

Ministerie van Veiligheid en Justitie
t.a.v. de Minister voor Rechtsbescherming
drs. S. Dekker

14 juli 2020

Betreft: Internetconsultatie Verzamelwet gegevensbescherming
Reactie Holla Advocaten

Excellentie,

1. Inleiding

Op 20 mei 2020 heeft u via internet een openbare consultatie uitgezet voor het wetsvoorstel strekkende tot wijziging van de UAVG en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (het "**Wetsvoorstel**"). Omdat het Wetsvoorstel ook voorziet in de verduidelijking dat de curator bij de uitoefening van zijn wettelijke taken persoonsgegevens rechtmatig kan verwerken, geven wij graag onze zienswijze op het Wetsvoorstel gezien de betrokkenheid van ons kantoor bij faillissementen waarbij (grote) economische belangen en regelmatig ook veel werkgelegenheid op het spel staan.

In deze reactie zullen wij ons beperken tot het nieuw voorgestelde artikel 68a lid 2 Faillissementswet en dat met name tot onderdeel e. Dit onderdeel omvat de voortzetting van het bedrijf en verduidelijkt dat ook de overdracht van het bedrijf aan derden hieronder is begrepen. De uitwerking van dit laatste onderdeel behoeft echter naar onze mening nadere uitleg. In deze reactie zullen wij dat nader toelichten.

2. Nut en noodzaak

Vooropgesteld zij dat wij enthousiast zijn over de voorgestelde regeling en de verduidelijking die het tracht te bewerkstelligen voor curatoren. Het is een welkome toevoeging aan de praktijk. Eén van de aspecten van het voorstel (maar zeker niet het enige) waarbij de praktijk zeer gebaat is met verduidelijking, betreft de overdracht van een failliete onderneming aan derde, ook wel genoemd: de doorstart. Juist op dit terrein bestaan in de praktijk veel onduidelijkheden over wat wel en wat niet is toegestaan, terwijl juist hier economische belangen en werkgelegenheid op het spel staan. Die onduidelijkheden worden ons inziens nog niet helemaal weggenomen met het Wetsvoorstel, de Memorie van Toelichting en de brief van de AP van 6 januari 2020.

Kern

In de kern komt de kwestie – wat ons betreft – op het volgende neer. Indien een curator en een doorstartkandidaat overeenstemming hebben bereikt over de doorstart van een failliete onderneming, moet die doorstartkandidaat (dan doorstarter) snel schakelen om de failliete onderneming voort te zetten. Dat snelle schakelen is vaak cruciaal voor een succesvolle doorstart. Onderdeel daarvan is onderzoeken wat de stand is van de projecten/ werken/ overeenkomsten zodat beoordeeld kan worden welke projecten/ werken/ overeenkomsten daadwerkelijk worden overgenomen en welke (bijvoorbeeld verlieslatende projecten/ werken/ overeenkomsten) niet. Daarvoor is vaak noodzakelijk dat de doorstarter inzage krijgt in de softwaresystemen, klantenlijsten, lijsten met prospects, e-mailwisselingen, overeenkomsten etc. Van belang is immers om helderheid te verkrijgen over de marge bij overeenkomsten, welke orders in de pijplijn zitten, of er conflicten met bepaalde partijen zijn etc. In dat verband worden in dat stadium – dus na de overeenstemming over de doorstart maar voor de daadwerkelijke contractovername – door een curator onherroepelijk persoonsgegevens gedeeld.

Het is ondoenlijk de doorstarter de beschikking te geven over geanonimiseerde gegevens. Dat zou betekenen dat alle gegevens in de databases van de gefailleerde vennootschap gekopieerd zouden moeten worden en vervolgens handmatig moeten worden nagelopen om ze van persoonsgegevens te ontdoen. Of de curator zou op elk separaat verzoek van de doorstarter antwoord moeten geven en telkens in de IT-systemen van de gefailleerde vennootschap op zoek moeten gaan naar de gevraagde gegevens. Vanwege de enorme tijdsinvestering die daarmee gemoeid zou zijn, zou dit een succesvolle doorstart in de weg kunnen zitten. Gezien de tijdsdruk die veelal bij een doorstart speelt, is dit vaak niet werkbaar.

