

Ingediend via www.internetconsultatie.nl
Ministerie van Justitie en Veiligheid

Den Haag, 13 juli 2020

dossiernummer: [REDACTED]

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: [REDACTED]

e-mail: [REDACTED]

Betreft: wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming

Geachte minister,

Op 20 mei 2020 is de internetconsultatie 'Verzamelwet gegevensbescherming' gepubliceerd. De Nederlandse orde van advocaten (NOvA) heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren. Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Verder merkt de NOvA ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens het volgende op. Waar aanvankelijk de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens door een advocaat in den brede werd gevonden in artikel 6 lid 1 sub f AVG ("gerechtvaardigd belang", voorheen artikel 8 lid 1 sub f Wbp) en de rechtvaardiging voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens in wat thans in artikel 9 lid 2 sub f AVG staat (voorheen: artikel 23 lid 1 sub c Wbp): "de verwerking is noodzakelijk voor de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering" blijkt uit een recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2020:3430) dat de uitzondering ziet op de verwerking van persoonsgegevens "in rechte". Gelet op deze uitspraak lijkt sprake te zijn van een lacune voor de verwerking van bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens door advocaten in de preprocesuele fase.

Voorts is opgevallen dat aan artikel 41, eerste lid, onderdeel j, van de Uitvoeringswet AVG (hierna: "UAVG") een vierde lid wordt toegevoegd, waarin is neergelegd dat wanneer een verwerkingsverantwoordelijke gebruik maakt van de bevoegdheid om de artikel 41, eerste lid, van de UAVG genoemde verplichtingen en rechten te beperken, de verwerkingsverantwoordelijke een afschrift aan de Autoriteit Persoonsgegevens moet sturen van de schriftelijk mededeling met bijbehorende onderbouwing aan de betrokkene. Deze afschriften moeten daarnaast periodiek aan de Minister ter beschikking worden gesteld. Het is juist deze laatste verplichting die leidt tot een onwenselijke administratieve lastenverzwaring voor de advocaat en bovendien kan leiden tot een schending van het beroepsgeheim. De advocaat zal immers in veel gevallen een beroep kunnen (of moeten) doen op artikel 41, eerste lid, onderdeel j,

Bezoekadres

Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

van de UAVG, als dat noodzakelijk is in het kader van de inning van civielrechtelijke vorderingen of, als het gaat om een zaak van andere aard ter bescherming van de belangen van de cliënt.

De algemene raad hecht eraan dat hier in het kader van de Advocatenwet op in wordt gegaan en is voorts graag bereid dit in een gesprek nader toe te lichten.

Met de meeste hoogachting,



algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

ADVIES

Van: adviescommissie insolventierecht
 Datum: 13 juli 2020
 Betreft: **wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming**

Inleiding

Het wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming (**wetsvoorstel**) beoogt – verkort weergegeven – de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (**UAVG**) en enkele andere wetten te wijzigen in verband met het streamlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht. Een tweetal onderdelen van het wetsvoorstel heeft betrekking op het insolventierecht, te weten:

- Artikel I sub M wetsvoorstel betreft de wijziging van artikel 30 lid 3 UAVG; en
- Artikel III wetsvoorstel betreft de toevoeging van een nieuw artikel 68a aan de Faillissementswet (**Fw**).

Het navolgende advies van de adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse orde van advocaten (**adviescommissie**)¹ beperkt zich tot deze twee onderdelen van het wetsvoorstel en ziet uitsluitend op de faillissementsrechtelijke aspecten hiervan.

Artikel 30 UAVG lid 3 (artikel I sub M wetsvoorstel)

Algemeen

Artikel I sub M wetsvoorstel voorziet in de wijziging/aanvulling van het bestaande artikel 30 lid 3 UAVG inzake – kort gezegd – het verwerken van medische gegevens.

Medische gegevens zijn bijzondere persoonsgegevens in de zin van de Algemene Verordening gegevensbescherming (**AVG**) en mogen krachtens artikel 9 lid 1 AVG niet verwerkt worden. Artikel 9 lid 2 sub h AVG biedt aan lidstaten echter ruimte van dit verbod af te wijken. Met artikel 30 lid 3 UAVG maakt de Nederlandse wetgever gebruik van die ruimte.

