

PROCESINLEIDING IN CASSATIE IN VORDERINGSZAAK

EISENDE PARTIJ

Eisers tot cassatie zijn:

1. **Oracle Nederland B.V.**,
gevestigd te Utrecht;
2. **Oracle Corporation**,
gevestigd te Austin, Texas, Verenigde Staten; en
3. **Oracle America, Inc.**,
gevestigd te Redwood Shores, Californië, Verenigde Staten
(hierna samen in vrouwelijk enkelvoud: "**Oracle**")

Oracle wijst mr. R.L.M.M. Tan (Tan Advocatuur B.V., Weesperstraat 61, 1018 VN, Amsterdam) aan tot haar advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden.

VERWERENDE PARTIJ

Verweerster in cassatie is:

Stichting The Privacy Collective,
gevestigd te Amsterdam ("**TPC**").

TPC heeft in de vorige instantie laatstelijk woonplaats gekozen op het kantoor van de advocaat mr. [gegevens verwijderd] (bureau Brandeis B.V., Sophialaan 8, 1075 BR, Amsterdam), alsmede op het kantoor van de advocaat mr. [gegevens verwijderd] (Birkway B.V., J.J. Viottastraat 33, 1071 JP, Amsterdam).¹

¹ TPC heeft in de appeldagvaarding tevens woonplaats gekozen op de kantoren van mr. [gegevens verwijderd] (toentertijd verbonden aan bureau Brandeis B.V.) en mr. [gegevens verwijderd] (toentertijd verbonden aan Birkway B.V.). Deze

BESTREDEN UITSPRAAK

Oracle komt in cassatieberoep van de tussenarresten die het gerechtshof Amsterdam heeft gewezen onder zaaknummer 200.308.490/01 tussen Oracle, SFDC Netherlands B.V. en Salesforce.com, Inc (de laatste twee samen: “**Salesforce**”) als geïntimeerden en TPC als appellante, uitgesproken op 18 juni 2024 (“**TA 1**”) en 24 september 2024 (“**TA 2**”).²

BEVOEGDE RECHTER

Dit cassatieberoep zal worden behandeld door de Hoge Raad der Nederlanden (Korte Voorhout 8, 2511 EK, Den Haag).

UITERSTE VERSCHIJNINGSDATUM

TPC kan uiterlijk op 30 januari 2025, vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, in deze procedure verschijnen. De enkelvoudige civiele kamer van de Hoge Raad behandelt de zaken, vermeld op het in artikel 15 van het Besluit orde van dienst gerechten bedoelde overzicht van zaken, op vrijdagen zoals vermeld in hoofdstuk 1 van het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden, om 10.00 uur.

advocaten houden thans kantoor bij Rubicon Impact & Litigation B.V., Herengracht 498, 1017 CB, Amsterdam. Oracle heeft echter vernomen dat mrs. [gegevens verwijderd] en [gegevens verwijderd] behandeling van de zaak hebben neergelegd. Mr. [gegevens verwijderd] heeft bevestigd dat het oproepingsbericht in cassatie op zijn kantoor kan worden betekend.

² Oracle en Salesforce hebben op hoofdlijnen dezelfde verweren gevoerd ten aanzien van de ontvankelijkheid en de summierlijke ondeugdelijkheid van de vorderingen van TPC. Zij hebben ook over en weer naar elkaars processtukken verwezen en, mede op verzoek van TPC en vervolgens op aanwijzing van het Hof, de te bespreken onderwerpen onderling verdeeld (zie Pleitnota Oracle 15 november 2021, nr. 5; Pleitnota Salesforce 15 november 2021, nr. 4; brief TPC aan Hof 7 november 2022; e-mail Hof 26 juni 2023; Pleitnota Oracle 8 februari 2024, nr. 1; Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, nr. 4). Hierna wordt primair verwezen naar vindplaatsen uit de processtukken van Oracle, onder aanvulling van enkele vindplaatsen uit de processtukken van Salesforce.

MIDDEL VAN CASSATIE

Inleiding

1. Deze procedure gaat in dit stadium naar de kern genomen over de vraag of TPC, in een procedure op grond van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (“**WAMCA**”) met nota bene verscherpte ontvankelijkheidseisen, schadevergoeding kan vorderen wegens vermeende schendingen van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (“**AVG**”), terwijl TPC (i) bij aanvang van de procedure nog niet was begonnen met het verzamelen van een achterban, (ii) nadien heeft gemeend een ‘achterban’ te kunnen verzamelen op basis van een systeem van anonieme *likes* en de steun van zekere organisaties, (iii) niet beschikt over opdrachten in de zin van artikel 80 lid 1 AVG, die noodzakelijk zijn om namens betrokkenen het recht op schadevergoeding van artikel 82 AVG te kunnen uitoefenen (zie immers artikel 80 lid 2 AVG: zonder opdracht kan geen schadevergoeding worden gevorderd), en zij (iv) voorafgaand aan dagvaarding geen enkele activiteit op het gebied van gegevensbescherming ontplooid als bedoeld in artikel 80 lid 1 AVG.
2. De Rechtbank heeft TPC niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van representativiteit. Het Hof heeft alle ontvankelijkheidsgebreken aan de kant van TPC met de mantel der liefde bedekt en onder meer de voor partijen en de praktijk meer in het algemeen cruciale vraag naar de betekenis van het opdrachtvereiste in de AVG voor zich uit geschoven.
3. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de inhoud van de onderhavige eisen van de WAMCA en de AVG. Dit cassatieberoep strekt ertoe de Hoge Raad te bewegen de noodzakelijke piketpaaltjes te slaan, zodat belangenorganisaties en gedaagden weten aan welke eisen een collectieve actie moet voldoen, voordat (en niet nadat, laat staan nog eens in hoger beroep) namens miljoenen Nederlanders een miljardenclaim bij de rechter wordt neergelegd. Het is volgens Oracle een *acte clair* dat TPC zonder opdracht geen schadevergoeding als bedoeld in artikel 82 AVG kan vorderen. Minst genomen kan niet tot het oordeel worden gekomen dat TPC ontvankelijk is in haar schadevorderingen, zonder dat het Hof van Justitie dit heeft bevestigd.
4. De volgorde van de cassatieklachten sluit aan bij die van de hiervoor in nr. 1 bedoelde thema’s. Eerst wordt ingegaan op vraag per welk moment moet worden beoordeeld of aan de ontvankelijkheidseisen van de

