

Intercompanyverhoudingen onder de AVG: een weg naar bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement?

62

Trefwoorden:

Intercompanyverhoudingen, onderlinge regeling, verwerkersovereenkomst, kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

Als het gaat over de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) wordt deze meestentijds besproken in de verhouding tussen afzonderlijke organisaties.¹ Dit geldt zowel ten aanzien van de verplichtingen die de AVG met zich brengt als ten aanzien van de financiële risico's van schending van de AVG. Waar het echter minder vaak over gaat is de AVG in de verhouding tussen verschillende entiteiten van één concern, oftewel intercompanyverhoudingen.² Dit ondanks het feit dat de AVG ook van toepassing is op intercompanyverhoudingen, waardoor de verplichtingen en financiële risico's die de AVG met zich brengt ook in deze verhoudingen een rol spelen. Indien deze financiële risico's zich verwezenlijken kunnen deze zomaar het faillissement van een onderneming inluiden. Een aangestelde curator zal vervolgens een onderzoek starten naar de oorzaak van het faillissement en de rol van de bestuurder hierin. In dit artikel zal ik dan ook onderzoeken in hoeverre schending van de AVG in intercompanyverband een weg kan vormen naar bestuurdersaansprakelijkheid in geval van een faillissement.

1 Inleiding

Op grond van de AVG kwalificeren rechtspersonen, wanneer zij persoonsgegevens verwerken, als verwerkingsverantwoordelijke, verwerker of gezamenlijke

verwerkingsverantwoordelijken.³ Deze hoedanigheden en de bijbehorende verplichtingen worden in juridische literatuur en andere bronnen, zoals informatie van de Autoriteit Persoonsgegevens en het Ministerie van Justitie en Veiligheid, meestentijds uitgelegd in verhouding tussen afzonderlijke organisaties.⁴ Dit terwijl deze hoedanigheden ook in intercompanyverband gelden.⁵ Het belang van deze hoedanigheden moet niet onderschat worden. Deze bepalen immers wie de compliancelast van de verschillende verplichtingen uit de AVG draagt, jegens wie betrokkenen hun rechten kunnen uitoefenen en of er tussen partijen bepaalde contractuele afspraken gemaakt moeten worden.⁶ Worden de verplichtingen uit de AVG niet nageleefd, dan kan dat leiden tot boetes én (massa)schadeclaims van betrokkenen.⁷ Door de beperkte aandacht voor de AVG in intercompanyverband is het niet onaannemelijk dat binnen tal van concerns niet wordt voldaan aan de AVG, met alle financiële risico's van dien. Indien deze financiële risico's zich verwezenlijken, kunnen deze zomaar het faillissement van een onderneming inluiden.⁸ Een aangestelde curator zal vervolgens een onderzoek starten naar de oorzaak van het faillissement.⁹ Hierdoor dient de vraag zich aan of de AVG een rol kan spelen op het terrein van bestuurdersaansprakelijkheid in een faillissement. Iedere bestuurder van een vennootschap is immers hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort, indien deze zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld én aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.¹⁰

De vraag die in dit artikel centraal staat is dan ook: in hoeverre kan schending van de AVG in intercompanyverband een weg vormen naar bestuurdersaansprakelijkheid in geval van een faillissement?

* Jeannot Coomans is advocaat bij VDT Advocaten te Tilburg.

1 M.M.A. Vervoorn-van Wiligen, 'Het spanningsveld tussen de M&A-praktijk en de AVG', *TvOB* 2021, afl. 5; M.H.P. Claassen, 'Het delen van persoonsgegevens in de hypotheekketen', *FR* 2021, afl. 4; M.A.A. Oostveen, "'Verantwoordelijk' voor de verwerking: over de criteria en consequenties van gezamenlijke verantwoordelijkheid onder de AVG', *Computerrecht* 2021, afl. 2.

2 C.M.K.C. Cuijpers, P. van der Putt & J. Terstegge (red.), *Privacy Concerns, Het delen van persoonsgegevens bij fusies, overnames en binnen concerns*, NVvIR preadvies, Den Haag: Elsevier juridisch 2003.

3 Art. 4 lid 1 onder 7 AVG; art. 4 lid 1 onder 8 AVG; art. 26 AVG; Artikel 29 Werkgroep, *Opinion 01/2010 on the concepts of 'controller' and 'processor'*; EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2 september 2020.

