

Ad rem

Sneeuw voor de zon

Mr. G. Brunt

Gegevens zijn geld waard. Het is dus logisch dat er in gegevens als klantenbestanden wordt gehandeld. *Listbrokers* handelen in e-mailadressen en beloven gouden bergen, bij verkoop van bedrijfsonderdelen levert een klantenbestand geld op en ook curatoren maken klantenbestanden te gelde. De Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) stelt regels voor het verwerken van persoonsgegevens en de Telecommunicatiewet (Tw) stelt die voor het langs elektronische weg benaderen van personen. Die regels kunnen een obstakel vormen bij de handel in persoonsgegevens.

De WBP heeft een ruim toepassingskader en kent veel open (dus vage) toetsingsnormen. Dat betekent dat je snel met de wet te maken hebt, maar niet zo snel kan overzien waar je aan toe bent. De WBP valt niet binnen het bestek van dit betoog uiteen te zetten. Ik geef een impressie van de vragen die spelen in de genoemde situaties.

Van een persoonsgegeven is sprake als gegevens herleidbaar zijn tot een natuurlijk persoon. Daarvan kan sprake zijn als de identiteit van een persoon niet bekend is, maar met enige inspanning is te achterhalen uit andere beschikbare gegevens. Bij zakelijke klantgegevens zullen veelal persoonsgegevens van contactpersonen bij die bedrijven worden vastgelegd; daarmee wordt de zakelijke informatie toch persoonsgegeven.

De WBP vereist dat persoonsgegevens alleen worden 'verwerkt' – het containerbegrip voor alle mogelijke handelingen met een persoonsgegeven – op behoorlijke en zorgvuldige wijze en in overeenstemming met de wet. Bovendien mogen persoonsgegevens alleen verwerkt worden voor een bepaald doel en met een bepaalde grondslag. Dit doel moet welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd zijn. Verder gebruik van persoonsgegevens mag niet onverenigbaar zijn met het doel waarvoor de persoonsgegevens zijn verzameld. De WBP kent een beperkt aantal grondslagen voor toegestane verwerking van persoonsgegevens (art. 8 WBP).

Bij een activa-/passivatransactie waarin een klantenbestand wordt overgedragen, is de vraag of die overdracht verenigbaar is met het doel waarvoor de persoonsgegevens werden verzameld. Het ter

beschikking stellen van persoonsgegevens aan derden, kan een doelstelling zijn voor verwerking. Dat zal niet snel een valide doelstelling zijn, want een vage doelomschrijving die een niet begrensde overdracht aan derden behelst, geldt niet als een *welbepaald en uitdrukkelijk omschreven doel*.

In het geval een onderneming wordt overgedragen, zal de uitvoering van overeenkomsten met klanten de verantwoordelijkheid zijn van de nieuwe eigenaar. De WBP biedt dan een grondslag voor de overdracht van de gegevens omdat die noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomsten met die klanten (art. 8b WBP). Zijn er geen overeenkomsten in uitvoering, dan kan de direct-marketingexceptie van de WBP uitkomst bieden. Met een commercieel oogmerk mogen klanten benaderd worden om producten of diensten aan te bieden vergelijkbaar met eerder afgenomen producten. Uiteraard moeten de uitgangspunten van de WBP daarbij worden gerespecteerd; het gebruik van de gegevens mag bijvoorbeeld niet onverenigbaar zijn met het doel waarvoor de gegevens oorspronkelijk zijn verkregen. Komen de gegevens in handen van een bedrijf dat geen enkele band heeft met de activiteiten van de eerdere eigenaar, dan rest geen andere mogelijkheid dan ondubbelzinnige toestemming voor het gebruik van gegevens aan de 'klant' te vragen (art. 8a WBP).

In een faillissement wordt als het even kan ook een klantenbestand aan de hoogste bieder verkocht. De verkrijgende partij zal bij een doorstart kunnen betogen – zoals hiervoor uiteengezet – dat voor de uitvoering van de overeenkomsten klantenoverdracht (en verder gebruik) van de persoonsgegevens noodzakelijk is. Dat is niet het geval, wanneer de verkrijgende partij een concurrent of willekeurige derde is die de gegevens voor het eigen bedrijf (en met een ander doel) wil gebruiken. Bovendien kan het privacyprotocol dat de gefailleerde gebruikte in de weg staan aan overdracht van de persoonsgegevens aan derden. Vaak staat in een protocol (ter geruststelling van de klanten) dat persoonsgegevens niet zonder toestemming aan derden zullen worden verstrekt. De curator zou de klanten dan moeten benaderen voor het vragen van ondubbelzinnige toestemming voor de overdracht en verder gebruik van de persoonsgegevens. De praktijk is dat de koper die taak op zich

neemt, omdat de curator die kosten niet wil maken. Dat is niet in overeenstemming met de wet. Het doel van de wet kan wel indirect bereikt worden als de verkrijger de klanten goed informeert over diens doel bij het verwerken van de persoonsgegevens en daarvoor toestemming vraagt. Wordt die niet gegeven, dan moeten de gegevens uit het bestand worden verwijderd. Met de keuze voor *opt out* kom je weg op basis van de WBP. Het blijkt ook uit een door de voorzieningenrechter Amsterdam in februari 2004 beoordeelde zaak¹ waarin de hiervoor beschreven omstandigheden zich voordeden.