Indien het geven van toegang tot de systemen van de gefailleerde vennootschap niet (meer) mogelijk zou zijn, betekent dit dat de curator de potentiële doorstarters daarover op voorhand zal moeten informeren. Die doorstarter zou dan 'blind' overeenkomsten moeten overnemen om (persoons)gegevens – op grond van artikel 6, eerste lid sub a of sub b, AVG – te kunnen ontvangen, met alle risico's van dien. Dit zal de koopprijs die de curator kan realiseren enorm drukken, waardoor de "schade voortvloeiend uit faillissement" groter wordt. Bovendien kan dit in een voorkomend geval ook de werkgelegenheid negatief beïnvloeden.

Ons inziens zou de verwerking van persoonsgegevens in de fase vóór de concrete contractsovername op de grondslag van artikel 6 sub f AVG kunnen worden gebaseerd. Na de contractsovername is artikel 6 sub b AVG de juiste grondslag, maar het gaat ons om die cruciale fase daarvoor. Ter voorkoming van misverstanden: het gaat dus om de fase na de overeenstemming over de doorstart maar voordat de klanten medewerking¹ hebben verleend aan de contractsovername. Daarover dient duidelijkheid te komen. Wij zien in de praktijk dat curatoren inmiddels beginnen te weigeren de doorstarter van de benodigde informatie te voorzien. Dat leidt tot onrust, hoge kosten en een lagere opbrengst voor de crediteuren. Wij werken een en ander hierna nader uit.

Brief AP 6 januari 2020

Weliswaar heeft de Autoriteit Persoonsgegevens ("AP") bij brief van 6 januari jl. aan de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten² curatoren gewezen op de verantwoordelijkheid voor de naleving van de AVG die in dat kader op de curator rust, maar deze brief heeft in de praktijk – helaas – enkel voor meer verwarring gezorgd. Op grond van deze brief is immers de indruk ontstaan dat enkel persoonsgegevens (van klanten) aan een doorstartende partij kunnen worden verstrekt in het kader van een contractsovername en (dus) nadat die partij expliciet akkoord is gegaan met de verkoop van de persoonsgegevens. In deze scenario's kunnen de persoonsgegevens immers worden verstrekt, dan wel verkocht, aan een doorstartende partij op grond van artikel 6, eerste lid sub a of sub b, AVG. Deze gang van zaken brengt die doorstartende partijen in de praktijk echter in een lastige situatie, die wij hierna verder zullen uitwerken.

Vóór de voormelde brief van AP was de gedachte, althans de literatuur³, dat de persoonsgegevens van klanten in het kader van een doorstart verstrekt konden worden. Ook indien de mogelijkheid van overdracht van de overeenkomst ontbreekt of de instemming voor de verkoop van de gegevens niet kan worden verkregen of worden afgewacht. In die gevallen zou de curator de gegevens aan een doorstartende derde kunnen verstrekken op grond van artikel 6, eerste lid sub f, AVG. De belangenafweging die daarvoor moet worden gemaakt zou namelijk bij een doorstart in het voordeel van de boedel c.q. een curator moeten uitvallen nu het gaat om het behoud van de onderneming en de daaraan verbonden werkgelegenheid. Daarnaast bestaat ook nog het belang om een zo hoog mogelijke opbrengst in faillissement te bereiken en zo de schade voortvloeiend uit faillissement voor de crediteuren te beperken. Zonder klantenbestand zal een dergelijke doorstart waarschijnlijk niet gerealiseerd kunnen worden.

Over voormelde belangenafweging en het gerechtvaardigd belang van de curator wordt in de brief van AP helaas met geen woord gerept. Zoals aangegeven, kan op grond van de brief van AP gesteld worden dat

¹ Deze medewerking is vereist voor de voltooiing contractsovername op grond van art. 6:159 BW.

² https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/brief_aan_insolad.pdf

³ Zie o.a.: F.M.J. Verstijlen, "De curator en de AVG", *TvI* 2018,50 en M.A.R. Martens, "De verkoop van klantenbestanden door de curator: Een confrontatie van het insolventierecht met het privacyrecht" *TvI* 2018,9.

ook in het kader van de doorstart enkel persoonsgegevens kunnen worden overgedragen aan een kopende partij indien sprake is van een contractsovername (en dus de medewerking van een klant) of indien sprake is van verkoop van de persoonsgegevens waarbij de verstrekking van de gegevens gebaseerd dient te worden op een voorafgaande toestemming van de klant conform artikel 7 AVG. Dit staat enerzijds in contrast met hetgeen in de literatuur wordt bepleit en zorgt, zoals wij hierna zullen uiteenzetten, voor lastige situaties in de praktijk. Dit heeft tot gevolg dat een doorstart bij faillissementen (onnodig) wordt bemoeilijkt, met negatieve gevolgen voor de schuldeisers en de werkgelegenheid. Het is dus van groot belang dat opheldering komt over dit onderwerp en dit Wetsvoorstel is daarvoor, in onze optiek, de uitgelezen mogelijkheid.