4 M.A.A. Oostveen, 'Verantwoordelijk' voor de verwerking: over de criteria en consequenties van gezamenlijke verantwoordelijkheid onder de AVG', *Computerrecht* 2021, afl. 2; E.F. Vaal & V.L. Laan, 'Back to basics: Verwerkingsverantwoordelijke of verwerker onder de AVG?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2015, afl. 5; 'Voorbeeldlijst: verwerker of verwerkingsverantwoordelijke?', *autoriteitpersoonsgegevens.nl*, 18 september 2019; W. Schermer, D. Hagenauw & N. Falot, 'Handleiding Algemene Verordening Gegevensbescherming en Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming', Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2018.

5 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 58-59; EDPB 2020, rn. 17.

6 EDPB 2020, rn. 2.

7 Art. 57 lid 1 onder a AVG; art. 83 AVG; art. 82 lid 1 AVG; art. 3:305a BW.

8 'VoetbalTV hoeft boete niet te betalen, maar is al failliet', *parool.nl* 23 november 2020.

9 Art. 68 lid 2 onder a Fw; L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?', *TvI* 2018/42, afl. 6, p. 265.

10 Art. 2:248 BW.

Bij het beantwoorden van deze vraag beperk ik mij tot een aantal aspecten. Ten eerste de kwalificatie van intercompanyverhoudingen onder de AVG en de rol van de moeder vennootschap hierin. Ten tweede de verplichting om in deze verhoudingen bepaalde contractuele afspraken te maken, waarbij tevens wordt bezien of deze verplichtingen een mogelijkheid bieden om aansprakelijkheid en boetes, als gevolg van schending van de AVG, te alloceren binnen een concern. Tot slot wordt bezien in hoeverre schending van deze verplichtingen en de inhoud hiervan een rol spelen bij de beoordeling van de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van een faillissement.

2 Kwalificatie van een intercompanyverhouding onder de AVG

Voordat we aan kwalificeren toekomen, is het van belang om kort stil te staan bij de bovengenoemde hoedanigheden en de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om als dusdanig te kwalificeren.

Ten eerste de verwerkingsverantwoordelijke.¹¹ Dit is de rechtspersoon die bepaalt voor welk doel en met welke middelen persoonsgegevens worden verwerkt. Anders gezegd: de verwerkingsverantwoordelijke beslist over het hoe en waarom van de verwerking.¹² Hierbij is van belang dat de rechtspersoon over beide elementen moet beslissen en dus niet kan volstaan met alleen het bepalen van het doel van de verwerking.¹³

Ten tweede de verwerker.¹⁴ Dit is een rechtspersoon die ten behoeve en in opdracht van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt. Het is niet altijd direct duidelijk of een rechtspersoon kwalificeert als verwerker, aangezien niet iedere partij die persoonsgegevens van een verwerkingsverantwoordelijke ontvangt per definitie een verwerker is. De aard van de dienst bepaalt of de verwerkingsactiviteit neerkomt op het verwerken van persoonsgegevens ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke. Twee aanknopingspunten hierbij zijn of het oogmerk van de opdracht het verwerken van persoonsgegevens is én of het verwerken van persoonsgegevens een sleutelrol vervult in de dienstverlening.¹⁵

Ten derde de gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken.¹⁶ Hiervan is sprake wanneer twee of meer verwerkingsverantwoordelijken gezamenlijk de doeleinden en middelen van een verwerking bepalen. Van belang om hierbij op te merken is dat niet in iedere situatie waarbij meerdere rechtspersonen bij een verwerking zijn betrokken sprake is van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken.¹⁷ Het gezamenlijk bepalen van de doeleinden en middelen van een verwerking kan aan de orde zijn indien partijen gezamenlijke of convergerende beslissingen nemen.¹⁸ Meer concreet is sprake van gezamenlijk bepaalde doeleinden indien de entiteiten de persoonsgegevens voor hetzelfde of een soortgelijk doel verwerken en van gezamenlijk bepaalde middelen indien twee of meer verwerkingsverantwoordelijken invloed hebben uitgeoefend over (het bepalen van) de middelen.¹⁹ Dergelijke beslissingen zullen snel leiden tot gezamenlijke verantwoordelijkheid, aangezien voor het aannemen hiervan (in intercompanyverband) niet veel nodig is.²⁰

