controleren of de ouder of voogd van het kind deze goedkeuring heeft verleend.¹²⁸ Verder wijst de verordening erop dat de belangen van een kind een zwaar gewicht in de schaal leggen bij de belangenafweging van sub f.¹²⁹

Wanneer de koper gevestigd is buiten de EER of de persoonsgegevens bestemd zijn om naar een derde land verzonden te worden, gelden eveneens additionele vereisten. Een dergelijke verkoop is slechts toegestaan indien de Europese Commissie heeft bepaald dat het land een vergelijkbaar beschermingsniveau kent,¹³⁰ het beschermingsniveau van de AVG op een andere wijze gewaarborgd wordt – bijvoorbeeld door het gebruik van bindende bedrijfsvoorschriften of de door de Commissie goedgekeurde standaardbepalingen –, of wanneer een uitzonderingsgrond aanwezig is, waaronder de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene nadat hij is ingelicht over de risico's.¹³¹

8. Caveat emptor

De koper van het bestand dient erop bedacht te zijn dat ook het ontvangen oftewel verzamelen van gegevens een verwerking in de zin van de AVG is en dus een rechtmati-

119 CBP 19 januari 2006, z2005-0703.

120 Eckhardt & Menz, *ZInsO* 2016, p. 1924-1925.

121 TLfDI 2016, p. 384-387; zie kritisch: Eckhardt & Menz, *ZInsO* 2016, p. 1922-1923 en 1924-1925.

122 TLfDI 2016, p. 353-354.

123 Zie ook Wg 29 opinie 03/2013, p. 26.

124 Dit is in lijn met de gedachte van het doelbindingsbeginsel dat beoogt bij te dragen aan transparantie, rechtszekerheid en voorzienbaarheid en de betrokkenen wil beschermen tegen een verwerking die voor hen onverwacht, ongepast of anderszins bezwaarlijk is; zie Wg 29 opinie 03/2013, p. 11.

125 Brief van de Autoriteit Persoonsgegevens aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 6 april 2017, te vinden op autoriteitpersoonsgegevens.nl, zoek op 'brief AEF', laatst geraadpleegd 6 juni 2017, p. 3; De capaciteit en de (telefonische) bereikbaarheid van de toezichhouder dient hiervoor vergroot te worden, zie: Andersson Elffers Felix, *Eindrapportage Organisatorische vertaling Verordening & Richtlijn gegevensbescherming* (Opdrachtgever: Autoriteit Persoonsgegevens), 27 maart 2017, te vinden op rijksoverheid.nl, zoek op 'eindrapportage gegevensbescherming', laatst geraadpleegd 6 juni 2017, p. 12-13 en 21-22.

126 Art. 60 en 61 AVG.

127 Art. 9 en 10 AVG.

128 Art. 8 AVG; *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, 3, p. 52; Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 54-56.

129 Art. 6 lid 1 sub f AVG; zie ook overweging 38 AVG.

130 Op dit moment zijn dit Andorra, Argentinië, Canada, Faeröer Eilanden, Guernsey, Israël, het eiland Man, Jersey, Nieuw Zeeland, Zwitserland en Uruguay; zie: ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm, laatst geraadpleegd 27 mei 2017.

131 Art. 44-49 AVG.

ge grondslag behoeft.¹³² Een wettelijke verplichting om het klantenbestand te kopen bestaat niet. Toestemming zal zelden aanwezig zijn, zo bleek uit het voorgaande, en zal bovendien gericht zijn aan de oude verwerkingsverantwoordelijke, de failliete. De grondslag die hier het meest voor de hand ligt is derhalve sub f, de belangenafweging.

Een grondslag is eveneens noodzakelijk voor de verdere verwerking van de gegevens door de koper. Daarbij dient de koper erop bedacht te zijn dat voor het toezenden van reclame via automatisch gegenereerde berichtgeving, zoals e-mails, op grond van art. 11.7 lid 1 Tw een opt-in-systeem geldt. Dit betekent dat toestemming van de geadresseerden noodzakelijk is. Een uitzondering wordt gemaakt voor contactgegevens die verkregen zijn in het kader van de verkoop van een product of dienst. In dat geval geldt een opt-out-systeem, waarbij de geadresseerden uitdrukkelijk gewezen moeten worden op de mogelijkheid om verzet aan te tekenen tegen het gebruik van hun contactgegevens.¹³³ Aangezien de gegevens gekocht zijn van de curator en dus niet zijn verkregen in het kader van het aanbieden van producten en diensten, is de uitzondering niet van toepassing.¹³⁴ De vraag is of de koper zich kan beroepen op een eerder aan de failliete verleende toestemming. In beginsel dient die vraag ontkennend beantwoord te worden. De toestemming is immers gegeven aan de failliete, niet aan de koper. Toestemming is bovendien in beginsel niet overdraagbaar.¹³⁵ Wellicht is dit anders voor de doorstarter. Hoewel juridisch de entiteit veranderd is, is de onderneming in grote mate vergelijkbaar met de failliete. Voor de betrokkenen is het onderscheid waarschijnlijk verwaarloosbaar. Het is daarom verdedigbaar om de toestemming zo te interpreteren dat zij ook ziet op de (rechts)opvolgers van de oorspronkelijke onderneming, waaronder de doorstarter. Alle overige kopers dienen toestemming te vragen.