Artikel 30 UAVG hangt nauw samen met artikel 7:454 BW. Artikel 7:454 BW bepaalt dat hulpverleners (ook rechtspersonen) verplicht zijn een medisch dossier in te richten, bij te houden en te bewaren. De bewaarplicht geldt voor 20 jaar vanaf de laatste wijziging in het dossier. Deze verplichting is blijkens de MvT niet gebonden aan de status van hulpverlener. Dit betekent – aldus pagina 17 van de MvT – dat de verplichting op de hulpverlener blijft rusten, ook als deze failliet gaat.

Uitsluitend indien (i) de hiervoor genoemde taak niet gewaarborgd kan worden en (ii) aan specifieke voorwaarden is voldaan, kunnen de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (**VWS**) of de Minister voor Medische Zorg (**MZ**) een faciliterende rol spelen bij het bewaren en beheren van de dossiers. De zorg wordt dan belegd bij een derde partij (aldus pagina 18 MvT).

¹ De adviescommissie bestaat uit Frauke van der Beek, Marike Boersen, Karen Harmsen, Bert Jansen, Olaf Poorthuis, Robbert Jan van der Weijden en Thijs van Zanten.

Indien de hiervoor genoemde situatie zich voordoet, dan draagt een ander dan de oorspronkelijke hulpverlener de medische gegevens over, aldus pagina 19 MvT.

De hiervoor genoemde regeling werd in de praktijk al toegepast. Volgens de MvT bestonden er echter 'onduidelijkheden' over de vraag of de regeling voldeed aan de AVG. Om die reden wordt de regeling nu expliciet opgenomen in artikel 30 lid 3 sub a UAVG.

Artikel 30 lid 3 sub c UAVG bepaalt vervolgens dat de regeling pas in werking treedt indien de betrokkene geen toestemming heeft gegeven voor het verwerken van de persoonsgegevens, omdat het vragen van toestemming onmogelijk was of onevenredig veel inspanning vergde. Het vragen van toestemming blijft dus de hoofdregel (aldus pagina 19 MvT).

Wordt gebruik gemaakt van de regeling, dan valt de nieuwe hulpverlener of hulpverlenende instantie die zorg gaat dragen voor het bewaren en beheren van de medische dossiers ook onder de uitzondering zoals bedoeld in artikel 30 lid 3 sub a UAVG (zie het voorgestelde artikel 30 lid 3 sub a UAVG). Het betreft hier geen nieuwe regeling, maar een verduidelijking van een reeds bestaande regeling (aldus pagina 19 MvT).

De adviescommissie is positief over het feit dat de hiervoor omschreven regeling – die sterkt geënt lijkt te zijn op de casus van het Slotervaart faillissement - nu expliciet wordt opgenomen in de UAVG. De regeling biedt curatoren in bepaalde faillissementen de nodige handvatten bij het bewaren, beheren en overdragen van medische dossiers. Desalniettemin signaleert de adviescommissie wel de navolgende knelpunten.

Op wie rust de verplichting tot bewaren en beheren: op de hulpverlener of op de curator?

Op pagina 17 van de MvT staat dat de verplichting tot het bewaren en beheren van medische dossiers tijdens faillissement op de hulpverlener blijft rusten. Voor het overige lijkt de MvT ervan uit te gaan dat deze taak tijdens faillissement niet op de hulpverlener, maar op de curator rust. Op pagina 20 van de MvT wordt in dit kader expliciet verwezen naar een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin staat dat het "*in ieder geval tot de taak van curatoren behoort om in eerste instantie medische dossiers te bewaren en zo nodig een ordelijke overdracht van deze dossiers aan een opvolgende hulpverlener te realiseren*".² Deze twee standpunten zijn niet met elkaar verenigbaar. Het verdient dan ook aanbeveling te verduidelijken op wie de verplichting tot het

² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, r.o. 4.14: De Faillissementswet geeft aan de curator een aantal taken en bevoegdheden, waaronder in de eerste plaats het beheer en de vereffening van een failliete boedel (artikel 68 Fw). Bij de vervulling van zijn taak van door de rechtbank benoemde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel onder toezicht van een rechter-commissaris in het kader van een van waarborgen voorziene wettelijke regeling, behoort hij met alle gerechtvaardigde belangen rekening te houden (HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419). Daartoe behoren niet alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook belangen van maatschappelijk aard (HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643). R.o. 4.14: Door het faillissement van de stichting Diafaan zijn de wettelijke verplichtingen ten aanzien van de medische dossiers niet geëindigd. Dat geldt ook voor de bewaarplicht voor deze dossiers. Niet is gebleken dat de stichting Diafaan deze dossiers heeft overgedragen aan een andere hulpverlener. Ook is niet gebleken dat naast de stichting Diafaan andere hulpverleners, zoals artsen die werkzaam zijn geweest bij stichting Diafaan de beschikking hebben over deze dossiers. *Het behoort in dat geval tot de taak van de curator deze medische dossiers te bewaren en zo nodig en mogelijk een ordelijke overdracht van deze dossiers aan een opvolgend hulpverlener te realiseren*. Het is in dat geval ook aan de curator om, zolang als hij beschikt over de medische dossiers, de verplichting inzage in en afgifte van medische bescheiden te verstrekken aan de patiënt na te leven (artikel 7:456 BW). Daarmee is een maatschappelijk belang gediend dat ook in een faillissement het verstrekken van de noodzakelijke inzage in en afschrift van medische bescheiden en dossiers is gewaarborgd.

bewaren en beheren van medische gegevens tijdens faillissement rust: op de (failliete) hulpverlener of op de curator.

Last resort/(on)mogelijkheid curator om te voldoen aan bewaar- en beheersplicht

De regeling van artikel 30 lid 3 sub a UAVG is bedoeld als *last resort*: de regeling geldt uitsluitend indien het bewaren en beheren van medische dossiers tijdens faillissement niet gewaarborgd kan worden *en* aan specifieke voorwaarden is voldaan. Slechts dan kunnen de Ministers van VWS en MZ een faciliterende rol spelen bij het bewaren en beheren van de dossiers (aldus pagina 18 MvT).

De regeling lijkt geschreven voor omvangrijke (ziekenhuis)faillissementen, waarin geen doorstart plaatsvindt. Voor dit soort gevallen biedt de regeling een welkome aanvulling/verduidelijking van de UAVG. De adviescommissie merkt wel op dat in dergelijke faillissementen in de regel wel een oplossing wordt gevonden, al is het maar vanwege de grote geldelijke en maatschappelijke belangen. De regeling lijkt echter minder geschikt voor kleinere faillissementen, faillissementen met een lege boedel en/of faillissementen waarin de administratie niet op orde is. En juist in dit soort faillissementen ligt het risico op de loer dat medische dossiers in het ongereede raken.³ Wellicht kan een faillissementsexceptie hier uitkomst bieden. De adviescommissie gaat hier nader op in onder het kopje '*kosten last resort regeling*'.

Wat moet worden verstaan onder "specifieke voorwaarden"

De regeling van artikel 30 lid 3 sub a UAVG geldt slechts indien aan "specifieke voorwaarden" is voldaan. Uit de UAVG noch uit de MvT wordt duidelijk wat die voorwaarden zijn. Uit de MvT blijkt slechts dat de regeling enkel betrekking heeft op "zeer uitzonderlijke situaties" (pagina 21 MvT). Het verdient aanbeveling de MvT op dit punt te verduidelijken. Wellicht kan in de MvT ook worden opgenomen bij welke persoon of instantie curatoren zich kunnen melden indien zij een beroep willen doen op de regeling. Bij een faillissement van een ziekenhuis zal de Minister van VWS of MZ zichzelf wellicht bij de curator melden, maar in kleinere faillissementen is dit niet aannemelijk.

Voorafgaande toestemming in de faillissementspraktijk

De regeling van artikel 30 UAVG lid 3 sub a UAVG treedt pas in werking indien de betrokkene geen toestemming heeft gegeven voor het verwerken van de persoonsgegevens, omdat het vragen van toestemming onmogelijk was of onevenredig veel inspanning vergde (aldus het voorgestelde artikel 30 lid 3 sub c UAVG). Oftewel: het uitgangspunt is dat de curator toestemming moet vragen aan de patiënt of zijn vertegenwoordiger. Ook in zoverre is de regeling een *last resort*.

Dat blijft in de praktijk uitermate lastig, zeker indien de curator een doorstart wil realiseren. In dat geval zal vaak de tijd ontbreken om aan alle betrokkenen toestemming te vragen. Bovendien brengt het vragen van toestemming de nodige kosten met zich, hetgeen onherroepelijk een probleem zal opleveren bij faillissementen waarin weinig tot geen boedelactief aanwezig is. Dit wringt met het uitgangspunt van de MvT, waarin de doorstart wordt gezien als uitgelezen mogelijkheid om een ander dan de failliete hulpverlener de dossiers te laten bewaren en beheren.