Om te beoordelen welke contractuele verplichtingen op grond van de AVG bestaan tussen de verschillende entiteiten van een concern moet aldus geduid worden welke van de bovenstaande hoedanigheden deze entiteiten jegens elkaar innemen. De bedoeling van de verschillende hoedanigheden is om de verantwoordelijkheden voor de gegevensverwerking te verdelen conform de feitelijke rol van de betrokken partijen.²¹ Deze beoordeling geschiedt derhalve op basis van alle feiten en omstandigheden van het geval en niet enkel op basis van formele juridische standpunten en schriftelijke verklaringen of overeenkomsten tussen partijen.²² Hierbij moet mijns inziens tevens expliciet aandacht worden besteed aan de feitelijke rol van de moeder vennootschap en de daarmee gepaard gaande onderlinge (machts)verhouding tussen de entiteiten binnen één concern. Ondanks dat de feitelijke rol van een moeder vennootschap niet altijd gelijk is, kan deze immers wel van grote invloed zijn. Bijvoorbeeld doordat het voor de bestuurder van een dochter vennootschap problematisch kan zijn om zich te onttrekken aan de richtlijnen en instructies van een moeder vennootschap.²³

3 De proef op de som

Om het bovenstaande concreet te maken ga ik aan de hand van twee hypothetische concerns in op de kwalifi-

11 Art. 4 onder 7 AVG.

12 EDPB 2020, rn. 33.

13 EDPB 2020, rn. 34.

14 Art. 4 onder 8 AVG.

15 EDPB 2020, rn. 80.

16 Art. 26 AVG.

17 EDPB 2020, rn. 50.

18 EDPB 2020, rn. 51 en 53.

19 EDPB 2020, rn. 57 en 61.

20 M.A.A. Oostveen, "Verantwoordelijk" voor de verwerking: over de criteria en consequenties van gezamenlijke verantwoordelijkheid onder de AVG', *Computerrecht* 2021, afl. 2, p. 5-7; J. Terstegge & K. Versmissen, *Grip op de AVG*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2.4.3.

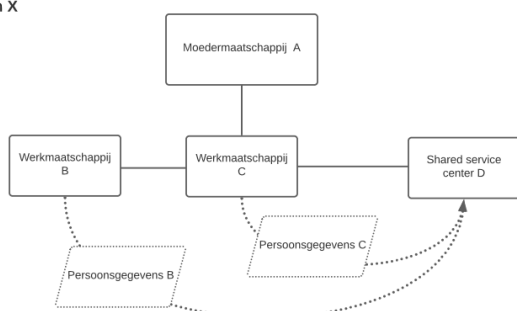
21 Artikel 29 Werkgroep 2010, p. 9; EDPB 2020, rn. 12.

22 EDPB 2020, rn. 12, 20, 23-24 en 49.

23 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-III 2019/122; A.F. Verdam, 'Het bestuur van de dochter in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2019/77, afl. 8.

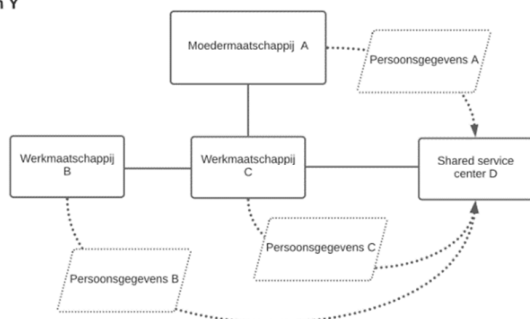
catie van een intercompanyverhouding onder de AVG. In de praktijk zijn tal van structuren te bedenken waarbij, binnen één concern, een entiteit persoonsgegevens verwerkt voor andere entiteiten. Het onderstaande is derhalve louter bedoeld als voorbeeld en allesbehalve uitputtend.

Concern X



Concern Y bestaat uit moedermaatschappij A B.V., werkmaatschappijen B B.V. en C B.V. en *shared service center* D B.V. A treedt op als operationele holding die de centrale leiding over haar dochters uitoefent en D verricht, naast haar rol van *shared service center*, ook salarisadministratiediensten voor derden. Zowel A, B, C als D hebben ieder een eigen bestuurder en de bestuurders van A, B, C en D besluiten in samenspraak om de salarisadministratie van zowel de moedermaatschappij als de werkmaatschappijen onder te brengen bij D.

