

GEGEVENSBECHERMING IN FAILLISSEMENT

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. J.H.J.M. VAN KRIEKEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VOOR PROMOTIES
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP

MAANDAG 30 JANUARI 2023
OM 16.30 UUR PRECIES

DOOR

MINKE DOUTSEN REIJNEVELD

GEBOREN OP 19 OKTOBER 1994
TE HAARLEM

WOLTERS KLUWER – 2022

WOORD VOORAF

Het gegevensbeschermingsrecht, en met name de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), werkt door in het vermogensrecht. In dit onderzoek staan enkele gevolgen voor het faillissementsrecht centraal. Door de aanwezigheid van persoonsgegevens in het faillissement kan de AVG het beheer en de vereffening van de boedel beïnvloeden.

In haar proefschrift gaat Reijneveld in op de invloed van de AVG op de faillissementsprocedure en in het bijzonder op de werkzaamheden van de curator. Zij onderzoekt wat het juridische kader is waarbinnen de faillissementscurator persoonsgegevens mag, kan en moet verwerken en hoe dat kader zich verhoudt tot de regels en beginselen van de Faillissementswet. In dat kader onderzoekt zij onder meer hoe de curator als subject van het gegevensbeschermingsrecht moet worden geduid en hoe de curator dient om te gaan met de AVG in relatie tot betrokkenen, het algemene publiek en geïnteresseerde partijen die (een deel van) de onderneming willen overnemen. Reijneveld beantwoordt in al die verhoudingen de vraag op welke wijze de curator persoonsgegevens verwerkt en in hoeverre die verwerking gerechtvaardigd wordt door de Faillissementswet en de taak van de curator. Daarnaast onderzoekt zij op welke punten de praktische toepassing van de faillissementsregels conflicteert met de beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens en welke mogelijkheden er zijn om de faillissementsprocedure meer in lijn te brengen met die beginselen.

Reijneveld draagt hiermee bij aan de ontwikkeling van zowel de rechtswetenschap als de praktijk. Het onderzoek maakt deel uit van het onderzoeksprogramma 'Financiering, Zekerheden & Insolventie' van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Bovendien is voor dit onderzoek samengewerkt met de interdisciplinaire research hub on digitalization and society (iHub). Wij nemen dit proefschrift graag in deze serie op.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber
C.J.H. Jansen
B.A. Schuijling

Nijmegen, augustus 2022

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
LIJST MET AFKORTINGEN	XIII
Hoofdstuk I Inleiding	1
1.1 Introductie	1
1.2 Onderwerp van onderzoek	4
1.3 Opzet van het onderzoek	9
1.4 Methode	14
1.5 Terminologie	16
1.5.1 Relevante actoren binnen het onderzoek	16
1.5.2 De beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens	19
DEEL I DE CURATOR ALS SUBJECT VAN HET GEGEVENSBESCHERMINGSRECHT	25
Hoofdstuk II De positie van de curator onder de AVG	27
2.1 De status van persoonsgegevens in faillissement	27
2.1.1 Vanuit het burgerlijk recht bezien	28
2.1.2 Vanuit het gegevensbeschermingsrecht bezien	31
2.2 Verwerkingsverantwoordelijkheid	32
2.2.1 Uitzondering bij de voortzetting van de onderneming?	34
2.2.2 De curator en zijn kantoor	37
2.2.3 Verhouding tussen curator en schuldenaar	38
2.2.4 Voor de curator ontoegankelijke gegevens	39
2.3 De verwerkingen die de curator verricht	40
2.3.1 Doorstart of verkoop van losse vermogensbestanddelen	40
2.3.2 Voortzetting van de onderneming	42
2.4 Onderzoek naar de rechtmatigheid van de gegevens	42
2.4.1 Onderzoek op basis van de Faillissementswet	43
2.4.2 Onderzoek op basis van de AVG	44
2.5 Conclusie	46
	VII