Zoals reeds vermeld rust op de koper als nieuwe verwerkingsverantwoordelijke een informatieplicht.¹³⁶ Het is zoals gezegd aan te raden dat de koper op dit punt samenwerkt met de curator. Dit voorkomt dubbel werk. De AVG kent namelijk een vrijstelling van de informatieplicht wanneer de betrokkenen reeds over de bedoelde informatie beschikken.¹³⁷ Wanneer de koper niet in samenwerking met de curator de betrokkenen vóór overdracht informeert, zal hij dat in beginsel alsnog moeten doen binnen een redelijke termijn, maar ten minste binnen een maand. Wanneer de koper van plan is om de gegevens te gebruiken voor communicatie met de betrokkenen, moet hij hen uiterlijk op het moment van eerste contact informeren. Indien hij overweegt om de persoonsgegevens weer door te verkopen of te

verstrekken aan een derde partij, moeten de betrokkenen uiterlijk voordat hun gegevens worden verstrekt aan deze nieuwe partij, geïnformeerd worden.¹³⁸ Indien informeren onmogelijk blijkt of onevenredig veel inspanning zou kosten, kan het achterwege worden gelaten.¹³⁹ Die uitzondering wordt echter niet snel aangenomen.¹⁴⁰ Uiteraard moet de koper als nieuwe verwerkingsverantwoordelijke ten slotte voldoen aan alle overige verplichtingen van de AVG.

9. Gevolgen van schending van de AVG

Schending van de bepalingen van de AVG kan grote (financiële) gevolgen hebben. De AVG kent verschillende bestuursrechtelijke sancties. Als corrigerende maatregel kan de toezichthouder onder meer de curator berispen en de koper gelasten om de ontvangen persoonsgegevens te wissen.¹⁴¹ Daarbij kan hij een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom opleggen.¹⁴² Ingrijpender is de bevoegdheid van de toezichthouder om een bestuurlijke boete op te leggen. De boete kan in plaats van of naast een corrigerende maatregel worden opgelegd. Zowel op de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens als de schending van de informatieplicht staat een boete olopend tot € 20 miljoen of 4% van de wereldwijde omzet van een onderneming, indien dit bedrag hoger is.¹⁴³ Iedere inbreuk dient in beginsel bestraft te worden. Enkel bij een kleine inbreuk of indien de geldboete een onevenredige last vormt voor een natuurlijke persoon, kan de toezichthouder volstaan met een berisping.¹⁴⁴ De boete moet doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.¹⁴⁵ De Autoriteit Persoonsgegevens heeft onder de Wbp nog geen boetes opgelegd.¹⁴⁶ De vraag is of dit gaat veranderen onder de AVG.¹⁴⁷ Duidelijk is dat de verordening inzet op een krachtigere handhaving van de privacyregels.¹⁴⁸

Mocht de curator een boete opgelegd krijgen voor de onrechtmatige verkoop van een klantenbestand dan dient vervolgens bepaald te worden hoe deze boete gekwalificeerd moet worden. Over de kwalificatie van bestuursrechtelijke sancties bestaat in het kader van het milieu-

132 *Kamerstukken II 2017/18, 34851, 3, p. 38; Van Eijk & Van Helden 2001, p. 31-32; BayLDA 2015.*

133 Art. 11.7 lid 3 Tw; Deze regels zijn ook opgenomen in art. 16 van het voorstel van de Europese Commissie voor de nieuwe e-Privacyverordening (COM(2017) 10 final).

134 De uitzondering geldt ook niet voor moeder- of dochterondernemingen: Werkgroep Artikel 29 voor de bescherming van persoonsgegevens, *Opinion 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC*, 11601/EN WP 90, p. 9.

135 *Kamerstukken II 2002/03, 28851, 7, p. 41.*

136 Art. 14 lid 1 en 2 AVG.

137 Art. 14 lid 5 sub a AVG.

138 Art. 14 lid 3 AVG.

139 Art. 14 lid 5 sub b AVG.

140 Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 84.