Concern Y



Ten aanzien van concern X kan mijns inziens worden gesteld dat B en C ieder voor zich kwalificeren als een verwerkingsverantwoordelijke en D als verwerker. B en C bepalen immers ieder voor zich het doel en de middelen van de verwerking, doordat de bestuurders zelfstandig besluiten dat ze het betalen van salarissen willen bereiken door het inschakelen van D. Verder is D een aparte entiteit ten opzichte van B en C, is het verwerken van persoonsgegevens de kernactiviteit van D én het oogmerk van de opdracht die zij heeft gekregen. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat D naast verwerker ook als verwerkingsverantwoordelijke kwalificeert voor de verwerkingen waarvan zij wel zelf het doel en de middelen heeft bepaald.

Dit scenario zal mijns inziens het meest voorkomen in geval van een concern, waarbij de moedermaatschappij niet heeft gekozen voor het vervullen van een rol als operationele holding. De dochterentiteiten hebben dan meer vrijheid om hun eigen interne operatie in te richten en volgen niet enkel instructies van de moedermaatschappij op.

Ten aanzien van concern Y kan mijns inziens worden gesteld dat A, B, C en D kwalificeren als gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken. Immers hebben A, B, C en D met een gemeenschappelijke intentie gezamenlijk de doeleinden en middelen van de verwerking bepaald. Het doel van de verschillende entiteiten is het betalen van salarissen en dat wordt gerealiseerd door de inzet van D. Met andere woorden kwalificeren ze als gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken door het nemen van een gezamenlijke beslissing.

Een dergelijke scenario zal mijns inziens het meeste voorkomen in het geval van een concern waarbij de moedermaatschappij bewust heeft gekozen voor een rol als operationele holding, maar de dochtermaatschappijen evenwel nog steeds betreft bij de besluitvorming binnen het concern. Denk aan een familiebedrijf dat bestaat uit een operationele holding, waar de oudgedienden het concernbeleid bepalen, en een aantal dochtervenootschappen waar de kinderen als bestuurder belast zijn met het reilen en zeilen van de betreffende dochtervenootschap. In een dergelijk geval is het goed voorstelbaar dat tussen de verschillende entiteiten overleg plaatsvindt over de te nemen beslissingen. Hetgeen al snel zal leiden tot het gezamenlijk bepalen van het doel en de middelen van een verwerking en daarmee tot gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken.

Al met al kunnen twee nagenoeg identieke situaties verschillende antwoorden op de kwalificatievraag opleveren. Dit maakt het voor bestuurders van groot belang dat zij een goed beeld hebben van de feitelijke omstandigheden en (machts)verhoudingen binnen het concern en nadenken over de wijze van besluitvorming bij het nemen van beslissingen omtrent het verwerken van persoonsgegevens.

4 Contractuele verplichtingen en allocatiemogelijkheden

Als is vastgesteld welke hoedanigheid de verschillende entiteiten jegens elkaar innemen kan bezien worden welke contractuele verplichtingen de AVG met zich brengt voor de betreffende entiteiten.

Zo moet in geval van een verwerkingsverantwoordelijke-verwerkerrelatie een verwerkersovereenkomst overeengekomen worden, waarbij in de AVG uitvoerig is bepaald wat in een verwerkersovereenkomst opgenomen moet worden.²⁴

²⁴ Overweging 81 AVG; art. 28 lid 3 AVG.

In geval van gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijken moeten in een onderlinge regeling op transparante wijze de verantwoordelijkheden ten aanzien van het nakomen van de AVG worden vastgelegd, met name met betrekking tot de uitoefening van de rechten van betrokkenen en een aantal transparantieplichtingen. Ook wordt aangeraden om een aantal aanvullende elementen uit de AVG af te stemmen in deze regeling. Anders dan de verwerkersovereenkomst is de onderlinge regeling niet aan een bepaalde vorm gebonden, hetgeen ruimte laat om deze in intercompanyverband bijvoorbeeld in de vorm van een statutaire regeling op te stellen.²⁵

Uit deze wettelijke regelingen en aanvullende adviezen blijkt echter niet of het is toegestaan om afspraken te maken over de verdeling van aansprakelijkheid en boetes. Hiervoor moet het boete- en aansprakelijkheidsregime van de AVG dan ook nader worden bezien.