WAMCA is voldaan (onderdeel 1). Daarna wordt de in Oracle's optiek meest relevante WAMCA-eis besproken, te weten het representativiteitsvereiste (onderdeel 2). Aansluitend wordt uiteengezet waarom het Hof niet tot het oordeel kon komen dat de schadevorderingen ontvankelijk zijn, zonder eerst te onderzoeken of aan het zogeheten opdrachtvereiste van de AVG is voldaan (onderdeel 3). Het Hof heeft ook nagelaten te toetsen aan de vereisten van feitelijke belangenbehartiging en 'actief zijn' van de WAMCA respectievelijk de AVG (onderdeel 4). Het oordeel over de gelijksoortigheid van de belangen bij TPC's vorderingen tot verklaringen voor recht en verboden kan evenmin in stand blijven. Hetzelfde geldt voor het oordeel dat de schadevorderingen gelijksoortig zijn (onderdeel 5). Afgesloten wordt met de redenen waarom het oordeel van het Hof, dat TPC aan zekere andere ontvankelijkheidseisen voldoet, de toets der kritiek niet kan doorstaan (onderdeel 6).

Onderdeel 1 – toetsingsmoment ontvankelijkheidseisen WAMCA

- 1.0 Het Hof oordeelt dat de toetsing of TPC ontvankelijk is *ex nunc* dient te geschieden (TA 1, rov. 4.7 en 4.7.5), in de zin van “*ten tijde van het sluiten van het onderzoek op de zitting in appel*” (TA 1, rov. 4.6).³ Uit het vervolg blijkt dat het Hof doelt op toetsing aan de ontvankelijkheidseisen van de WAMCA (zie TA 1, rov. 4.7.1 tot en met 4.7.4).
- 1.1 Het Hof miskent dat toetsing aan de voornoemde eisen (in het bijzonder de eisen van artikel 3:305a lid 1 tot en met 3 BW) als uitgangspunt *ex tunc* moet geschieden, namelijk naar het moment dat de stichting of vereniging in kwestie (de “**belangenorganisatie**”) de dagvaarding uitbrengt waarmee de collectieve vordering wordt ingesteld (vgl. artikel 1018c lid 1 aanhef en onder d Rv en artikel 1018c lid 5 Rv aanhef en onder a Rv).
Indien de belangenorganisatie op het moment van dagvaarding niet voldoet aan alle ontvankelijkheidseisen, maar wel vóórdat de rechter het onderzoek ter zitting (in eerste aanleg of in appel) naar het voldoen aan de ontvankelijkheidseisen heeft afgesloten, heeft de rechter de bevoegdheid de belangenorganisatie desalniettemin ontvankelijk te verklaren, wanneer sprake is van een gebrek van ondergeschikte aard. De rechter moet dan motiveren waarom in de concrete omstandigheden van het geval afwijking van het uitgangspunt van *ex tunc*-toetsing gerechtvaardigd is, en waarom het gebrek zich leent voor herstel.⁴ Het Hof laat dat na.

³ Dus per 8 februari 2024 (zie TA 1, p. 2).

⁴ Vgl. Kamerstukken II 2017-2018, 34 608, nr. 6 (NnavV), p. 5.

Bij het voorgaande geldt dat de rechter ook na afsluiting van het onderzoek ter zitting als hiervoor bedoeld een doorlopende *ex nunc*-toetsing moet uitvoeren, in de zin dat indien in de loop van de procedure blijkt dat de belangenorganisatie niet *meer* aan alle ontvankelijkheidseisen van de WAMCA voldoet, haar vordering alsnog niet-ontvankelijk moet worden verklaard, niettegenstaande enig eerder oordeel dat aan deze eisen is voldaan. Althans dan moet een andere organisatie als de exclusieve belangenbehartiger in de zin artikel 1018e lid 1 Rv worden aangewezen, in geval er meerdere eisers zijn.⁵

- 1.2 Het Hof miskent voorts dat de belangenorganisatie, althans de belangenorganisatie die een niet-ideële actie instelt, zoals TPC, reeds op het moment van dagvaarding voldoende representatief moet zijn in de zin van artikel 3:305a lid 2 BW, gelet op de door de wetgever op dit punt beoogde aanscherping van de ontvankelijkheidseisen ten opzichte van het oude recht.⁶ Een dergelijke belangenorganisatie die ten tijde van dagvaarding geen rechtens relevante achterban heeft als hierna in onderdeel 2 bedoeld, kan aldus niet in haar vordering worden ontvangen. Dat gebrek kan niet later in de procedure worden hersteld, omdat het niet van ondergeschikte aard is.