³ Zo heeft een van de leden van de adviescommissie al geruime tijd een server van een failliete tandartspraktijk in zijn archief staan, omdat daarop de tandheelkundige dossiers van de gehele praktijk zijn opgeslagen.

De adviescommissie geeft in overweging in de MvT expliciet op te nemen dat het vragen van toestemming in een situatie waarin een doorstart wordt gerealiseerd als 'onmogelijk' of als 'onevenredig' kan worden aangemerkt. Daarbij zou de eis kunnen worden gesteld dat de hulpverlener/doorstarter alle betreffende personen (achteraf) benadert en hen de mogelijkheid biedt om achteraf kenbaar te maken die toestemming niet te geven; waarna het dossier dan wel wordt terug overgedragen dan wel wordt vernietigd.

Kosten last resort regeling

Indien de Ministers van VWS of MZ een faciliterende rol spelen bij het borgen van het bewaren en beheren van de dossiers, dan zal – aldus pagina 21 MvT – altijd gekeken worden of de kosten in eerste instantie op de boedel van de failliete hulpverlener kunnen worden verhaald. De facto komen de kosten van hiermee ten laste van de gezamenlijke schuldeisers. De adviescommissie vraagt zich af wat hiervan de rechtvaardiging is: waarom zouden de gezamenlijke schuldeisers – uiteindelijk niets meer of minder dan een willekeurige groep belanghebbenden bij een faillissement – de kosten moeten dragen voor het bewaren en beheren van medische dossiers? Dit geldt eens te meer nu de kosten aanzienlijk kunnen zijn. In het faillissement van het Slotervaart ziekenhuis ging het naar de adviescommissie heeft begrepen om een bedrag van enkele miljoenen euro's. Het valt niet te rechtvaardigen dat dergelijke kosten op de gezamenlijke schuldeisers worden afgewenteld.⁴

Overigens zal in veel gevallen de boedel ontoereikend zijn om de kosten van het bewaren en beheren van dossiers te voldoen. De MvT besteedt geen aandacht aan dit scenario. De adviescommissie geeft in overweging te onderzoeken of in voorkomende gevallen de kosten voor het bewaren en beheren van dossiers door VWS of MZ kunnen worden vergoed.

Een alternatief is om een faillissementsexceptie op te nemen in de UAVG. Die exceptie zou algemeen kunnen zijn, maar zou bijvoorbeeld ook kunnen inhouden dat in situaties waarin geen sprake is van voortzetting van een onderneming en de curator verder geen gebruik maakt van de desbetreffende persoonsgegevens de curator niet hoeft te voldoen aan de bepalingen van de AVG/UAVG. Verstijlen heeft een dergelijke exceptie al eens bepleit in TvI. Hij stelt dat "*Aldus wordt voorkomen dat de curator 'op kosten van de schuldeisers' de belangen van de desbetreffende betrokkenen dient te behartigen, terwijl hun belangen in geval van een rechttoe rechtaan liquidatie maar beperkt in het geding zijn of – als het gaat om gegevensoverdracht – niet wezenlijk verschillen van die van een faillissementsschuldeiser.*"⁵

Grondslag en taak van de curator

Voor de werking van bijzondere persoonsgegevens is niet alleen een uitzondering op artikel 9 lid 1 AVG nodig, maar ook een grondslag in de zin van artikel 6 AVG. Volgens de MvT kan de grondslag voor het *bewaren* van medische gegevens in de zin van artikel 6 lid 1 sub c AVG in geval van faillissement worden gevonden in de bewaarplicht van artikel 7:454 BW. Voor het *overdragen* van medische gegevens, is volgens de MvT een grondslag in de zin van artikel 6 lid 1 sub e AVG te vinden in het hiervoor genoemde een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (zie pagina 20 MvT).

⁴ Dit knelpunt wordt ook gesignaleerd door M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25.