Kort en goed houdt het boeteregime in dat de (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijke(n) en verwerker beboet kunnen worden voor schending van de AVG.²⁶ Het aansprakelijkheidsregime houdt in dat betrokkenen die schade hebben geleden als gevolg van een inbreuk op de AVG recht hebben om een schadevergoeding te vorderen bij de verwerkingsverantwoordelijke(n) of verwerker. De betrokken partijen zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk en kunnen zich slechts van aansprakelijkheid kwijten door te bewijzen dat zij op geen enkele wijze verantwoordelijk zijn voor het schadeveroorzakende feit. Mocht een van de partijen een schadevergoeding hebben uitgekeerd dan kan zij een regresvordering instellen bij de andere betrokken partij ter hoogte van haar deel in de aansprakelijkheid voor de schade.²⁷

Beide regimes kennen aldus geen verbod om onderling afspraken te maken over de verdeling van aansprakelijkheid en boetes.²⁸ Hierdoor is het verdedigbaar dat een intercompanyverwerkersovereenkomst of onderlinge regeling gebruikt kan worden om aansprakelijkheid en boetes te alloceren binnen een concern. Van belang om op te merken is wel dat dergelijke afspraken enkel interne en geen externe werking hebben. Betrokkenen moeten hun rechten kunnen blijven uitoefenen tegen de daartoe gereede partijen, ongeacht de afspraken in een intercompanyverwerkersovereenkomst of onderlinge regeling.²⁹

Het doel van dit soort allocatieafspraken kan zijn het beschermen van de werkmaatschappijen van een con-

cern, hier wordt immer meestentijds de omzet gerealiseerd. Dit kan worden bereikt door het opnemen van een eenzijdige en onbeperkte vrijwaring van het shared service center jegens de werkmaatschappij. Hierdoor kan een boete of claim die wordt opgelegd/ingesteld tegen een van de werkmaatschappijen worden doorgelgd aan het shared service center. Feit blijft wel dat dit slechts een 'secundaire' allocatie is aangezien betrokkenen en toezichthouders niet gebonden zijn aan dergelijke afspraken. Zij bepalen in beginsel dus waar in het concern een claim of boete terecht komt. Mocht een werkmaatschappij een dergelijke boete of claim niet kunnen voorfinancieren dan kan dit, ondanks de allocatie van aansprakelijkheid, alsnog problematisch zijn voor de werkmaatschappij.

5 Een weg naar bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement?

Het bovenstaande in ogenschouw nemende brengen intercompanyverhoudingen onder de AVG aldus contractuele verplichtingen en mogelijkheden, maar ook financiële risico's met zich. Hier moet de bestuurder van een rechtspersoon zich dan ook bewust van zijn. Een bestuurder is tegenover de rechtspersoon die hij bestuurt immers gehouden tot een behoorlijke taakvervulling.³⁰ Hierbij richt de bestuurder zich naar het vennootschappelijk belang én is de bestuurder in zijn handelen gebonden aan grenzen die worden gesteld door de wet.³¹

Mocht de bestuurder zijn bestuurstaak veronachtzamen met een faillissement tot gevolg dan kan de bestuurder hiervoor persoonlijk aansprakelijk worden gesteld door de curator. Het uitgangspunt is echter dat de rechtspersoon zelf aansprakelijk is en niet de bestuurder persoonlijk. De rechtspersoon is immers een eigen houder van rechten en plichten en daardoor ook het eerste aanspreekpunt in geval van een faillissement.³² Met andere woorden: de bestuurder van een rechtspersoon kan niet zonder meer persoonlijk aansprakelijk worden gesteld door een curator. De lat hiervoor ligt erg hoog.

De bestuurder van een rechtspersoon is pas persoonlijk aansprakelijk jegens de boedel, indien hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld én aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.³³ Van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder gelijke omstandigheden tot eenzelfde beslissing zou zijn gekomen en de bestuurder had moeten voorzien dat zijn

25 Art. 26 lid 1 en 2 AVG; EDPB 2020, rn. 163.

26 Art. 83 AVG; art. 14 UAVG.

27 Art. 82 AVG; T.S.P. Hannema, 'Het recht op schadevergoeding onder de AVG', *Bedrijfsjuridische berichten* 2020, afl. 13.

28 C.A.M. van de Bunt & A. Strijbos, 'De bewerkersovereenkomst onder de AVG: een redelijke verdeling van risico's', *NJB* 2018/357, afl. 7, p. 482.

29 Art. 82 lid 5 AVG; C.A.M. van de Bunt & A. Strijbos, 'De bewerkersovereenkomst onder de AVG: een redelijke verdeling van risico's', *NJB* 2018/357, afl. 7, p. 482.