Hoofdstuk III Een verwerkingsgrondslag voor de curator	49
3.1 Inleiding	49
3.2 De taak van algemeen belang in de AVG	51
3.2.1 Een curator met een taak van algemeen belang?	51
3.2.2 Alternatieve grondslag: de wettelijke verplichting	54
3.3 Vereisten voor de taak van algemeen belang	56
3.3.1 Voorzienbaarheid	56
3.3.2 Noodzakelijkheid	57
3.4 De verwerking van ‘normale’ persoonsgegevens: artikel 68a lid 2 Fw	59
3.4.1 Analyse	60
3.4.1.1 De niet-limitatieve opsomming van artikel 68a lid 2 Fw	61
3.4.1.2 Noodzakelijke verwerkingen	62
3.4.1.3 Handvatten in het conceptvoorstel	63
3.4.2 Ruimte voor verbetering	66
3.5 De verwerking van speciale persoonsgegevens: artikel 68a lid 3 Fw	69
3.5.1 Speciale persoonsgegevens in faillissement	70
3.5.2 Artikel 68a lid 3 Fw	72
3.5.3 Analyse	73
3.5.3.1 Uitzondering op het verbod	73
3.5.3.2 Passende waarborgen	76
3.6 Conclusie: hoe nu verder?	77
 DEEL II DE OPENBAARMAKING VAN INFORMATIE DOOR DE CURATOR	 81
 Hoofdstuk IV Persoonsgegevens in het openbare faillissementsverslag	 83
4.1 Inleiding	83
4.2 Het doel van het faillissementsverslag	85
4.3 Persoonsgegevens in het faillissementsverslag	88
4.4 Rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens	91
4.4.1 Grondslag voor het schrijven en publiceren van het faillissementsverslag	92
4.4.2 Ook op internet publiceren?	94
4.5 Overige beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens	98
4.5.1 Behoorlijkheid en transparantie	99

4.5.2	Dataminimalisatie, opslagbeperking en doelbinding	101
4.5.3	Verantwoording afleggen	101
4.6	Gevolgen voor het faillissementsverslag	102
4.6.1	De inhoud van het faillissementsverslag	102
4.6.2	Beschermen van persoonsgegevens: anonimiseren of pseudonimiseren	109
4.6.3	Toegankelijkheid van het faillissementsverslag	112
4.7	Bijzondere persoonsgegevens: medisch en strafrechtelijk	114
4.7.1	Gegevens over gezondheid	115
4.7.2	Strafrechtelijke gegevens	116
4.8	Conclusie	119
Hoofdstuk V Informatie voor betrokkenen		123
5.1	Inleiding	123
5.2	De rechten van de betrokkene	125
5.2.1	De rechten kort besproken	126
5.3	Reikwijdte van de rechten in faillissement	130
5.4	In het verlengde van rechten voor de betrokkene: verplichtingen voor de curator	132
5.4.1	Informatieverstrekking aan de betrokkene	133
5.4.2	Faciliteren van de uitoefening van rechten	134
5.4.3	Reageren op verzoeken	135
5.5	Mogelijkheden om verzoeken doelmatig te behandelen	137
5.5.1	Contractuele taakverdeling	138
5.5.2	Beperkingen van verzoeken	139
5.5.3	Individuele gevallen beperken	141
5.6	Een wettelijke beperking	147
5.6.1	Voorwaarden voor een beperking	147
5.6.2	Beperking van de rechten tijdens faillissement	150
5.6.3	Redelijke vergoeding	153
5.6.4	Verlenging termijn	155
5.7	Synthese	156
Hoofdstuk VI Persoonsgegevens in een biedingsprocedure		159
6.1	Inleiding	159
6.2	De biedingsprocedure	160
6.3	Een grondslag voor verwerking	162
6.3.1	Grondslag voor het verstrekken van speciale persoonsgegevens	164

6.4	Alleen de noodzakelijke persoonsgegevens	166
6.4.1	Normale persoonsgegevens in de biedingsprocedure	167
6.4.1.1	Persoonsgegevens van werknemers	168
6.4.1.2	Persoonsgegevens van debiteuren, crediteuren, klanten en bestuurders	170
6.4.2	Bijzondere persoonsgegevens	171
6.5	Het informeren van betrokkenen	172
6.6	Verificatie en bijwerking van de verstrekte gegevens door de curator	174
6.7	Plicht tot het nemen van passende maatregelen om persoonsgegevens te beschermen	175
6.8	Conclusie	178
DEEL III HANDHAVING		181
Hoofdstuk VII Handhaving van de AVG in faillissement		183
7.1	Inleiding	183
7.2	Handhaving van de AVG	184
7.2.1	Publiekrechtelijke handhaving	185
7.2.2	Schadevergoeding op basis van de AVG	188
7.3	Status van handhavingsvorderingen in faillissement	191
7.3.1	Rang van publiekrechtelijke handhavingsvorderingen in faillissement	191
7.3.2	Schadevergoeding op basis van artikel 82 AVG	197
7.4	Toepassing op de AVG: verschillende scenario's	200
7.5	Synthese	206
Hoofdstuk VIII Conclusie		209
8.1	Gegevensverwerkingen door de curator	209
8.2	Rechtvaardiging voor verwerkingen	213
8.2.1	Grondslag voor verwerking	213
8.2.2	Overige beginselen	217
8.3	Spanning tussen de faillissementsprocedure en de AVG	219
8.3.1	Flexibiliteit en de beginselen uit de AVG	220
8.3.2	Transparantie en dataminimalisatie	222
8.3.3	Snelheid en zorgvuldigheid	223
8.3.4	Kosten en opbrengsten	224