⁵ Zie F.M.J. Verstijlen, 'De curator en de AVG', *TvI* 2018/50

Hoewel het praktisch is dat de curator een grondslag heeft op basis waarvan hij medische gegevens kan overdragen, valt op de argumentatie nog wel een en ander af te dingen. Ten eerste betreft het hier een Hof-arrest, dat op enig moment nog kan worden overruled door de Hoge Raad. Ten tweede geldt dat het arrest betrekking had op de specifieke omstandigheden van het geval. Het Hof overweegt in r.o. 4.14:

"Door het faillissement van de stichting Diafaan zijn de wettelijke verplichtingen ten aanzien van de medische dossiers niet geëindigd. Dat geldt ook voor de bewaarplicht voor deze dossiers. Niet is gebleken dat de stichting Diafaan deze dossiers heeft overgedragen aan een andere hulpverlener. Ook is niet gebleken dat naast de stichting Diafaan andere hulpverleners, zoals artsen die werkzaam zijn geweest bij stichting Diafaan de beschikking hebben over deze dossiers. Het behoort in dat geval tot de taak van de curator deze medische dossiers te bewaren en zo nodig en mogelijk een ordelijke overdracht van deze dossiers aan een opvolgend hulpverlener te realiseren. Het is in dat geval ook aan de curator om, zolang als hij beschikt over de medische dossiers, de verplichting inzage in en afgifte van medische bescheiden te verstrekken aan de patiënt na te leven (artikel 7:456 BW)."

Het Hof heeft uitdrukkelijk niet geoordeeld dat het in alle gevallen tot de taak van de curator behoort om medische dossiers te bewaren en over te dragen. Het is ook de vraag of een dergelijk oordeel bij de Hoge Raad stand zou houden. De curator behartigt immers primair het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Wel dient hij bij de uitoefening van zijn taak ook rekening te houden met maatschappelijke belangen.⁶ Daaronder zou het belang van het overdragen van medische dossiers kunnen vallen, maar een vanzelfsprekendheid is dit allerminst. Dit geldt eens te meer nu met deze taak aanzienlijke kosten gemoeid kunnen zijn, bijvoorbeeld indien personeel ingehuurd moet worden om de informatie te ontsluiten. Wellicht dat hier in de MvT aandacht aan kan worden besteed om discussie op dit punt in de praktijk te voorkomen.

Doorbreking medisch beroepsgeheim

De adviescommissie begrijpt uit pagina 20 van de MvT dat het medisch beroepsgeheim aan de gegevensverwerking in de weg kan staan. Er wordt op dit moment volgens de MvT verkend of er een doorbrekingsgrond voor het medisch beroepsgeheim moet worden gecreëerd voor het geval toestemming van de patiënt niet op de gebruikelijke manier verkregen kan worden. De adviescommissie adviseert om een dergelijke doorbrekingsgrond inderdaad te creëren, omdat er anders een situatie kan ontstaan waarbij patiënten simpelweg hun gegevens niet kunnen krijgen/inzien.⁷

⁶ Zie HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643

⁷ In een praktijkvoorbeeld van een aantal jaren geleden stonden alle medische dossiers van patiënten van een tandheelkundige praktijk mogelijk op een server. Patiënten vroegen hun dossier op. De curator had strikt genomen geen boedelbelang om de server te raadplegen voor de betreffende gegevens. De curator zag wel het belang van de patiënten in en wilde medewerking verlenen, maar was niet gerechtigd om deze medische dossiers in te zien. Per patiënt zou wellicht nog toestemming gevraagd kunnen worden, maar vervolgens was onduidelijk of en op welke wijze de dossiers voorhanden waren. De curator kon derhalve ook niet vermoeden dat hij andere dossiers zou inzien. Bovendien was vooraf – bij gebrek aan inloggegevens – ook onbekend hoeveel tijd en geld gemoeid zou zijn met het creëren van inzage. Toestemming van alle patiënten was niet mogelijk geweest. Indien de curator in ieder geval zou zijn toegestaan om met doorberekening van het medisch beroepsgeheim de dossiers te (laten) inzien, dan hadden de betreffende patiënten mogelijk wel hun dossier kunnen ontvangen.