3. Praktijk

Indien bij een faillissement sprake is van een nog actieve onderneming dan zal een curator die onderneming (lees: de activa en activiteiten) willen verkopen. Op deze wijze kan (een deel van) de werkgelegenheid worden gered en kan – in de regel – een hoge, althans de hoogst mogelijke, opbrengst worden bereikt. Vanuit de gedachte dat het geheel meer is dan de som der delen, zal de curator de gehele onderneming ineens aan één partij willen verkopen. De curator zal dus een doorstart willen realiseren.

Om een doorstart te kunnen bewerkstelligen zal een curator hetgeen hij verkoopt in kaart brengen en doorstartkandidaten benaderen. Die doorstartkandidaten wordt vervolgens gevraagd om op basis van de verstrekte informatie een (onvoorwaardelijk) bod uit te brengen en met de kandidaat die het beste bod heeft uitgebracht zal – na onderhandeling over de activa én de prijs – uiteindelijk een koopovereenkomst worden gesloten. Na het sluiten van deze koopovereenkomst is de doorstart een feit en wordt de doorstartkandidaat de doorstarter. In de praktijk zal tijdens voormeld proces ook vaak overleg plaatsvinden met de financier van de failliete onderneming, die vaak zekerheden heeft gevestigd op de activa van gefailleerde. In (zeer) grote lijnen is dit hoe een doorstart in faillissement (vaak) plaatsvindt.

Onderdeel van de verkoop zijn meestal de overeenkomsten van de gefailleerde met haar klanten en het klantenbestand, al dan niet als onderdeel van de goodwill. De doorstarter zal dan ook inzicht willen verkrijgen in het klantenbestand, alle overeenkomsten en de stand van het werk. Hij dient zich immers een beeld te verschaffen van de klanten van de failliete vennootschap, met welke klanten hij activiteiten zou willen voortzetten en welke overeenkomsten hij wil overnemen. Het heeft voor de doorstarter in de regel immers weinig nut om verliesgevende projecten of voor de doorstarter nadelige overeenkomsten over te nemen. Juist hier wringt de schoen. Op grond van de brief van AP kan immers gesteld worden dat de persoonsgegevens van klanten in het kader van de AVG enkel kunnen worden overgedragen aan een doorstartkandidaat indien sprake is van contractsovername – of expliciete toestemming bij verkoop van de gegevens – van de klant.

Hoe kan een doorstartkandidaat zich echter een beeld vormen over de overeenkomsten en de klanten indien hij geen gegevens daarover verkrijgt van de curator? Moet de doorstartende partij dan maar blind alle overeenkomsten van de failliete vennootschap overnemen? Wat als klanten niet reageren?

Dit is in de praktijk niet werkbaar. De doorstarter zal altijd inzicht willen hebben in het klantenbestand, de stand van de opdrachten en de voorwaarden van de overeenkomsten. Dat inzicht kan door een curator pas gegeven worden nádat de overeenkomsten zijn overgenomen (lees: nadat de klanten de medewerking hebben verleend aan de contractsovername). Dit is in onze optiek het paard achter de wagen spannen. Ook komt het geregeld voor dat klanten van de failliete vennootschap niet reageren op berichtgeving dat sprake is van een doorstart en dat overeenkomsten zijn overgenomen. Daarbij komt dat juist die eerste weken (of zelfs dagen) na een dergelijke doorstart cruciaal zijn voor een doorstarter om aan “damage control” te doen en de onderneming succesvol door te starten. Er kan dus niet simpelweg even worden gewacht. Op deze wijze begint een doorstarter met een (nog grotere) achterstand bij het opnieuw opstarten van de onderneming.