30 Art. 2:9 lid 1 BW.

31 Art. 2:239 lid 5 BW; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/122.

32 W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 113.

33 Art. 2:248 BW.

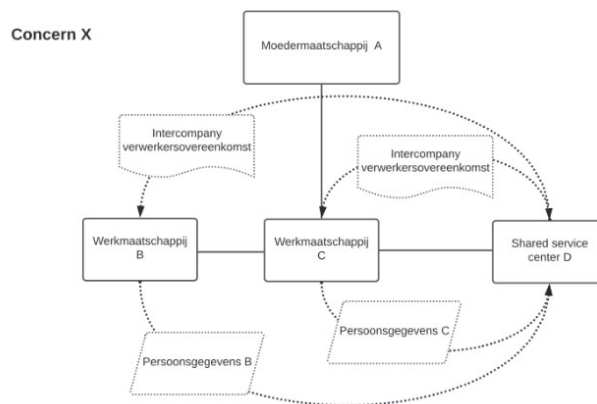
handelingen uiteindelijk tot benadeling van schuldeisers zouden leiden.³⁴ Dat aannemelijk moet zijn dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, betekent niet dat dit de belangrijkste reden voor het faillissement moet zijn geweest.³⁵ Voldoende is dat de curator aannemelijk maakt dat een causaal verband bestaat tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement.³⁶ In concernverband moet voor iedere entiteit apart beoordeeld worden of sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder, waarbij onder andere het concernbelang een rol speelt. Het concernbelang prevaleert echter niet per definitie boven het belang van de afzonderlijke dochtervennootschappen.³⁷

Of is voldaan aan de bovenstaande toetsingsmaatstaf moet worden beoordeeld op basis van de feiten en omstandigheden van het geval.³⁸ Hierbij moet dus ook aandacht worden besteed aan de inhoud en vorm van een intercompanyverwerkersovereenkomst of intercompany onderlinge regeling.

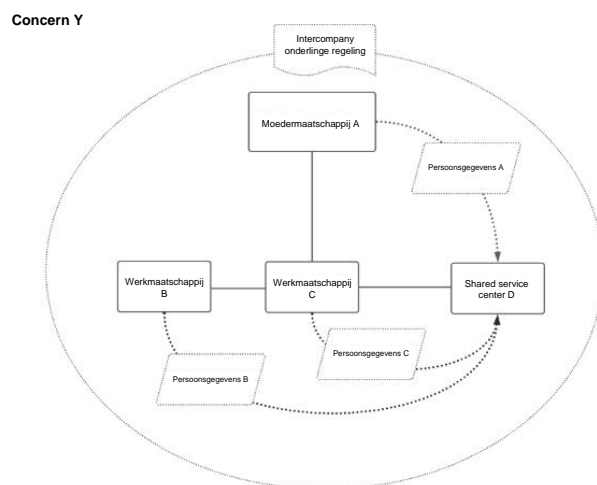
6 De proef op de som II

Om het bovenstaande concreet te maken ga ik (wederom) aan de hand van de hypothetische concerns X en Y in op het bovenstaande toetsingskader, zij het met de volgende feitelijke aanvulling: zowel bij concern X als Y ontstaat een datalek binnen entiteit D dat niet tijdig wordt gemeld. Dit resulteert uiteindelijk in een boete van de Autoriteit Persoonsgegevens. Aangezien de bestuurders van X en Y ondertussen weten welke hoedanigheden de verschillende entiteiten jegens elkaar innemen én welke contractuele verplichtingen en mogelijkheden dit met zich brengt hebben zij een aantal zaken met elkaar afgesproken.

Binnen concern X zijn tussen B en D en C en D, intercompanyverwerkersovereenkomsten gesloten waarin alle potentiële aansprakelijkheden en boetes zijn gealloceerd bij D.



Binnen concern Y is in een statutaire onderlinge regeling enerzijds bepaald dat alle potentiële aansprakelijkheden en boetes zijn gealloceerd bij D en anderzijds dat de bestuurder van D eventuele datalekken tijdig zal melden bij de Autoriteit Persoonsgegevens.



Mochten de boetes in beide concerns vervolgens worden doorgelegd aan D, als gevolg waarvan D failliet gaat, dan zal de curator zich voor de vraag gesteld zien of bestuurder van D zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.