Artikel 68a Fw (artikel III wetsvoorstel)

Algemeen

Artikel III van het wetsvoorstel voorziet in de invoering van een nieuw artikel 68a Fw. De voorgestelde invoering van artikel 68a Fw verduidelijkt dat de curator bij de uitoefening van zijn wettelijke taken persoonsgegevens als bedoeld in de AVG en de UAVG rechtmatig kan verwerken. Aan deze verduidelijking bestaat in de praktijk behoefte, aldus pagina 32 MvT. De adviescommissie onderschrijft dit en is dan ook positief over de voorgestelde invoering van artikel 68a Fw. Wel heeft de adviescommissie nog enkele op- en aanmerkingen. Deze zijn deels tekstueel van aard en deels inhoudelijk.

Tekstuele opmerkingen

- Op pagina 3 MvT ontbreekt een verwijzing naar artikel III van het wetsvoorstel.
- Halverwege pagina 32 ontbreekt het woord “de” in de zin “(...) mede omdat wijze waarop (...)”.

Inhoudelijke opmerkingen

Op pagina 32 MvT staat dat de curator gedurende het faillissement verwerkingsverantwoordelijke is. Op hem rusten – aldus nog altijd de MvT – zodoende onder andere de plichten om te zorgen voor passende beveiliging van de persoonsgegevens en deze persoonsgegevens in voorkomende gevallen te bewaren. Deze verplichtingen volgen uit de AVG en worden niet gewijzigd. De Autoriteit Persoonsgegevens (**AP**) houdt toezicht op de naleving van deze verplichtingen.

De adviescommissie heeft hiervoor al geconstateerd dat het voor de curator in de praktijk niet altijd mogelijk is om aan de verplichtingen uit hoofde van de AVG en de UAVG te voldoen, bijvoorbeeld indien sprake is van een lege boedel of een ondeugdelijke administratie. Het niet-nakomen van de verplichtingen zou onder omstandigheden zelfs kunnen leiden tot een ontslag van de curator op grond van artikel 73 Fw. De adviescommissie beveelt aan in de MvT aandacht te besteden aan dit punt. Zoals de adviescommissie hiervoor al heeft betoogd, kan de invoering van een faillissementsexceptie uitkomst bieden indien de curator niet in staat is de verplichtingen uit hoofde van de AVG/UAVG na te komen (zie hierboven onder “kosten last resort regeling”).

De adviescommissie vraagt verder aandacht voor de kosten die gemoeid zijn met de naleving van de AVG/UAVG: moeten die kosten ten laste van de gezamenlijke schuldeisers komen en zo ja: wat is daarvoor de rechtvaardiging? De MvT besteedt ten onrechte geen aandacht aan deze problematiek.

Tot slot geldt dat de AP handhavend kan optreden, onder meer door een dwangsom of boete op te leggen. Begrijpt de adviescommissie het goed, dan legt de AP een dergelijke boete op aan de curator (en niet aan de failliete hulpverlener). De adviescommissie vindt het onwenselijk dat aan een curator een boete wordt opgelegd in het geval hij feitelijk geen mogelijkheden heeft de AVG/UAVG na te leven. Hiervoor zou een exceptie moeten worden opgenomen. Als er al een boete wordt opgelegd dan vraagt de adviescommissie zich af aan wie een dergelijke boete wordt opgelegd: aan de curator in hoedanigheid (boedel) of de curator persoonlijk? In het eerste geval komen de kosten ten laste van de gezamenlijke schuldeisers en in het tweede geval ten laste van de curator in persoon. De adviescommissie meent dat een boete (als die al zou worden opgelegd) ten laste van de boedel zou moeten komen indien het gaat om een situatie die de curator heeft

aangetroffen en niet kan herstellen, en slechts ten laste van de curator in persoon als de curator actief onrechtmatig heeft gehandeld.

Artikel 68a lid 1 Fw

Geen opmerkingen.

Artikel 68a lid 2 Fw

Artikel 68a lid 2 Fw geeft een lijst van feitelijke handelingen en rechtshandelingen die in ieder geval onder de taak van beheer en vereffening van de faillissementsboedel worden verstaan. Het betreft volgens de MvT een illustratieve en geen uitputtende lijst. Daarbij is gekozen om de specifieke taken van de curator te noemen. "*Meer algemene rechten en bevoegdheden, zoals het starten van een rechtsgeding, zijn daarom niet in deze lijst opgenomen*", aldus pagina 32 MvT.

De adviescommissie begrijpt deze toelichting zo dat de curator ook bij de uitoefening van zijn *algemene* rechten en bevoegdheden persoonsgegevens kan verwerken. De adviescommissie beveelt aan dit expliciet te maken door na voornoemde cursieve tekst toe te voegen: "*Ook in die gevallen kan de curator echter gegevens verwerken voor zover dit noodzakelijk is voor het beheer en de vereffening van de boedel*".