8.4	Mogelijkheden voor synchronisatie	225
8.5	Besluit	228
Summary		231
Curriculum Vitae		239
Publicatielijst		241
Jurisprudentie		245
Literatuur		251

HOOFDSTUK I

INLEIDING

1.1 Introductie

In mei 2018 is de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) in werking getreden.¹ De AVG bevat regels betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van persoonsgegevens.² De AVG heeft een enorm toepassingsbereik: het gegevensbeschermingsrecht raakt alle geledingen van de maatschappij. De invloed van de AVG stopt niet bij overheden en organisaties die op grote schaal persoonsgegevens verwerken, maar reikt ook tot andere ondernemingen, van het midden- en kleinbedrijf tot grote beursgenoteerde vennootschappen.

Nagenoeg iedere onderneming verwerkt op de een of andere manier persoonsgegevens: bijvoorbeeld door een klantenbestand bij te houden met namen, email-adressen en telefoonnummers;³ door *tracking cookies* te plaatsen bij bezoekers van de website; of door de salarissen en verlofdagen van medewerkers te registreren. Wanneer een onderneming failliet gaat, kunnen die persoonsgegevens een rol spelen in het faillissement. Het is vooral de curator⁴ die geconfronteerd wordt met de impact van de AVG op de afwikkeling van het faillissement. Hierbij wordt vaak direct gedacht aan de economische waarde die persoonsgegevens vertegenwoordigen, bijvoorbeeld in de vorm van een klantenbestand dat de curator te gelde kan maken.⁵ Maar de curator krijgt op meer manieren te maken met persoons-

1 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).

2 Art. 1 lid 1 AVG.

3 Vgl. Wedoff & Saunders 2020, p. 1: “Companies have collected consumer data as long as there have been companies”.

4 Ik verwijs in mijn artikelen consequent naar de curator als ‘hij’ omdat het woord-geslacht mannelijk is. Overal waar ‘hij’ staat, mag de lezer ook ‘zij’ lezen.

5 Martens 2018; Reijneveld 2020a; Kuijpers & Muntz 2019. Wat betreft de economische waarde die persoonsgegevens vertegenwoordigen, wordt vaak gesteld dat persoonsgegevens de nieuwe olie zijn, vergelijk de Keynote Speech van European Consumer Commissioner Meglena Kuneva: ‘Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world’, 2009, via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156.

gegevens.⁶ Tijdens het faillissement maakt hij op vele verschillende wijzen gebruik van persoonsgegevens.⁷ Om enkele voorbeelden te noemen: hij verkrijgt de administratie van de failliet, hij doorzoekt e-mails van de bestuurders van de failliet en hij rapporteert aan de rechter-commissaris over de oorzaken van het faillissement en het handelen van de bestuurders.

Al deze handelingen gaan gepaard met verwerkingen van persoonsgegevens. Persoonsgegevens zijn “alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon”.⁸ Alle bewerkingen van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, openen, bewaren, beveiligen, wissen of afschermen ervan, zijn verwerkingen in de zin van de AVG.⁹ De AVG is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.¹⁰ Ook het enkele opslaan, bewaren of zelfs verwijderen van een persoonsgegeven is een verwerking. Kortom, (vrijwel) elke handeling die te maken heeft met een persoonsgegeven, kwalificeert in de praktijk als een verwerking.

De AVG heeft een breed territoriaal toepassingsgebied. Artikel 3 AVG verklaart de AVG van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens door iedereen die is gevestigd in de Europese Unie¹¹ of zich richt op personen die zich bevinden in de Europese Unie.¹² Dat betekent dat de AVG ook van toepassing is op verwerkingen door een partij die niet in de Europese Unie is gevestigd, wanneer die goederen of diensten aanbiedt aan betrokkenen in de EU of gedrag dat plaatsvindt binnen de EU monitort.¹³ Ten slotte is de AVG ook van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens door een verwerkingsverantwoordelijke die niet in de Unie is gevestigd, maar op een plaats waar krachtens het internationaal publiekrecht het lidstatelijke recht van toepassing is.¹⁴