Onderdeel 2 – representativiteit

- 2.0 Het Hof oordeelt dat TPC aan het representativiteitsvereiste heeft voldaan (TA 1, rov. 4.21, in samenhang met rov. 4.28). Dat oordeel wordt gemotiveerd met – kort samengevat – de volgende overwegingen (TA 1, rov. 4.21):
- Het is niet nodig dat aannemelijk wordt gemaakt dat de gehele (nader nauw te omschrijven) groep die gebaat kan zijn door deze actie van TPC deze actie thans wenst of steunt. Noodzakelijk, maar tevens voldoende is dat een achterban bestaat, dat wil zeggen een niet te verwaarlozen aantal personen behorende tot die (nauw te omschrijven) groep achter deze actie van TPC staat;
 - Daarvoor is wel degelijk relevant dat organisaties zoals de Consumentenbond en diverse stichtingen steun voor deze collectieve

⁵ Vgl. Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 45 en bijlage daarbij (Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijkema), p. 5.

⁶ Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), pp. 1, 2 en 8; zie ook Kamerstukken II 2017-2018, 34 608, nr. 6 (NnavV), p. 5.

actie hebben uitgesproken. Daaruit blijkt immers dat de gebeurtenissen – wellicht na enige bewustwording – in de Nederlandse maatschappij en in het bijzonder door internetgebruikers in Nederland als problematisch worden ervaren en dat organisaties met een *track record* die TPC niet heeft onderschrijven dat (deze) actie ten behoeve van die internetgebruikers moet worden gevoerd.

- De *likes* geven daarnaast aan dat een weliswaar niet zeer groot, maar toch behoorlijk aantal natuurlijke personen instemmen met deze actie. Inmiddels is de inrichting van de website zodanig dat duidelijk is tegen wie deze actie zich richt en waarover deze gaat;
- Zelfs als de onderzoeken van [gegevens verwijderd], waartegen Oracle en Salesforce bezwaren hebben geuit en waarop gelet op de processuele gang van zaken, de vraagstelling en de methodologie inderdaad wel wat valt af te dingen, buiten beschouwing worden gelaten is het vorenstaande voldoende.

- 2.1 Het Hof miskent dat de representativiteit van de belangenorganisatie moet worden beoordeeld “*gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen*” (artikel 3:305a lid 2 aanhef BW). Hieruit volgt dat de belangenorganisatie, althans de belangenorganisatie in een niet-ideële actie als de onderhavige, een achterban zal moeten hebben die (i) ten opzichte van het totale aantal personen die (menen te) behoren tot de (nauw te omschrijven) groep waarvoor de organisatie opkomt (de “**beweerde gedupeerden**”) en de ten behoeve van hen gevorderde schadevergoeding, een voldoende grote omvang heeft, waarbij het van de omstandigheden van het geval afhangt welke omvang volstaat.⁷ Daarbij moet (ii) sprake zijn van een rechtens relevante achterban, dat wil zeggen een achterban die bestaat uit beweerde gedupeerden, die bovendien op juiste wijze over de aard en inzet van de procedure zijn voorgelicht.

Met het oordeel dat voor het voldoen aan het representativiteitsvereiste “*voldoende [is] dat een achterban bestaat, dat wil zeggen een niet te verwaarlozen aantal personen behorende tot die (nauw te omschrijven) groep achter deze actie van TPC staat*”, reduceert het Hof het representativiteitsvereiste ten onrechte tot een minimumdrempel.

- 2.2 Het oordeel dat in het onderhavige geval aan het representativiteitsvereiste is voldaan, wordt gebaseerd op de steun van de door het Hof genoemde organisaties, in combinatie met de *likes*.

⁷ Vgl. Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), pp. 18 en 19.

Het Hof miskent dat steun van organisaties als door het Hof genoemd slechts kan bijdragen aan het oordeel dat de belangenorganisatie voldoende representatief is, indien reeds is vastgesteld, althans aannemelijk is, dat een voldoende groot aantal beweerde gedupeerden de actie ondersteunt. Steun van organisaties is geen substituut voor steun van beweerde gedupeerden, althans niet bij een niet-ideële actie als de onderhavige. De omstandigheid dat uit de steun zou blijken dat de gebeurtenissen – wellicht na enige bewustwording – in de Nederlandse maatschappij en in het bijzonder door internetgebruikers in Nederland als problematisch worden ervaren maakt dit niet anders.

Het Hof miskent daarnaast dat het verzamelen van steun door middel van een systeem van anonieme *likes*, zoals in het onderhavige geval naar in cassatie moet worden verondersteld aan de orde is,⁸ geen deugdelijke wijze is om aan te tonen, althans aannemelijk te achten, dat een voldoende groot aantal beweerde gedupeerden de actie ondersteunt. Bij een dergelijk systeem kan immers naar de aard der zaak niet worden vastgesteld of de *likes* afkomstig zijn van beweerde gedupeerden.

2.3 Voor zover het oordeel van het Hof zo moet worden begrepen dat uit de steun van de door het Hof genoemde organisaties, in combinatie met de *likes*, blijkt dat *daadwerkelijk* een voldoende groot aantal beweerde gedupeerden de actie van TPC ondersteunt, is dit oordeel om de volgende redenen ontoereikend gemotiveerd:

- (i) Ten eerste gaat het oordeel van het Hof uit van een *ex nunc*-toets (zie naast TA 1, rov. 4.7 en 4.7.5 het gebruik van het woord “*Inmiddels*” in rov. 4.21). Bij slagen van onderdeel 1 kan dit oordeel derhalve niet in stand blijven. Vast staat immers, althans in cassatie moet worden verondersteld, dat TPC op het moment van dagvaarding geen steun van beweerde gedupeerden had. Zij stelt in haar dagvaarding niets over steun van beweerde gedupeerden, maar spreekt alleen over steun van een beperkt aantal organisaties, overigens zonder die stelling feitelijk te onderbouwen.⁹ De steunverklaringen van de organisaties die TPC heeft overgelegd, dateren alle van na het moment van dagvaarding,¹⁰ terwijl TPC niet heeft gesteld dat de *likes*

⁸ Zie CvA Oracle, nr. 1, 8, 9, 121 en par. 5.2 en 6.4; Pleitnota Oracle 15 november 2021, nr. 20; MvA Oracle, nr. 2, par. 2.1, nrs. 124-125 en par. 6.3; Pleitnota Oracle 8 februari 2024, nr. 20; vgl. ook TA 1, rov. 4.22.2 en Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, nr. 15.