141 Art. 58 lid 2 AVG en art. 14 Ontwerp Uitvoeringswet AVG (*Kamerstukken II 2017/18, 34851, 2*). De eerder genoemde casus van de Thüringse toezichthouder kan als praktijkvoorbeeld dienen. De koper van het klantenbestand uit deze casus heeft nadat hij van de schending op de hoogte was gesteld, de persoonsgegevens gewist. Tegen hem is vervolgens geen boeteprocedure gestart (overigens wel tegen de curator die het klantenbestand verkocht had), zie: Tlfdi 2016, p. 354.

142 Art. 16 Ontwerp Uitvoeringswet AVG (*Kamerstukken II 2017/18, 34851, 2*) en art. 5:32 Awb; zie ook *Kamerstukken II 2017/18, 34851, 3, p. 100*.

143 Art. 83 lid 5 AVG.

144 Overweging 148 AVG.

145 Art. 83 lid 1 AVG.

146 Autoriteit Persoonsgegevens, *Jaarverslag 2016*, Den Haag: mei 2017, via: autoriteitpersoonsgegevens.nl, laatst geraadpleegd 1 juli 2017, p. 43; de mogelijkheid heeft zij sinds januari 2016.

147 Het eerder genoemde onderzoeksrapport lijkt ervan uit te gaan dat boetes vaker zullen worden opgelegd; Andersson Elffers Felix 2017, p. 27.

148 Overweging 7, 11 en 148 AVG; De Jong, *Regelmaat* 2015, p. 14.

recht discussie.¹⁴⁹ De kans is echter, gelet op de criteria uit *Koot Beheer/Tideman q.q.*, groot dat boetes als hier bedoeld boedelschulden zijn. De curator heeft door zijn bijzondere gezagsverhouding in faillissement in zijn hoedanigheid als verwerkingsverantwoordelijke te gelden. Wanneer hij het klantenbestand in strijd met de bepalingen van de AVG verkoopt, handelt hij in strijd met de op hem als verwerkingsverantwoordelijke rustende verplichtingen. Schulden die het gevolg zijn van het handelen van de curator in strijd met een (wettelijke) verplichting die op hem in zijn hoedanigheid rust, zijn boedelschulden.¹⁵⁰ Die uitkomst is ook gerechtvaardigd gelet op het feit dat de boedel door de onrechtmatige verkoop verrijkt is. Naast de curator q.q. loopt ook de koper van het klantenbestand het risico om een boete opgelegd te krijgen.¹⁵¹

Ten slotte loopt de curator het risico om aansprakelijk te worden gesteld. De AVG kent een eigen aansprakelijkheidsbepaling. De verwerkingsverantwoordelijke is in beginsel aansprakelijk voor de schade die de betrokkene lijdt als gevolg van de onrechtmatige verwerking van zijn gegevens. Die aansprakelijkheid kan hij ontlopen indien hij bewijst dat hij op geen enkele wijze verantwoordelijk is voor het schadeveroorzakende feit.¹⁵² Onduidelijk is waar de schade precies uit bestaat.¹⁵³ Het begrip 'schade' moet in ieder geval ruim worden uitgelegd.¹⁵⁴

De aansprakelijkheid zal in beginsel op de curator q.q. rusten. Persoonlijke aansprakelijkheid zal gelet op de vaagheid van de bepalingen van de AVG niet snel aan de orde zijn. Hiervoor is immers noodzakelijk dat de curator niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht.¹⁵⁵ Die maatstaf wordt met terughoudendheid benaderd. De curator moet een persoonlijk verwijt gemaakt kunnen worden. Hij heeft moeten inzien of moeten behoren inzien dat hij de AVG schond door het klantenbestand te verkopen.¹⁵⁶ Uit het voorgaande bleek reeds dat de toelaatbaarheid van de verkoop van een klantenbestand veelal zal afhangen van de omstandigheden van het geval. De curator zal zelf moe-

ten afwegen of de verkoop is toegestaan. Duidelijke regels zijn nog niet uitgekristalliseerd. Indien in de toekomst de regels op dit punt verduidelijkt zijn, bijvoorbeeld door een richtlijn van het Europees Comité voor gegevensbescherming of een advies van de toezichthouder, zal persoonlijke aansprakelijkheid van de curator eerder aanwezig kunnen zijn.¹⁵⁷

Naast de curator kan ook de koper als nieuwe verwerkingsverantwoordelijke aansprakelijk worden gesteld voor de onrechtmatige aankoop van de persoonsgegevens. De AVG voorziet in hoofdelijke aansprakelijkheid indien meerdere verwerkingsverantwoordelijken aansprakelijk zijn voor dezelfde, onrechtmatige verwerking.¹⁵⁸ Strikt genomen is hier sprake van twee verschillende verwerkingen: het versturen van de persoonsgegevens door de curator en het verzamelen van persoonsgegevens door de koper. Dit zijn echter twee kanten van dezelfde medaille. In theorie is het mogelijk dat voor het versturen geen rechtmatige grondslag aanwezig was en voor het verzamelen wel, maar in de praktijk is dit lastig voor te stellen. Mocht hoofdelijke aansprakelijkheid niet voortvloeien uit de AVG, dan vloeit deze wellicht voort uit art. 6:102 lid 1 BW. De betrokkene doet er derhalve goed aan om (ook) de koper aansprakelijk te stellen voor zijn schade.