Een curator zal normaliter een doorstartkandidaat van te voren op de hoogte (moeten) stellen van het feit dat hij gebonden is aan de AVG en dienovereenkomstig pas gegevens mag verstrekken aan de doorstarter indien er sprake is van een contractsovername of indien de klanten daarvoor toestemming hebben gegeven. Deze onzekerheid zal een doorstartkandidaat ongetwijfeld laten meewegen in zijn uiteindelijk bod. Indien het immers een reëel scenario is dat geen inzicht wordt verkregen in een deel van het klantenbestand en de overeenkomsten die daarbij horen, zal dit verdisconteerd worden in de koopprijs die men bereid is te betalen. Het uiteindelijke gevolg van deze onduidelijkheid is aldus dat de schade voortvloeiend uit faillissement groter wordt, alsook dat de werkgelegenheid negatief wordt beïnvloed.

4. Conceptregeling en Memorie van toelichting

De situatie zoals hiervoor omschreven wordt tot op heden echter niet erkend. De periode tussen het bereiken van een akkoord over een doorstart en de definitieve contractsovername bevindt zich in een soort van AVG-limbo. In uw Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat bij de overdracht (lees: de doorstart) ook klantenbestanden kunnen worden overgedragen, die nodig zijn om de dienstverlening van het bedrijf te kunnen voortzetten. Daarnaast wordt aangegeven:

“Verwerking kan voor de ontvangende partij doorgaans op artikel 6, eerste lid, onderdeel b, van de AVG worden gebaseerd (...) Voor de verstrekende partij, de curator, is het gerechtvaardigd dat deze gegevens mogen worden verwerkt, om een zo hoog mogelijke opbrengst in faillissement te bereiken en de schade voortvloeiend uit faillissement te beperken. De gegevens van de klant gaan vaak via contractsovername over op de andere partij.”

Opnieuw wordt aangegeven dat de gegevens van de klanten overgaan via contractsovername. Zoals hiervoor uiteengezet, zal een doorstarter echter de persoonsgegevens willen verwerken vóórdat de daadwerkelijke contractsovername plaatsvindt en dus vóórdat de klanten medewerking hebben verleend. Anders moeten deze overeenkomsten blind worden overgenomen. Daarbij zij opgemerkt dat de medewerking van de klanten die vereist is voor de contractsovername vormvrij is en dus ook stilzwijgend kan geschieden. Van deze “stilzwijgende medewerking” wordt vaak gebruik gemaakt in faillissement nu – zoals al eerder aangegeven – de klanten vaak niet of pas laat reageren. De vraag is of dit voldoende wordt geacht door de AP nu zij in haar brief benadrukt dat de betrokkene bij een contractsovername, in het kader van het medewerkingsvereiste, daadwerkelijk moet zijn geïnformeerd en de gelegenheid moet hebben gekregen akkoord te gaan dan wel bezwaar te maken tegen (onderdelen van) de contractsovername en derhalve tegen de daarvoor benodigde verstrekking van de persoonsgegevens.

In de Memorie van Toelichting wordt wel aangegeven dat het voor de curator gerechtvaardigd is dat persoonsgegevens mogen worden verwerkt, om een zo hoog mogelijke opbrengst in faillissement te bereiken en de schade voortvloeiend uit faillissement te beperken. Wordt hiermee bedoeld dat de belangenafweging die moet worden gemaakt in het kader van art. 6 lid 1 sub f AVG bij een doorstart in het voordeel van de curator uitvalt? Met andere woorden: heeft de curator bij in het kader van een doorstart het gerechtvaardigd belang om persoonsgegevens te verstrekken aan een doorstarter, ook als (nog) geen sprake is van een contractsovername?

Daarnaast bestaat nog de vraag hoe artikel 68a lid 2 sub e Fw zich verhoudt tot het voorgestelde artikel 68a lid 2 sub g Fw. Ziet dit laatste onderdeel ook op verkoop in het kader van een doorstart of betreft dit enkel de “losse verkoop” van goederen? Indien artikel 68a lid 2 sub g Fw ook van toepassing is op een doorstart zou een curator (alsnog) de toestemming conform artikel 7 AVG moeten hebben van klanten teneinde van belang zijnde persoonsgegevens te kunnen verstrekken aan een doorstarter. Zoals aangegeven, is het onder de tijdsdruk die veelal bij een doorstart speelt vrijwel ondoenlijk om vooraf deze toestemming te verkrijgen. Bovendien heeft de curator ook bij de “losse verkoop” een gerechtvaardigd belang om “een zo hoog mogelijke opbrengst in faillissement te bereiken en de schade voortvloeiend uit faillissement te beperken”. Kortom, er bestaat nog altijd onduidelijkheid over de AVG en de verwerking (lees: verkoop) van persoonsgegevens door een curator in een faillissement.