⁹ Zie Dgv, par. 8.4.1.

¹⁰ Zie productie 33 TPC, waarover CvA Oracle, par. 6.4.

reeds op het moment van dagvaarding waren gegeven.¹¹ Het moet er daarmee voor worden gehouden dat TPC bij dagvaarding niet kon beschikken over steun van enige beweerde gedupeerde.

- (ii) Ten tweede is het oordeel van het Hof ook bij een *ex nunc*-toets ontoereikend gemotiveerd.

TPC heeft gesteld dat de door haar genoemde organisaties zelf ook leden hebben en dat deze personen tot de achterban van TPC behoren.¹² Zonder nadere motivering, valt niet in te zien waarom de leden van deze organisaties behoren tot de groep van beweerde gedupeerden, laat staan waarom deze leden daadwerkelijk de actie van TPC ondersteunen.¹³

Oracle heeft voorts gemotiveerd betwist dat uit de *likes* steun van beweerde gedupeerden blijkt, gelet op – kort samengevat – (a) de omstandigheid dat het overgrote deel van de *likes* behaald is op basis van de ‘oude’ website, die onvoldoende inzicht gaf in de actie waaraan steun werd gegeven (zie ook subonderdeel 2.1) en die zich nog mede richtte op het buitenland, terwijl er op basis van de ‘nieuwe’ website maar zeer weinig *likes* zijn bijgekomen; en (b) de wijze waarop de website van TPC was ingericht, zowel ten tijde van de dagvaarding in eerste aanleg als ten tijde van het appel, te weten dat de *likes* anoniem zijn verzameld (zie ook subonderdeel 2.2).¹⁴ Zonder nadere motivering, is daarmee onbegrijpelijk het oordeel dat de *likes* aangeven dat een weliswaar niet zeer groot, maar toch behoorlijk aantal natuurlijke personen instemmen met de actie van TPC, voor zover het Hof hiermee doelt op instemming van de beweerde gedupeerden.

¹¹ Vgl. CvA Oracle, nr. 151 en productie 7 Oracle. Vgl. ook Pleitnota TPC 15 november 2021, nr. 52. Zie voorts productie 19 Oracle.

¹² MvG, nr. 130; Pleitnota TPC 8 februari 2024, nr. 36.

¹³ Vgl. MvA Oracle, nrs. 126 en 133.

¹⁴ Zie de vindplaatsen genoemd in voetnoot 8 hiervoor, in het bijzonder voor wat betreft het betoog onder (a) MvA Oracle, nr. 15. Vgl. ook Akte TPC 8 februari 2024 en productie 62 TPC, waarin 76.738 wordt genoemd als het aantal beweerdelijk uit Nederland afkomstige *likes* in de periode t/m 22 januari 2024, in vergelijking met het tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg genoemde aantal 75.000 (P-V mondelinge behandeling 15 november 2021, p. 3 (uitlatingen mr. [gegevens verwijderd])). Vgl. ook voor wat betreft het betoog onder (a) en (b) Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, par. 2.2 en 2.3.

(iii) Daar komt bij dat TPC stelt op te komen voor 10 miljoen gedupeerde internetgebruikers in Nederland¹⁵ en ten behoeve van hen een hoofdelijke veroordeling vordert tot betaling van schadevergoeding door elk van Oracle en Salesforce van EUR 5 miljard, althans EUR 500 per persoon, althans schadevergoeding op te maken bij staat.¹⁶ Zonder nadere motivering valt niet in te zien waarom de steun van een niet zeer groot aantal natuurlijke personen voldoende is, afgezet tegen de voornoemde omvang van de groep beweerde gedupeerden en hun beweerde schade(vergoedingsrecht).

Onderdeel 3 – ontvankelijkheid en summierlijke ondeugdelijkheid schadevorderingen in het licht van het opdrachtvereiste van de AVG

3.0 TPC heeft verschillende rechtsvorderingen ingesteld, waaronder vorderingen tot vergoeding van schade (de “**schadevorderingen**”).¹⁷

Oracle heeft hiertegen onder meer aangevoerd dat TPC geen schadevergoeding kan vorderen, nu TPC niet aan het zogeheten opdrachtvereiste van artikel 80 lid 1 jo 82 AVG voldoet, op grond waarvan schadevergoeding alleen kan worden gevorderd met – kort samengevat – een daartoe strekkende opdracht van de beweerde gedupeerden (het “**opdrachtvereiste**”). De schadevorderingen zijn volgens Oracle dan ook niet-ontvankelijk, dan wel summierlijk ondeugdelijk in de zin van artikel 1018c lid 5 sub c Rv.¹⁸

Het Hof overweegt in het eerste tussenarrest dat “*mogelijk ook*” prejudiciële vragen gesteld moeten worden over “*de betekenis van art. 80 lid 2 AVG, in het bijzonder het opdracht-vereiste, voor een actie als de onderhavige.*” (TA 1, rov. 4.16.2). Het Hof oordeelt vervolgens echter dat de schadevorderingen niet summierlijk ondeugdelijk zijn (TA 1, rov. 4.27).