Artikel 68a lid 2 sub a Fw

Geen opmerkingen.

Artikel 68a lid 2 sub b Fw

Pagina 33 MvT bepaalt dat de duur waarop een faillissementsverslag openbaar kan zijn beperkt is: deze periode moet redelijk zijn. Daaronder wordt – aldus de MvT – in ieder geval begrepen de periode waarin het faillissement loopt. Daarmee is volgens de MvT voldoende duidelijk dat de wet een grondslag biedt voor publicatie van een verslag dat voldoende inzicht geeft over de aard, omvang en afwikkeling van het faillissement.

De adviescommissie leest de MvT zo dat er geen sprake mag zijn van een onredelijk lange periode dat de gegevens openbaar zijn. Op dat punt spelen er twee kwesties. Ten eerste kan een faillissementsverslag na publicatie worden vermenigvuldigd. Dit gebeurt ook geregeld. Zo zijn er diverse landelijke partijen die faillissementsverslagen downloaden en publiceren. Het ligt buiten de macht van een curator om daar iets aan te doen. Ten tweede vindt publicatie plaats via het CIR. Via het CIR zijn bepaalde gegevens ook na datum faillissement nog openbaar/toegankelijk. De adviescommissie adviseert hieraan aandacht te besteden in de MvT.

Artikel 68a lid 2 sub c Fw

Geen opmerkingen.

Artikel 68a lid 2 sub d Fw

Geen opmerkingen.

Artikel 68a lid 2 sub e Fw

Artikel 68a lid 2 sub e Fw omvat de voortzetting van het bedrijf en verduidelijkt dat ook de overdracht van het bedrijf aan derden hieronder is begrepen. Bij deze overdracht kunnen bijvoorbeeld klantenbestanden worden overgedragen, aldus pagina 34 MvT. De adviescommissie begrijpt uit het gebruik van het woordje 'bijvoorbeeld' dat de curator ook andere gegevens, zoals het personeelsbestand mag overdragen.

Artikel 68a lid 2 sub f Fw

Geen opmerkingen

Artikel 68a lid 2 sub g Fw

Artikel 68a lid 2 sub g Fw ziet op de vervreemding van goederen aan derden ex artikel 101 Fw. Op pagina 34 van de MvT staat dat de curator in dit geval klanten kan benaderen om te vragen toestemming te verlenen hun gegevens aan de derde partij te verstrekken. Deze toestemming moet voldoen aan de eisen van de AVG. Zo moet de toestemming vrijelijk en uitdrukkelijk worden gegeven en moet de toestemming ook kunnen worden ingetrokken (vgl. artikel 7 van de AVG).

In de praktijk vormt deze regel een belemmering voor een doorstart. Het is onder de tijdsdruk die veelal bij een doorstart speelt vrijwel ondoenlijk om vooraf deze toestemming te vragen. Het heeft wat betreft de adviescommissie de voorkeur om wel de doorstart met overdracht te kunnen doen, maar met de restrictie dat aan de betreffende partijen melding wordt gemaakt van de doorstart en met de mededeling dat (achteraf) bezwaar kan worden gemaakt, althans (achteraf) geen toestemming wordt gegeven voor de gerealiseerde overdracht.

Artikel 68a lid 2 sub h Fw

Geen opmerkingen.

Artikel 68a lid 2 sub i Fw

Artikel 68a sub i ziet – kort gezegd - op het opstellen en openbaar maken van de lijsten van vorderingen als bedoeld in artikel 110 en 112 Fw. De adviescommissie meent uit de MvT op te kunnen maken dat de curator op deze lijsten ook de namen van schuldeisers mag noemen, maar het staat er niet met zoveel woorden. De adviescommissie beveelt aan dit punt te verduidelijken.

Artikel 68a lid 2 sub j t/m l Fw

Geen opmerkingen.

Artikel 68a lid 3 Fw

Geen opmerkingen.

WHOA

De adviescommissie wijst erop dat – naar alle waarschijnlijkheid – op korte termijn de WHOA zal worden ingevoerd. Ook in dat kader zullen persoonsgegevens worden verwerkt. De adviescommissie beveelt aan het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.