5. Reactie

Wij zouden graag willen bepleiten dat een curator, in ieder geval bij een doorstart, op grond van artikel 6, eerste lid sub f, AVG de persoonsgegevens van betrokkenen (klanten van de failliete vennootschap) kan verstrekken aan de doorstarter; ook indien en (nog) geen sprake is van een contractsovername. In het kader van dat artikel 6, eerste lid sub f, AVG dient immers een belangenafweging te worden gemaakt. In het kader van een doorstart zou die belangenafweging in het voordeel van de boedel c.q. de curator (moeten) uitvallen. Het belang waarvoor de curator opkomt is immers niet louter een financieel belang, hoewel dat belang bij een faillissement ook zwaar meeweegt, maar ook het behoud van de onderneming en (vaak) de daaraan verbonden werkgelegenheid.

Daartegenover staat dat de overdracht van het klantenbestand in het kader van een doorstart voor de betrokkenen veelal niet bezwaarlijk is, zij blijven immers voorzien van de door hen gewenste producten en diensten, voorzienbaar is en dat een klantenbestand meestal uit gegevens die naar hun aard niet gevoelig zijn bestaan. In dat kader zouden wij zelfs willen opteren dat ook de “losse verkoop” van het klantenbestand door de curator – dus niet in het kader van een doorstart – zou kunnen geschieden op grond van artikel 6, eerste lid sub f, AVG en zonder een toestemming conform artikel 7 AVG. Ook daarbij is immers sprake van een gerechtvaardigd belang zijdens de curator om een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren.

Daarbij merken wij op dat betrokkenen door de curator (en/of de doorstarter) bovendien op de hoogte worden gesteld van het feit dat sprake is van een faillissement en dat een curator de activa (waaronder klantgegevens) aan derden kan verkopen. Betrokkenen kan dan een “opt-out” worden geboden, op grond waarvan hun gegevens zullen worden verwijderd. Praktisch kan dit worden vormgegeven door dit de betrokkenen (vaak ook de schuldeisers) al aan het begin van het faillissement voor te leggen. Deze betrokkenen (klanten/ schuldeisers) worden immers in de praktijk direct geïnformeerd door de curator dat zij hun eventuele vordering kunnen indienen. Een zin toevoegen aan die “standaardbrief” zal niet onoverkomelijk zijn.

Wat van het voorgaande ook zij en of de curator nu wel of niet in bepaalde situaties gerechtigd is om op grond van artikel 6, eerste lid sub f, AVG de persoonsgegevens van klanten van de failliete vennootschap te verstrekken aan derden, de insolventiepraktijk is geholpen met duidelijkheid. Gezien de huidige voorgestelde aanpassing van de Faillissementswet, lijkt dit ons de uitgelezen mogelijkheid om die duidelijkheid te verschaffen. Ook indien die duidelijkheid zou bestaan uit het feit dat curatoren enkel na contractsovername persoonsgegevens mogen verstrekken aan derden; al zal dit laatste uit economisch oogpunt en in het kader van de werkgelegenheid – in onze optiek – niet wenselijk zijn.

6. Tot besluit

Het moge duidelijk zijn dat naar onze mening de curator in het kader van een doorstart een gerechtvaardigd belang heeft – in de zin van artikel 6, eerste lid sub f, AVG – om persoonsgegevens te verstrekken/verkopen aan derden. Wij zouden graag zien dat dit verduidelijkt wordt in de wet, althans in de uiteindelijke Memorie van Toelichting van het Wetsvoorstel. Hiermee zal de Nederlandse insolventiepraktijk gebaat zijn aangezien doorstarten, en eventueel losse verkopen, niet onnodig bemoeilijkt wordt. Resultaat zal zijn een hogere opbrengst zodat dat de “schade voortvloeiend uit faillissement” zal worden beperkt en in een voorkomend geval ook de werkgelegenheid zal worden behouden. Daarmee is ook het nut voor de Nederlandse samenleving in het algemeen gegeven.

Met vriendelijke groet,
Holla Advocaten



Dirk de Jong
Kim de Bonth