Het Hof handhaaft de beslissingen van het eerste tussenarrest in het tweede. Het voegt daaraan toe dat – kort gezegd – in verband met de beslissing of de vordering van TPC tot vergoeding van schade op de AVG-

¹⁵ Zie TA 1, rov. 4.14 en voorts Dgv, nr. 39, in samenhang met de omschrijving van de Nauw Omschreven Groep in Dgv, par. 3.3 en 6.2, Appeldgv, nr. 6 en MvG, nrs. 25-27. Vgl. ook TA 1, rov. 4.26.

¹⁶ Zie TA 1, rov. 4.1 en voorts Dgv, petitum onder V, in samenhang met Akte eiswijziging TPC 15 november 2021, petitum onder VI; Appeldgv, petitum en MvG, petitum.

¹⁷ Zie de vindplaatsen genoemd in voetnoot 16 hiervoor.

¹⁸ CvA Oracle, hfdst. 5; Pleitnota Oracle 15 november 2021, par. 2; MvA Oracle, hfdst. 5; Pleitnota Oracle 8 februari 2024, par. 4; Akte Oracle na TA 1, nrs. 3, 4, 11 en 13.

grondslag "toewijsbaar" is, aan de orde zal moeten komen "hoe het opdrachtvereiste van art. 80 lid 1 jo art. 82 AVG moet worden uitgelegd en op welk moment en op welke wijze die opdracht dient te zijn verstrekt". Het Hof overweegt verder dat "nog niet duidelijk [is] dat dit opdrachtvereiste in het kader van deze Nederlandse collectieve actie reeds in de ontvankelijkheidsfase aan de orde is en evenmin dat dit zonder meer in de weg staat aan de ontvankelijkheid van TPC; dat is een punt waarover wellicht prejudiciële vragen gesteld zullen moeten worden. Daarop wordt in dit stadium, waar het debat over de toewijsbaarheid gelet op het systeem van de [...] WAMCA [...] nog niet is voltooid en ook niet voltooid kon zijn, niet vooruitgelopen." (TA 2, rov. 2.2)

Vervolgens verklaart het Hof TPC "ontvankelijk in haar vorderingen" (TA 2, dictum).

[onderstreping toegevoegd]

- 3.1 Het Hof miskent met zijn oordeel – zonder voorbehoud – dat TPC ontvankelijk is in haar vorderingen, waaronder dus begrepen de schadevorderingen, dat het opdrachtvereiste een ontvankelijkheidseis van Unierecht betreft. Aldus kon het Hof niet tot het oordeel komen dat TPC ontvankelijk is in haar schadevorderingen zonder eerst het opdrachtvereiste uit te leggen en vervolgens de vraag te beantwoorden of TPC daar in dit geval aan heeft voldaan.
- 3.2 Voor zover het oordeel van het Hof zo moet worden begrepen dat het opdrachtvereiste *op dit moment* niet in de weg staat aan ontvankelijkheid van TPC in haar schadevorderingen, en dat de kwestie of aan het opdrachtvereiste is voldaan om die reden kan worden uitgesteld tot een later moment in de procedure (zoals de door het Hof in TA 1, rov. 4.19 bedoelde inhoudelijke fase van het geschil, nadat de normschending, inclusief de ernst daarvan, is vastgesteld, of de fase waarin over de toewijsbaarheid van de schadevorderingen wordt beslist, als bedoeld in TA 2, rov. 2.2 (zie subonderdeel 3.0)), miskent het Hof het systeem van de WAMCA.

Over de ontvankelijkheid van TPC in de ingestelde vorderingen, waaronder haar schadevorderingen, moet definitief worden beslist, voordat de door het Hof bedoelde inhoudelijke fase van het geschil kan aanvangen. Dat geldt niet alleen voor de eisen die de WAMCA aan ontvankelijkheid van de belangenorganisatie stelt, maar ook voor overige ontvankelijkheidseisen, zoals hier het opdrachtvereiste op grond van de AVG.

Immers, de inhoudelijke behandeling van de collectieve vordering vindt slechts plaats indien en nadat de rechter heeft beslist dat (i) de eiser aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a aanhef en lid 1 tot en met 3 BW voldoet, (ii) het voeren van een collectieve vordering effectiever en efficiënter is dan het instellen van een individuele vordering en (iii) niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering is gebleken op het moment waarop het geding aanhangig wordt (artikel 1018c lid 5 aanhef en sub a tot en met c Rv). Vervolgens moet in voorkomend geval de zogeheten exclusieve belangenbehartiger worden aangewezen (artikel 1018e lid 1 Rv), de mogelijkheid tot *opt-out* worden geboden (artikel 1018f lid 1 Rv) en moeten tot slot de mogelijkheden van schikking zijn beproefd, voordat de inhoudelijke fase van het geschil kan beginnen (artikel 1018g Rv).

Met dit systeem verhoudt zich niet dat een beslissing over de ontvankelijkheid van de schadevorderingen, geheel of gedeeltelijk, wordt uitgesteld tot een latere fase van de procedure.