Als een onderneming in Nederland of een andere lidstaat van de EU gevestigd is, is de AVG van toepassing op de verwerkingen die die onderneming uitvoert, omdat sprake is van “de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van een vestiging van een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker in de Unie”.¹⁵ Dat betekent dat

6 Verstijlen 2018, p. 321.

7 Weiß & Reisener 2019, rn. 1.

8 Art. 4 sub 1 AVG.

9 Art. 4 lid 2 AVG.

10 Art. 2 lid 1 AVG. Zie voor de uitzonderingen art. 2 lid 2 AVG.

11 Art. 3 lid 1 AVG.

12 Art. 3 lid 2 AVG; EDPB 3/2018, p. 4.

13 Art. 3 lid 2 AVG.

14 Art. 3 lid 3 AVG.

15 Art. 3 lid 1 AVG.

die onderneming bij iedere verwerking van persoonsgegevens gebonden is aan de AVG. Wanneer een (vestiging van) een onderneming in Nederland of een andere lidstaat van de EU failliet gaat, is de AVG ook van toepassing op verwerkingen die tijdens dat faillissement worden verricht. De norm dat persoonsgegevens in lijn met de AVG moeten worden verwerkt, richt zich niet alleen tot de failliet maar ook tot de curator. Dat betekent dat de curator ook normadressaat van de AVG is en de regels uit de AVG in acht moet nemen. Daarmee is de AVG ook van toepassing op de curator die als taak heeft het faillissement van zo'n onderneming af te wikkelen. De AVG kent geen bijzondere regels of uitzonderingen voor gegevensbescherming tijdens faillissementsprocedures.¹⁶ Het is echter onduidelijk wat het precies betekent voor de curator dat hij de AVG moet naleven. Op dit terrein is eerder nog geen uitgebreid onderzoek verricht.

De toepasselijkheid van de AVG leidt er in ieder geval niet toe dat de curator tijdens faillissement geen persoonsgegevens mag verwerken. Het recht op gegevensbescherming is weliswaar een fundamenteel recht,¹⁷ maar het is geen absoluut recht.¹⁸ Het recht op gegevensbescherming moet in relatie tot de functie van gegevensbescherming in de maatschappij worden beschouwd.¹⁹ Zoals in de AVG is opgenomen: "De verwerking van persoonsgegevens moet ten dienste van de mens staan".²⁰ Tegelijkertijd stelt de AVG wel voorwaarden aan de verwerking van persoonsgegevens. Verwerkingen van persoonsgegevens zijn enkel rechtmatig wanneer zij in lijn zijn met de AVG.²¹ De kern van de AVG wordt gevormd door artikel 5: de beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens. Deze beginselen moeten bij iedere verwerking van persoonsgegevens nageleefd worden.²²

De AVG is dus van toepassing op de curator tijdens de faillissementsprocedure en moet worden nageleefd door de curator. Over de gevolgen hiervan is veel onduidelijk. Wat zijn de praktische implicaties van de AVG voor de curator? Kan een faillissement nog wel efficiënt worden afgewikkeld als de AVG van toepassing is?

16 Weiß & Reisener 2019, rn. 95.

17 Art. 8 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

18 Zie art. 8 lid 2 Handvest; overweging 40 AVG.

19 HvJ EU 9 november 2010, ECLI:EU:C:2010:662 (*Volker und Markus Schecke en Harmut Eifert*), §48.

20 Overweging 4 AVG.

21 Vgl. HvJ EU 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain*), §71.

22 Hoofnagle, Van der Sloot & Zuiderveen Borgesius 2019, p. 77. In §1.5.2 geef ik een overzicht van de beginselen.

1.2 Onderwerp van onderzoek

De AVG is een uitwerking van artikel 8 van het Europees Handvest en artikel 16 lid 1 VWEU.²³ De AVG staat als wetgeving niet op zichzelf, maar is onderdeel van een lijn van wetgeving op het gebied van gegevensbescherming en privacy.²⁴ Door de voortgaande digitalisering is de wetgeving op dit terrein steeds verder uitgebreid. Nieuwe technologische ontwikkelingen bieden veel kansen, maar brengen ook nieuwe risico's met zich. Een van de risico's is dat door het toenemende gebruik van persoonsgegevens de bescherming van die gegevens van individuen vaker in het gedrang komt.²⁵ Inmiddels is die bescherming een belangrijk thema geworden, ook binnen het privaatrecht.²⁶