In het geval van concern X kan de bestuurder mijns inziens worden verweten dat hij, door het accepteren van de eenzijdige en nadelige aansprakelijkheidsbepalingen in de intercompanyverwerkersovereenkomsten, een niet te verantwoorden financieel risico heeft aanvaard. De bestuurder van een onderneming wiens activiteiten enkel uit het verwerken van persoonsgegevens bestaan behoort zich immers te verdiepen in de aard en omvang van deze activiteiten en behoort te begrijpen dat een dergelijke handelswijze tot benadeling van de schuldeisers van de vennootschap kan leiden als gevolg van een doorgelegde boete.³⁹

34 HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*) en *Handelingen II* 1984/85, 16631, p. 6337.

35 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017 (*Ontvanger/Van Burgeler*).

36 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 28 en 30.

37 HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804 (*Juno*).

38 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIIb 2009/457.

39 Rb. Noord-Nederland 23 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3292, r.o. 4.28.

Ook valt een dergelijke handelwijze mijns inziens niet te rijmen met het vennootschappelijk belang waar de bestuurder zich naar dient te richten, meer specifiek het bestendigen van het succes van de onderneming en het zorgvuldig omgaan met de belangen van stakeholders zoals de schuldeisers.⁴⁰

Tot slot is het moeilijk voorstelbaar dat D van een externe klant dergelijke eenzijdige en nadelige aansprakelijkheidsbepalingen zou hebben geaccepteerd. In een dergelijk geval is het aannemelijk dat de bestuurder van D ten minste zijn eigen algemene voorwaarden van toepassing verklaard zou willen zien op de opdracht dan wel de aansprakelijkheidsbepaling zou willen afzwakken.

In het geval van concern Y kunnen de bestuurder dezelfde verwijten worden tegengeworpen als in het geval van concern X. Hiernaast kunnen hem echter nog twee extra verwijten worden gemaakt.

Ten eerste dat hij heeft gehandeld in strijd met een statutaire bepaling die de vennootschap beoogde te beschermen tegen schending van de AVG en daarmee tegen boetes en (massaschade)claims. Ondanks dat dit, in tegenstelling tot een situatie van interne bestuurdersaansprakelijkheid, niet in beginsel leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder draagt dit mijns inziens wel bij aan het onbehoorlijke karakter van het handelen.⁴¹ Ten tweede dat hij onvoldoende heeft geageerd tegen het opnemen van de eenzijdige aansprakelijkheidsbepalingen in de onderlinge regeling en zich daardoor te veel heeft laten leiden door het concernbelang zoals A dit ziet.⁴²

Vervolgens is het de vraag of er verzachtende omstandigheden zijn waarop de bestuurders van D een beroep kunnen doen. Hierbij speelt mijns inziens een rol of zij zorg hebben gedragen voor een passende cyberverzekering. Immers mag van een bestuurder verwacht worden dat hij, mede in acht nemende de activiteiten van de onderneming en de daarmee gepaard gaande risico's, zorg draagt voor het afsluiten van de voor de onderneming gebruikelijke verzekeringen.⁴³ Indien de activiteiten van een onderneming enkel bestaan uit het verwerken van persoonsgegevens, dan kwalificeert een cyberverzekering naar mijn mening als een voor de onderneming gebruikelijke verzekering. De cyberverzekeringen die thans worden aangeboden omvatten namelijk tal van elementen die niet alleen kunnen zorgen voor een

financiële dekking tegen boetes van de Autoriteit Persoonsgegevens of (massa)schadeclaims van betrokkenen, maar ook kunnen bijdragen aan een toename van het AVG-compliancieniveau van een organisatie door het aanbieden van *pre-breach services* en *incident response services* en daardoor (indirect) bijdragen aan de bescherming van persoonsgegevens.⁴⁴ Mochten de bestuurders hier zorg voor hebben gedragen, dan kan dit mijns inziens worden aangevoerd als een verzachtende omstandigheid. Mochten ze dit echter hebben veronachtzaamd, dan draagt dit mijns inziens juist weer bij aan het kennelijk onbehoorlijke karakter van hun handelen.