- 3.3 Het Hof miskent daarnaast de devolutieve werking van het appel. Als TPC, zoals Oracle heeft gesteld, bij gebreke aan een opdracht geen schadevergoeding als bedoeld in de AVG kan vorderen (zie subonderdeel 3.0), is geen andere conclusie mogelijk dan dat de schadevorderingen niet toewijsbaar en dus summierlijk ondeugdelijk zijn. Daarom moest het Hof de vraag hoe het opdrachtvereiste moet worden uitgelegd en vervolgens of in dit geval aan dit vereiste is voldaan niet alleen beantwoorden als onderdeel van zijn beoordeling van de ontvankelijkheid van de schadevorderingen, maar ook als onderdeel van de toetsing aan artikel 1018c lid 5 sub c Rv.
- 3.4 Het Hof miskent tot slot dat de eisen van een goede procesorde meebrengen dat de vraag of de belangenorganisatie aan het opdrachtvereiste voldoet moet worden beantwoord voordat de inhoudelijke fase van het geschil van start gaat. Het is – mede gelet op het doel van de WAMCA om partijen te stimuleren in een zo vroeg mogelijk stadium tot een schikking te komen – niet doelmatig noch proceseconomisch dat een complex, langdurend en kostbaar debat wordt gevoerd over (onder meer) de omvang van de schade, als de schadevorderingen zonder opdracht niet ontvankelijk of niet toewijsbaar zijn.¹⁹

¹⁹ Vgl. ook de brief van TPC van 25 juni 2021 aan de Rechtbank over het moment in de procedure waarin de AVG-eisen moeten worden behandeld en de reactie van Oracle daarop van 1 juli 2021.

Onderdeel 4 – feitelijke belangenbehartiging en actiefvereiste van de AVG

- 4.0 Het Hof overweegt dat niet ter discussie staat dat TPC een stichting met volledige rechtsbevoegdheid is en dat haar statutaire doelomschrijving voldoet aan de eis van artikel 3:305a lid 1 BW. Het Hof overweegt vervolgens dat uit de activiteiten die TPC sinds haar oprichting heeft ontplooid in voldoende mate volgt dat zij het belang waar het in deze procedure om gaat ook feitelijk behartigt (TA 1, rov. 4.11).
- 4.1 Voor zover het Hof met deze overwegingen doelt op activiteiten die TPC heeft ontplooid in het kader van de onderhavige procedure, miskent het Hof dat het zogeheten statutenvereiste van artikel 3:305a lid 1 BW meebrengt dat de belangenorganisatie *andere* en aan de collectieve actie *voorafgaande* activiteiten moet ontplooiën ter behartiging van het belang waarvoor zij volgens haar statuten zegt op te komen.
- Voor zover het oordeel van het Hof zo moet worden begrepen dat TPC dergelijke andere, voorafgaande, activiteiten heeft ontplooid is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd. Het Hof zet immers niet uiteen waar deze activiteiten uit bestaan, terwijl Oracle gemotiveerd heeft betwist dat TPC dergelijke activiteiten heeft verricht.²⁰
- 4.2 Het Hof miskent voorts de devolutieve werking van het appel door niet te toetsen of (behalve aan het statutenvereiste van artikel 3:305a lid 1 BW) ook is voldaan aan het zogeheten actiefvereiste van artikel 80 lid 1 AVG. Dit vereiste is eveneens een ontvankelijkheidseis van Unierecht en Oracle heeft gemotiveerd betwist dat aan dit vereiste is voldaan.²¹ Voor zover in het oordeel van het Hof ligt besloten dat TPC aan het actiefvereiste voldoet, is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd om dezelfde redenen als uiteengezet in subonderdeel 4.1 hiervoor.
- 4.3 Voor zover het Hof van oordeel is dat het de vraag of aan het actiefvereiste van artikel 80 lid 1 AVG is voldaan kon uitstellen tot een later moment in de procedure (zoals de door het Hof in TA 1, rov. 4.19 bedoelde inhoudelijke fase van het geding, nadat de normschending, inclusief de ernst daarvan, is vastgesteld, of de fase waarin over de toewijsbaarheid van de schadevorderingen wordt beslist, als bedoeld in TA 2, rov. 2.2 (zie subonderdeel 3.0)), miskent het Hof dat de rechter vóór aanvang van de

²⁰ CvA Oracle, par. 6.5; MvA Oracle, par. 4.2; vgl. ook Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, par. 3.1.3.

²¹ Zie de vindplaatsen genoemd in voetnoot 20 hiervoor.

inhoudelijke fase moet beoordelen of aan alle ontvankelijkheidseisen van de AVG is voldaan, waaronder het actiefvereiste (zie subonderdelen 3.1 en 3.2).

Onderdeel 5 – gelijksoortigheid vorderingen

- 5.0 Artikel 3:305a lid 1 BW vereist dat de belangen tot bescherming waarvan de rechtsvordering van TPC strekt gelijksoortig zijn. Dit is een ontvankelijkheidseis van de WAMCA (zie artikel 1018c lid 5 sub a Rv).

Het Hof overweegt dat *“Oracle en Salesforce niet gemotiveerd [hebben] betwist”* dat *“de nauw te omschrijven groep personen bij de tweede categorie vorderingen gelijksoortige belangen heeft.”* Het Hof *“acht dat ook voldoende duidelijk.”* (TA 1, rov. 4.13.2). Daarmee doelt het Hof op de gelijksoortigheid van de belangen bij de door TPC gevorderde verklaringen voor recht en verboden die met die verklaringen samenhangen (zie TA 1, rov. 4.12).

Het Hof is vervolgens van oordeel dat *“ook de schadevorderingen aan het gelijksoortigheidsvereiste voldoen”* (TA 1, rov. (4.11 tot en met) 4.18).

Deze oordelen getuigen om de volgende redenen van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn ontoereikend gemotiveerd.

Verklaringen voor recht en verboden

- 5.1 De overweging dat Oracle en Salesforce niet gemotiveerd hebben betwist dat de belangen bij de vorderingen tot verklaringen voor recht en verboden gelijksoortig zijn, is onbegrijpelijk. Zowel Oracle als Salesforce hebben de gelijksoortigheid van de door TPC behartigde belangen, waaronder dus de belangen bij de gevorderde verklaringen voor recht en verboden, uitdrukkelijk betwist.²²
- 5.2 Oracle heeft in dat kader, kort samengevat en voor zover in cassatie relevant,²³ aangevoerd dat (i) de belangen van de personen die

²² CvA Oracle, nr. 12 en par. 6.3 en 6.7, in samenhang met hfdst. 3; Pleitnota Oracle 15 november 2021, nrs. 39-41; Pleitnota Oracle 8 februari 2024, par. 3, in samenhang met par. 2; vgl. ook Pleitnota Salesforce 15 november 2021, hfdst. 3.