Een van de rechtsgebieden waarbinnen gegevensbescherming aan de orde is, is het insolventierecht. De schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard.²⁷ Het faillissement is een collectieve verhaalprocedure. Op het moment dat een onderneming failliet wordt verklaard, wordt een curator benoemd. De curator heeft als taak het faillissement als onafhankelijke partij af te wikkelen, door de boedel te beheren en te vereffenen. De curator bewerkstelligt dat het vermogen van de gefailleerde te gelde wordt gemaakt en de opbrengst wordt verdeeld onder de gezamenlijke schuldeisers.²⁸ Over het algemeen is er tijdens het faillissement onvoldoende opbrengst om iedereen te kunnen uitkeren.²⁹ Tijdens faillissement bestaat er een hoge mate van transparantie: faillissementsvorderingen worden in beginsel op een verificatievergadering vastgesteld en een curator schrijft openbare verslagen over de afwikkeling van het faillissement.

De AVG is een van de juridische kaders die het handelen van de curator tijdens faillissement raakt. De toepassing van de AVG in faillissement roept de nodige vragen op over hoe persoonsgegevens tijdens faillissement behandeld moeten worden.³⁰ De curator kan in de praktijk tegen

23 Overweging 1 AVG.

24 Politou e.a. 2022.

25 Ministerie van Justitie en Veiligheid, Brief over 'Bescherming van de horizontale privacy', kenmerk 2600162, p. 1.

26 Jansen 2020, p. 637.

27 Art. 1 lid 1 Fw.

28 Veder & Van Hees 2019, §9.2.

29 Van Hees 2017, p. 185 e.v.

30 Vgl. Bentfort & Van de Wiel 2020, p. 272.

de nodige problemen aanlopen als hij zijn werkzaamheden AVG-conform wil inrichten.³¹

Allereerst is de AVG als zodanig al wetgeving waarover nog de nodige vragen bestaan.³² Over de precieze betekenis en omvang van veel concepten en open normen uit de AVG bestaat discussie en het uitkristalliseren in wetenschap en rechtspraak is nog volop in gang.³³

Daarnaast is de toepassing van de AVG tijdens faillissement nog niet duidelijk uitgewerkt. De Faillissementswet en de AVG sluiten op onderdelen niet goed op elkaar aan. Dat is niet verwonderlijk. De Nederlandse Faillissementswet stamt grotendeels uit 1893.³⁴ Hoewel deze sindsdien verschillende keren is gewijzigd,³⁵ stond er aan het begin van mijn onderzoek in 2018 vrijwel niets in de Faillissementswet over het belang van privacy en gegevensbescherming in faillissement. Ook over de relevantie van de AVG voor de faillissementspraktijk was weinig bekend.³⁶ De Faillissementswet en de AVG verschillen veel van elkaar en de doelen die de respectievelijke wetten nastreven lopen uiteen. De AVG beschermt de personen op wie die persoonsgegevens betrekking hebben (in de terminologie van de AVG heten deze personen ‘de betrokkenen’) tegen de onrechtmatige verwerking van hun persoonsgegevens. De Faillissementswet daarentegen beoogt op een efficiënte manier het actief van de schuldenaar te gelde te maken om het te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Door deze verschillen tussen beide wettelijke systemen, is het niet eenvoudig om het gegevensbeschermingsrecht en de faillissementspraktijk in elkaar te laten passen. De curator heeft echter in zijn faillissementspraktijk met beide wetten te maken. Soms wringt dit.

Er kan met recht worden gesteld dat de confrontatie tussen de AVG en het faillissement op het eerste oog op onderdelen een botsing oplevert. Het is evident dat de taken van de curator en de belangen van de gezamen-

31 Vgl. Reijneveld 2020b.

32 Hauck 2019, p. 725.

33 Om een voorbeeld te geven: de AVG maakt onderscheid tussen de verwerker en de verwerkingsverantwoordelijke. Wanneer precies sprake is van de verhouding verwerker-verwerkingsverantwoordelijke, en wanneer van de verhouding verwerkingsverantwoordelijke-verwerkingsverantwoordelijke, leidt tot de nodige jurisprudentie. Zo heeft het HvJ EU in enkele arresten uitleg gegeven over het concept ‘gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijke’: HvJ EU 5 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:388 (*Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*); HvJ EU 10 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:551 (*Jehovan todistajat*); HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:629 (*Fashion ID*). In faillissement heeft bijvoorbeeld de discussie gespeeld wat de verhouding is tussen de curator en de bestuurders van de failliet (zie hoofdstuk II).