10. Conclusie

Bij de verkoop van klantenbestanden dient de curator rekening te houden met de bepalingen van de AVG. Iedere verwerking, dus ook het overdragen van gegevens, behoeft een rechtmatige grondslag. Zoals uit het voorgaande bleek, biedt de Faillissementswet niet een dergelijke grondslag. Anders dan de Autoriteit Persoonsgegevens meent, houdt deze wet geen wettelijke plicht voor de curator in om het klantenbestand van de failliete te verkopen. Verder is het in theorie mogelijk dat de verkoop gebaseerd wordt op toestemming van de betrokkenen, maar gelet op de strenge eisen die de AVG aan deze toestemming stelt, zal dit veelal geen optie zijn. De verkoop zal derhalve in het gros van de gevallen gebaseerd moeten worden op een zorgvuldige afweging van belangen. Daarnaast moet de curator nagaan of het doel van de verkoop verenigbaar is met de doeleinden waarvoor de gegevens in de eerste plaats verzameld zijn.

De uitkomst van deze toetsen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De overdracht van het klantenbestand in het kader van een doorstart zal in beginsel toegestaan zijn. De verkoop van het klantenbestand als los activum is een stuk onzekerder. Onder meer speelt een rol voor welke doeleinden de koper de gegevens gaat verwerken en of de nodige waarborgen zijn genomen. Een sterke waarborg in dit verband is het geen-bezwaarsysteem. Door de betrokkenen de mogelijkheid te bieden om binnen een bepaalde periode vóór overdracht bezwaar te maken, geeft de curator hen grip op hun gegevens. De betrokkenen móe-

149 Zie: A. Steneker & A.J. Tekstra, 'De boedelschuldenlijst (II)', *FIP* 2015/368, p. 21-22; Bosma & Snijders, *O&A* 2016 (p. 154-159); Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1960, *JOR* 2015/18 (*Thermphos*), r.o. 4.9.1-4.11; ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, *JOR* 2015/19, m.nt. A.J. Tekstra (*Bavin*), r.o. 7.1.

150 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.1; zie ook over boetes opgelegd aan de curator in het kader van de milieuwetgeving: Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1960, *JOR* 2015/18 (*Thermphos*), r.o. 4.9.1-4.11; ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die weliswaar niet over deze vraag gaat, kwalificeert dit als een boedelschuld: ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, *JOR* 2015/19, m.nt. A.J. Tekstra (*Bavin*), r.o. 7.1.

151 Zo heeft BayLDA zowel aan de verkoper als de koper een boete opgelegd in de zaak die ten grondslag lag aan haar persbericht; zie BayLDA 2015.

152 Art. 82 AVG.

153 Lodder 2014, p. 153; Engelfriet, Meij & Kager 2017, p. 178.

154 Overweging 146 AVG.

155 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*), r.o. 3.6.

156 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *JOR* 2012/65, m.nt. I. Spinath (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.3.

157 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *JOR* 2012/65, m.nt. I. Spinath (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2.

158 Art. 82 lid 4 AVG.

ten bovendien ingelicht worden over de overdracht van hun gegevens, zowel door de curator als de koper die op dit punt kunnen samenwerken. De koper heeft vervolgens eveneens een rechtmatige grondslag nodig voor de aankoop en verdere verwerking van de gegevens. Daarbij dient hij erop bedacht te zijn dat voor de verzending van reclame via e-mail slechts de toestemming van de betrokkenen volstaat.

Schending van deze verplichtingen kan een hoge boete, aansprakelijkheid en daarmee een boedelvordering tot gevolg hebben. Dit terwijl de curator in veel gevallen aangewezen is op een casuïstische afweging waar nog veel onduidelijkheden over bestaan. Het is dan ook te hopen dat de toezichthouder(s) en de jurisprudentie op dit punt duidelijkheid gaan verschaffen. Duidelijke richtlijnen zullen moeten worden opgesteld waaraan de curator zich kan houden bij de verkoop van klantgegevens. Een aanbeveling is om de geen-bezwaarwaarborg daarin een basis te geven.