²³ Oracle heeft ook gewezen op de verschillen tussen de vorderingen die zien op het zogeheten beveiligingsincident/datalek en de overige vorderingen van TPC (o.m. CvA Oracle, nr. 187). Nu TPC haar vorderingen met betrekking tot het

beweerdelijk door Oracle zijn benadeeld (de “**Oracle Groep**”) niet gelijksoortig zijn aan die van de personen die beweerdelijk door Salesforce zijn benadeeld, gelet op het verschil in de producten die de twee partijen aanbieden;²⁴ en dat (ii) de vraag of jegens de leden van de Oracle Groep een norm is geschonden alleen kan worden beantwoord na een analyse op individueel niveau van (a) de website die het cookie heeft geplaatst en (b) de situatie (waaronder de eventuele concrete gegevensverwerking) die zich na plaatsing heeft voorgedaan.²⁵

De overwegingen van het Hof ter onderbouwing van zijn oordeel dat het voldoende duidelijk acht dat de belangen bij de tweede categorie vorderingen gelijksoortig zijn (rov. 4.13.2, tweede zin) bieden een ontoereikende respons op dit betoog. Die overwegingen zijn immers niet toegesneden op de onderhavige zaak, laat staan op de stellingen van TPC, Oracle en Salesforce over (het gebrek aan) de gelijksoortigheid van de belangen bij de vorderingen in kwestie.

- 5.3 Het Hof overweegt daarentegen in algemene zin: *“Bij het oordeel dat bepaald handelen of nalaten onrechtmatig is, dat de aangesproken partijen daarvoor aansprakelijk zijn en dat dergelijk gedrag voor de toekomst verboden wordt hebben alle personen die geconfronteerd worden met dergelijk gedrag hetzelfde of tenminste een gelijksoortig belang, dat in beginsel los staat van hun individuele positie. Die vorderingen vragen immers slechts dat de rechter zich een oordeel vormt over de onrechtmatigheid van het gedrag/nalaten.”*

Deze overwegingen komen erop neer dat in elk geval waarin de rechter gevraagd wordt te oordelen of bepaald handelen of nalaten onrechtmatig is, en op grond daarvan een verklaring voor recht of verbod uit te spreken, de belangen gelijksoortig zijn in de zin van artikel 3:305a lid 1 BW. Die rechtsopvatting is zo algemeen gesteld onjuist. Het vereiste van gelijksoortigheid houdt in dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd.²⁶ Of dat bij een vordering tot een verklaring voor recht of een verbod het geval is, vereist vergelijking van de feitelijke en

beveiligingsincident/datalek heeft ingetrokken (zie TA 1, rov. 4.1) is dit betoog niet meer relevant.

²⁴ CvA Oracle, nr. 188.

²⁵ CvA Oracle, nrs. 189-192, in samenhang met hfdst. 3; Pleitnota Oracle 8 februari 2024, nrs. 39-41; Pleitnota Oracle 8 februari 2024, nr. 13 in samenhang met par. 2.

²⁶ HR 26 februari 2010, NJ 2011, 473 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), rov. 4.2.

juridische positie van de personen of groepen van personen die beweerdelijk belang hebben bij de verklaring voor recht of het verbod. Alleen op die manier kan immers worden vastgesteld of het efficiënter en effectiever is dat hun vorderingen in een collectieve actie worden behandeld in plaats van via door hen individueel te voeren procedures. Het Hof legt ten onrechte uitsluitend de focus op het beweerd onrechtmatig handelen of nalaten van de gedaagde in plaats van de belangen van de personen voor wie wordt opgekomen.

Voor zover het oordeel van het Hof zo moet worden begrepen dat de feitelijke en juridische positie van de beweerde gedupeerden in casu gelijksoortig is als hiervoor bedoeld, behoefde dit oordeel nadere motivering gezien het verweer van Oracle en Salesforce hiertegen (zie subonderdeel 5.2).

Schadevorderingen

- 5.4 Het Hof stelt bij zijn beoordeling van de gelijksoortigheid van de schadevorderingen voorop dat de actie van TPC ertoe strekt dat in beginsel 10 miljoen Nederlanders een gelijk forfaitair bedrag aan immateriële schadevergoeding ontvangen, ter hoogte van EUR 500 (TA 1, rov. 4.14).²⁷

Het Hof oordeelt vervolgens terecht – kort samengevat – dat (i) *punitive damages* zowel naar Nederlands schadevergoedingsrecht als op grond van de AVG niet kunnen worden toegewezen, (ii) voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding meer nodig is dan de enkele normschending. Daadwerkelijke aantasting in de persoon, respectievelijk daadwerkelijke schade is vereist, en (iii) dat de enkele omstandigheid dat een persoon niet langer de volledige controle over zijn/haar persoonsgegevens heeft niet betekent dat deze persoon schade lijdt (TA 1, rov. 4.15.1 tot en met 4.16.2).

Deze overwegingen brengen onmiskenbaar mee dat de primaire grondslag van TPC's schadevorderingen, te weten de enkele normschending, rechtens geen recht op schadevergoeding *kan* geven. TPC heeft niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat sprake is van de door het Hof bedoelde daadwerkelijke aantasting in de persoon, respectievelijk daadwerkelijke schade, in de zin van schade die concreet is geleden door een of meer identificeerbare personen of categorieën van personen.²⁸ TPC heeft slechts subsidiair, zonder onderbouwing, schadevergoeding op

²⁷ Zie ook de vindplaatsen genoemd in voetnoot 16 hiervoor.