34 Wet van 30 september 1893 op het faillissement en de surséance van betaling.

35 Zie een overzicht van de wijzigingen van de Faillissementswet via Kortmann, Faber & Schuijling 2020.

36 Vgl. Brinkmann 2019, art. 41 12-15.

lijke schuldeisers bij een zo hoog mogelijke uitkering uit het faillissement, op vele vlakken op gespannen voet (kunnen) staan met de belangen van de betrokkenen.³⁷ Daarnaast kunnen ook de transparantie en openbaarheid van informatie omtrent het faillissement die de Faillissementswet voorschrijft knellen met het kader dat de AVG geeft voor de verwerking van persoonsgegevens.

Een belangrijk uitgangspunt van het klassieke faillissementsrecht is dat de afwikkeling van het faillissement open en transparant plaatsvindt. De curator legt in beginsel die stukken waarvan de wet dat verlangt ter inzage bij de griffie van de rechtbank – en stelt die tegenwoordig daarnaast vaak digitaal beschikbaar. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de boedelbeschrijving³⁸ of het verslag na afloop van de verificatie over de stand van de boedel.³⁹ De Faillissementswet bepaalt daarnaast uitdrukkelijk dat de curator, steeds na verloop van drie maanden, een verslag uitbrengt over de toestand van de boedel.⁴⁰ Dit verslag is via het Centraal Insolventieregister (CIR) voor iedere geïnteresseerde te bekijken.⁴¹

Deze transparantie is fundamenteel voor de werkzaamheden van de curator. De INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren stellen hierover: “De curator streeft een transparante afwikkeling van het faillissement na”.⁴² De na te streven transparantie en openheid door de curator vindt zijn begrenzing in ‘belemmeringen rechtens’. Uit de toelichting in de Praktijkregels volgt dat onder belemmeringen rechtens ook privacybelangen en aanwijzingen en beslissingen van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) worden verstaan.⁴³ De AVG wordt hier dus gezien als een begrenzing van de transparantie die de curator dient na te streven.

De AVG stelt inderdaad voorwaarden aan de transparantie die de curator nastreeft. Twee belangrijke beginselen uit de AVG zijn dat persoonsgegevens alleen mogen worden verwerkt indien daarvoor een grondslag bestaat, en dat altijd alleen de noodzakelijke persoonsgegevens moeten worden verwerkt.⁴⁴ Het uitgangspunt van de AVG lijkt daarmee diametraal tegengesteld aan dat van de Faillissementswet: informatie die

37 Toetsingscommissie INSOLAD 2021, *TvI* 2022/12 m.nt. M.D. Reijneveld, p. 47.

38 Art. 96 Fw.

39 Art. 137 Fw.

40 Art. 73a Fw.

41 Zie hierover nader hoofdstuk 5.

42 Art. 8.1 INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren 2019. In de Faillissementswet staan geen algemene bepalingen over transparantie, maar wel verschillende artikelen die een transparante werkwijze voorschrijven, zoals art. 73a, art. 97 en art. 137 Fw.

43 Art. 8.1 INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren 2019.

44 Art. 5 lid 1 sub a en c AVG.

persoonsgegevens bevat mag alleen worden gepubliceerd indien daarvoor een grondslag bestaat, het noodzakelijk is om de persoonsgegevens te verwerken en er geen manier is om op andere, minder ingrijpende wijze, ook te informeren. Het ja, tenzij-principe uit de Faillissementswet wordt hier gesteld tegenover een nee, tenzij-principe uit de AVG.

De AVG is daarnaast geen civielrechtelijk instrument maar een verordening die van toepassing is op vrijwel elk gebruik van persoonsgegevens, om het even door wie.⁴⁵ De AVG differentieert niet tussen de publieke en de private sector.⁴⁶ Dit betekent dat op de curator in beginsel dezelfde regels van toepassing zijn als op bestuursorganen, stichtingen of de overheid wanneer die persoonsgegevens verwerken.

De verschillen in perspectief tussen de AVG en de Faillissementswet, kunnen voor de curator onduidelijkheden opleveren: wanneer hij persoonsgegevens verwerkt, is hij gebonden aan de AVG en moet hij de regels uit de AVG naleven. Deze naleving brengt echter op punten de doelstellingen van het faillissement in het gedrang, met name voor zover dat gaat om openbaarheid en transparantie. De vraag is dan ook wanneer de curator de AVG moet toepassen in faillissement, en zo ja, hoe.

Op het eerste deel van die vraag is relatief eenvoudig antwoord te geven. De AVG moet, zoals ik in §1.1 al uiteenzette, worden toegepast in faillissement. De AVG is van toepassing op iedere verwerking van persoonsgegevens. Daarbij is niet relevant of de onderneming al dan niet in staat van faillissement verkeert.