Met een *opt out* kom je niet weg bij elektronische communicatie; daar geldt het *opt in*-regime.

In het kader van de bestrijding van spam kent de Telecommunicatiewet een apart hoofdstuk over de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer. De wet eist:

'(...) dat de verzender moet kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voorafgaand toestemming heeft verleend voor het ontvangen van elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden'.

Indien e-mailadressen zijn verkregen in het kader van de verkoop van producten of diensten, mag een onderneming deze gegevens gebruiken voor het overbrengen van commerciële boodschappen voor eigen gelijksoortige producten of diensten. Voorwaarde is wel dat bij de verkrijging van de contactgegevens, aan de klant

'duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens'.

En dat moet bij elke communicatie aan de klant worden herhaald. Zo komen we tot slot van deze korte schets uit bij de *listbrokers*.

Er zijn bedrijven die gouden bergen beloven als zij gebruik mogen maken van uw bestand aan e-mailadressen ten behoeve van hun adverteerders. Deze listbrokers bieden bijvoorbeeld vier euro per e-mailadres (per jaar). De opbrengst wordt gedeeld. Extra diensten zijn soms zelfs gratis juridisch advies en het opschonen en verwijderen van de e-mailadressen. Voor e-mailadressen die je toch al hebt liggen, zijn deze opbrengsten gevonden geld. Een kleine voetangel is de *opt in*-garantie die de *listbroker* vraagt, bijvoorbeeld:

'De bestandseigenaar garandeert dat alle gegevens op rechtmatige wijze zijn verkregen, hetgeen onder meer inhoudt dat de gegevens die zijn opgenomen in de bestanden permission based zijn.'

1 Vzr. Rb. Amsterdam, KG 04/65 SR 12-02-2004: '(...) In het verleden werd u voor dit soort aangelegenheden benaderd door [de vennootschap]. Door de overname van de adressen en de activiteiten van [eiseres2] hebben wij de beschikking gekregen over uw adres. Wij respecteren uw privacy, maar zouden u ook graag in de toekomst blijven benaderen voor evenementen in uw vakgebied. Daarom bieden wij u in deze brief de gelegenheid om aan te geven of u dat wenst of niet. Zo niet, dan zullen wij uw gegevens per omgaande verwijderen uit ons adressenbestand. (...)'. Onderaan de brief is een antwoordstrook opgenomen, waarin kan worden aangekruist: 'Nee, ik wil niet meer geïnformeerd worden.' De uitspraak is bepaald geen schoolvoorbeeld van de juiste benadering van privacy, maar de uitkomst is billijk.

Het is maar zeer de vraag of de verzamelde e-mailadressen aan die eis voldoen als je de teksten leest die daarvoor in de praktijk gebruikt worden. Uit commerciële overwegingen wordt meestal een *opt out*-benadering gekozen. Alleen wie piept, krijgt geen ongewenste boodschappen. Wat denkt u van deze *opt in*:

'Ik ga ermee akkoord incidenteel (maximaal tweemaal per maand) passende commerciële aanbiedingen per e-mail te ontvangen. Met uw "ja" draagt u bij aan het gratis beschikbaar zijn van deze site.'

Deze toestemming is alleen gericht op gelijksoortige producten van het bedrijf dat op deze manier e-mailadressen verzamelt. De e-mailadressen kunnen dus niet om het even aan welke adverteerder worden aangeboden (er is ook geen toestemming voor terbeschikkingstelling aan derden). De e-mailadressen kunnen wegens strijd met de wet niet worden gebruikt. De waarde van het bestand verdwijnt als sneeuw voor de zon.

Toch werkt deze constructie in de praktijk; blijkbaar wordt er weinig geklaagd, laat staan dat er claims worden ingediend. Voor veel burgers zijn (dit soort) privacy issues, blijkbaar geen issue. Niets aan de hand dus? Ik vrees van wel, er zijn risico's; er hoeven maar een paar betrokkenen te klagen en de sneeuwbal gaat rollen. Negatieve publiciteit leidt tot reputatieschade van de onderneming. Het risico is dat – alle verzonden e-mailboodschappen ten spijt – de waarde van de onderneming verdampt, ook als sneeuw voor de zon.

Mr. G. Brunt, advocaat bij Höcker Rueb
Doeleman Advocaten