Hiernaast zouden de bestuurders (in een wanhoopspoging) kunnen aandragen dat ze onbekend waren met de intercompanyverplichtingen onder de AVG. Onbekendheid met een wettelijke regel kan immers afdoen aan de mate van verwijtbaarheid van een bestuurder en daarmee wellicht ook het onbehoorlijke karakter van diens handelen verzachten of wegnemen.⁴⁵ Gezien het ogenschijnlijk slapende bestaan van de aandacht voor intercompanyverhoudingen onder de AVG zou dit argument wellicht doel kunnen treffen. Ik zou hier echter niet blind op durven varen, aangezien het een beroep op onbekendheid van een rechtsregel slechts in uitzonderingsgevallen soelaas zal bieden.⁴⁶

En wat nu als de bestuurders van concern X en Y opzettelijk de verplichtingen uit de AVG ten aanzien van de intercompanyverhoudingen niet hadden nageleefd? Had dit gezien het ontbreken van de eenzijdige aansprakelijkheidsbepalingen dan in hun voordeel uitgekapt? Ik denk het niet. Handelt een bestuurder namelijk in strijd met voor de betreffende onderneming relevante wettelijke voorschriften, dan kan dit worden gezien als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.⁴⁷ Ook lijkt met een bewuste wetsovertreding het een gegeven dat de bestuurder ernstig verwijtbaar handelt, hetgeen kan worden aangegrepen om de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op te baseren.⁴⁸

Al met al zullen bestuurders naar mijn mening niet te snel moeten aannemen dat zij geen risico lopen in situaties zoals de bovenstaande. Het zou zomaar kunnen dat een curator de weg van bestuurdersaansprakelijkheid gaat bewandelen. Of deze weg vervolgens daadwerkelijk naar de bestemming leidt die de curator wenst kan in abstracto niet worden beantwoord. Maar dat er een weg is lijkt mij voldoende duidelijk.

40 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/122.

41 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011 (*Berghuizer Papierfabriek*) en HR 20 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370 (*Geocopter*).

42 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/133.

43 Asser/Kroeze 2-I 2021/206; Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3156, r.o. 3.31; Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR6132, r.o. 4.3.

44 N.M. Brouwer, *De cyberverzekering vanuit civielrechtelijk perspectief* (Onderneming en Recht, nr. 129), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 66-73.

45 HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:236 (*Nieuwburen*); HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:499 (*BTO*).

46 C.E.J.M. Hanegraaf 'Eenieder wordt geacht de wet te kennen... of toch niet? Verminderde aansprakelijkheid van bestuurders in verband met onbekendheid met rechtsregels', *BB* 2019/28, afl. 9, p. 123-124.

47 Rb. Noord-Nederland 10 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2015:2805; Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4350.

48 J.S. Kortmann 'De bewuste wetsovertreding; geen "onbehoorlijk bestuur"?' *Ondernemingsrecht* 2013/84, afl. 12; *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9.

7 Conclusie en aanbevelingen

Na een kleine vier jaar AVG is er al veel gezegd en geschreven over deze verordening. Hierbij gaat de aandacht met name uit naar de verhouding tussen afzonderlijke organisaties. Waar het in mindere mate over gaat is de AVG in intercompanyverband, ondanks de daarmee samenhangende kwalificatieperikelen, (contractuele) verplichtingen én allocatiemogelijkheden ten aanzien van aansprakelijkheid en boetes binnen een concern. Terwijl juist deze aspecten de deur voor bestuurdersaansprakelijkheid in een faillissement mogelijk openzetten.

De schending van (contractuele) verplichtingen onder de AVG kan immers resulteren in hoge boetes welke het faillissement van een onderneming kunnen inluiden. Indien dit het gevolg is van of gepaard gaat met het door een bestuurder accepteren van eenzijdige en nadelige aansprakelijkheidsbepalingen in een intercompanyverwerkersovereenkomst of intercompany onderlinge regeling, het onvoldoende in acht nemen van het vennootschappelijk belang dan wel het belang van een dochteronderneming, het in strijd handelen met een statutaire contractuele verplichting, het opzettelijk niet naleven

van de AVG of het onvoldoende zorgdragen voor een passende cyberverzekering, dan zou sprake kunnen zijn van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

Ter nuancering dient hierbij opgemerkt te worden dat de lat voor bestuurdersaansprakelijkheid hoogt ligt en niet iedere schending van de AVG in intercompanyverband zal leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder. Bestuurders zullen mijns inziens echter ook niet te snel moeten aannemen dat zij geen risico lopen.

Al met al is het van belang dat bestuurders meer aandacht hebben voor de impact van de AVG op intercompanyverhoudingen. Een goed beeld van de feitelijke omstandigheden en (machts)verhoudingen binnen een concern en een goed doordachte wijze van besluitvorming bij het nemen van beslissingen omtrent het verwerken van persoonsgegevens is hierbij essentieel. Tevens mag niet vergeten worden om aandacht te besteden aan de vorm en inhoud van de onderlinge afspraken én zullen bestuurders oog moeten hebben voor hun cyberverzekeringen.