Bovendien is de AVG een verordening. De Uniewetgever koos hiervoor om fragmentatie binnen de EU op het gebied van gegevensbescherming te verminderen.⁴⁷ Verordeningen zijn verbindend in al hun onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in de lidstaat.⁴⁸ Zij kunnen dan ook rechtstreekse werking binnen alle lidstaten van de Europese Unie hebben.⁴⁹ Dit beginsel van rechtstreekse werking is door het Europees Hof van Justitie van de EG geïntroduceerd in het *Van Gend en Loos*-arrest.⁵⁰

45 Er zijn beperkte uitzonderingen op het toepassingsbereik van de AVG. De AVG is niet van toepassing op activiteiten die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen, op activiteiten die binnen de werkingssfeer van titel V, hoofdstuk II VEU vallen, en op van zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteiten door natuurlijke personen. Zie art. 2 lid 2 AVG.

46 Vgl. Thijssen 2009, p. 5.

47 Overweging 2 AVG; Zwenne & Mommers 2016, p. 183.

48 Art. 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

49 HvJ EG 14 december 1971, ECLI:EU:C:1971:122 (*Politi s.a.s./Ministerie van Financiën van de Italiaanse Republiek*). Zie ook: Craig & De Búrca 2015, p. 107, 198-200.

50 HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*). Het Hof stelde als voorwaarden dat een bepaling duidelijk en onvoorwaardelijk moest zijn. Zie uitbreider: Weiler 2014.

De AVG heeft rechtstreekse werking binnen de Europese Unie. Wel laat de Uniewetgever op specifieke punten ruimte aan de lidstaten om nadere invulling te geven. In Nederland gebeurt dit vooral in de Uitvoeringswet AVG (UAVG).⁵¹ In de UAVG is het systeem uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), de voorganger van de AVG, gekopieerd en grotendeels ongewijzigd gelaten. De AVG laat daarnaast ruimte voor sectorale aanvullingen, bijvoorbeeld in de vorm van een gedragscode waarin een groep verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers algemene normen opstelt voor hoe die groep omgaat met persoonsgegevens.⁵² Een gedragscode is een concrete uitwerking van de AVG voor een bepaalde groep. De nationale toezichthouder – in Nederland de AP – moet zo’n gedragscode vervolgens goedkeuren.⁵³

In de AVG is weinig inhoudelijks geregeld over gedragscodes. Artikel 40 lid 2 AVG geeft aan dat verenigingen en andere organen die categorieën van verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers vertegenwoordigen, gedragscodes kunnen opstellen die bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op de behoorlijke en transparante verwerking, de gerechtvaardigde belangen, de verzameling van gegevens, de uitoefening van de rechten van betrokkenen en de aan het publiek verstrekte informatie. De invulling van een gedragscode wordt verder grotendeels opengelaten.⁵⁴ Voor curatoren bestaan er veel voordelen om een gedragscode op te stellen. Zo’n gedragscode schept duidelijkheid, creëert rechtszekerheid, helpt bij het aantonen van de naleving van de AVG en kan bovendien leiden tot een praktische en kosteneffectieve omgang met de AVG. Tegelijkertijd kan het lang duren om een gedragscode op te stellen en is deze vrij statisch zodra hij is goedgekeurd door de AP.⁵⁵

Het feit dat de AVG een verordening is, heeft een belangrijke consequentie voor dit onderzoek. Wanneer de Faillissementswet of andere nationale wetgeving strijdig is met de AVG, gaat de AVG boven die nationale

51 Wet van 16 mei 2018, houdende regels ter uitvoering van 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) (*PbEU* 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming).

52 Art. 40 AVG.

53 Art. 40 AVG; EDPB 1/2019. In het Europese *Register for Codes of Conduct, amendments and extensions* zijn tot nu toe vier gedragscodes opgenomen, waarvan één Nederlandse (de Data Pro Code). De AP heeft in mei 2022 ook de Gedragscode Slim Netbeheer van Netbeheer Nederland goedgekeurd onder opschortende voorwaarde.

54 Zie voor invulling EDPB 1/2019.

55 Zie uitgebreider Reijneveld 2022a.

wet.⁵⁶ Als de Faillissementswet in strijd is met de AVG, moet de Faillissementswet op dat punt buiten beschouwing worden gelaten.

Dit betekent dat – in beginsel – de oudere, nationaalrechtelijke Faillissementswet moet voldoen aan een nieuwere Europese gegevensbeschermingswet. Over de gevolgen hiervan voor de curator was begin 2018 nog weinig bekend. Hoe moet hij het faillissement afwickelen op zo’n manier dat dat gebeurt in lijn met de AVG? En kan de faillissementspraktijk zoals die was voor de AVG in werking trad in stand blijven, of moet de curator zijn werkzaamheden wezenlijk aanpassen?

In dit proefschrift wil ik de gevolgen van de AVG voor de werkzaamheden van de faillissementscurator in kaart brengen. Daarbij staat de volgende vraagstelling centraal:

Wat is het juridisch kader waarbinnen de curator in het faillissement van een schuldenaar die een onderneming drijft persoonsgegevens mag, kan en moet verwerken en hoe verhoudt dit kader zich tot de regels en beginselen van de Faillissementswet?

Om deze hoofdvraag te beantwoorden, heb ik een aantal deelvragen geformuleerd. Deze zijn:

- I. *Op welke wijze worden tijdens faillissement persoonsgegevens verwerkt door de curator?*
- II. *In hoeverre vormen de Faillissementswet en de taak van de curator een rechtvaardiging voor deze verwerkingen?*
- III. *Op welke punten conflicteert de huidige praktische toepassing van de faillissementsregels met de beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens?*
- IV. *Welke mogelijkheden zijn er om de faillissementsprocedure beter in lijn te brengen met de beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens?*

1.3 Opzet van het onderzoek

In mijn boek ga ik in op de grootste botsing die er is tussen het faillissementsrecht en het gegevensbeschermingsrecht, namelijk toegang tot informatie of juist de beperking van die toegang waar nodig. Deze open-

56 Het Hof van Justitie bepaalde dit in het arrest *Costa/E.N.E.L.*, waarin de suprematie van het recht van de EG over nationale wetgeving van lidstaten aan de orde kwam, zie: HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

baarheid van informatie komt het meest tot uiting in de informatieverstrekking door de curator. Immers, als antwoord op deelvraag I kan in het algemeen worden gezegd dat de curator in ieder geval persoonsgegevens verwerkt tijdens faillissement wanneer hij die persoonsgegevens deelt met andere partijen.

De curator beschikt over een grote hoeveelheid informatie, onder meer doordat hij alle bescheiden en gegevensdragers van de failliet onder zich neemt⁵⁷ en de failliet verplicht is de curator van informatie te voorzien.⁵⁸ Het faillissementsrecht geeft de curator een vergaand recht op informatie tijdens faillissement.⁵⁹ Begrijpelijkerwijs zijn er vele partijen die willen dat de curator deze informatie met hen deelt. Hierbij kan worden gedacht aan crediteuren, debiteuren, eventuele bestuurders van de failliete onderneming en – in het geval van persoonsgegevens – de betrokkenen.⁶⁰ De informatieverstrekingen die in mijn onderzoek centraal staan zijn de volgende:

- I. *Informatieverstrekking aan het publiek*
- II. *Informatieverstrekking aan betrokkenen*
- III. *Informatieverstrekking aan potentiële overnamekandidaten en doorstarters*

Over deze informatieverstrekking heb ik zes artikelen geschreven die tussen 2019 en 2022 zijn gepubliceerd in verschillende juridisch-wetenschappelijke tijdschriften.⁶¹ Ik richt mij in die artikelen op een aantal casusposities zonder uitpuittend te willen zijn. Die artikelen vormen de basis van dit boek. Toen ik begon was er nauwelijks literatuur over het onderwerp ‘AVG in faillissement’ beschikbaar.⁶² Ik heb gekozen voor een proefschrift dat bestaat uit artikelen om een discussie over deze materie aan te zwengelen, flexibel te zijn in de keuze voor relevante onderwerpen en in te kunnen spelen op ontwikkelingen in de literatuur of wetgeving gedurende het traject.

Om een algemeen kader van de AVG te schetsen, bespreek ik in dit inleidende hoofdstuk enkele belangrijke concepten uit de AVG. Het territoriale en materiële toepassingsbereik en de concepten ‘verwerking’ en ‘persoonsgegeven’ zijn hiervoor al aan bod gekomen. Omdat in mijn latere

57 Art. 92 Fw.

58 Art. 105 Fw.

59 Dit is overigens geen onbeperkt recht op informatie, zie bijv. Rb. Oost-Brabant 10 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4091.

60 Art. 4 sub 1 AVG.

61 Zie steeds de eerste voetnoot van het betreffende hoofdstuk voor meer informatie over de publicatie.

62 Vrijwel de enige uitzondering hierop betrof Martens 2018.