²⁸ Vgl. Dgv, par. 5.5 en 5.7.6; MvG, par. 3.4.2.3; Pleitnota TPC 8 februari 2024, nrs. 18-20.

te maken bij staat gevorderd.²⁹ Bij die stand van zaken is geen andere conclusie mogelijk dan dat TPC onvoldoende heeft gesteld voor de gevolgtrekking dat schadevorderingen *kunnen* bestaan. In het verlengde daarvan kan het oordeel dat de beweerde schadevorderingen gelijksoortig zijn niet in stand blijven.

- 5.5 Het oordeel van het Hof dat de schadevorderingen gelijksoortig zijn behoefde in ieder geval nadere motivering, gelet op zijn overwegingen dat – kort samengevat – (i) er zeer grote individuele verschillen kunnen bestaan tussen de personen die deel uitmaken van de achterban van TPC, (ii) op dit moment niet kan worden aangenomen dat – kort gezegd – schade is geleden in de zin van het Nederlandse schadevergoedingsrecht of de AVG, (iii) immateriële schade in het algemeen sterk afhankelijk is van de omstandigheden van de persoon, en (iv) het zeer wel mogelijk is dat sommige leden van de achterban in het geheel geen schade hebben geleden (TA 1, rov. 4.17).

Gelet op die vooropstellingen moet immers uitgangspunt zijn dat de schadevorderingen niet gelijksoortig zijn, zodat het tegengestelde oordeel van het Hof nadere motivering behoeft.

- 5.6 De vereiste motivering wordt niet geboden door de overwegingen van het Hof inzake de mogelijkheden om – kort samengevat – in het kader van een collectieve schadeafwikkeling in de zin van artikel 1018i lid 2 Rv, met categorieën te werken, noch door zijn overweging dat TPC, subsidiair, vergoeding van nader bij staat op te maken schade heeft gevorderd (TA 1, rov. 4.18). Een dergelijke collectieve schadeafwikkeling of schade-staatstaatprocedure veronderstelt immers dat eerst, in het kader van de ontvankelijkheidstoets, is komen vast te staan dat de schadevorderingen kunnen bestaan en gelijksoortig zijn (zie subonderdeel 5.0 hiervoor). Bovendien kan slechts met categorieën worden gewerkt, indien er een aanknopingspunt is om de schadevorderingen van de beweerde gedupeerden in categorieën in te delen. Gelet op de in subonderdelen 5.4 en 5.5 besproken vooropstellingen van het Hof, valt zonder nadere motivering niet in te zien dat dit aanknopingspunt er is.

²⁹ Dgv, petitum onder V(c), in samenhang met Akte eisenwijziging TPC 15 november 2021, petitum onder VI(c), Appeldgv, petitum en MvG, petitum.

Onderdeel 6 – *governance* en zeggenschap over de rechtsvordering; mechanismen voor deelname en vertegenwoordiging; waarborging belangen gedupeerden

6.0 Het Hof oordeelt (i) dat aan de ontvankelijkheidseisen die de wet stelt op het gebied van *governance* en de verhouding tot de financier is voldaan (TA 1, rov. 4.10). Daarmee doelt het Hof kennelijk, zo blijkt uit de onderbouwing van dit oordeel, onder meer op de eisen van artikel 3:305a lid 2 sub c BW (zie TA 1, rov. 4.8.1 tot en met 4.9.4).³⁰

Het Hof is voorts (ii) van oordeel dat TPC voldoet aan het vereiste van artikel 3:305a lid 2 sub b BW, te weten dat TPC beschikt over passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt (zie TA 1, rov. 4.22.1 tot en met rov. 4.22.3).

Het Hof oordeelt tot slot (iii) dat de belangen van de beweerde gedupeerden voldoende zijn gewaarborgd in de zin van artikel 3:305a lid 2 BW (TA 1, rov. 4.23).³¹

³⁰ Het Hof overweegt onder het kopje '*Governance* en invloed financier' ook dat Oracle erop wijst dat de aandeelhouder van de financier aandelen in Oracle houdt, zodat niet is voldaan aan het bepaalde in art. 3:305a lid 2 sub f BW (TA 1, rov. 4.8.2, laatste zin). Het Hof is blijkens het vervolg kennelijk van oordeel dat deze bepaling niet aan ontvankelijkheid in de weg staat (zie TA 1, rov. 4.9.3). De door het Hof genoemde stelling is niet te vinden in de processtukken van Oracle. Wat hier ook van zij. Het artikel is temporeel niet van toepassing in deze zaak, zodat Oracle daar in het vervolg niet op ingaat. Het Hof verwijst onder hetzelfde kopje eveneens naar het bepaalde in art. 3:305a lid 3 sub a BW. Het Hof merkt met juistheid op dat gesteld noch gebleken is dat de bestuurders commerciële motieven hebben die via TPC gerealiseerd worden (TA 1, rov. 4.9.2). Ook deze bepaling komt daarom in het vervolg niet aan bod.

³¹ Daarnaast oordeelt het Hof onder het kopje '*Belangen per saldo gewaarborgd?*' dat ook aan de overige eisen die art. 3:305a lid 3 BW aan ontvankelijkheid stelt, is voldaan (TA 1, rov. 4.24). Dat aan deze eisen is voldaan is niet in geschil, zodat daarop niet wordt teruggekomen. Opgemerkt zij dat Oracle eerder heeft betoogd dat de vordering met betrekking tot het beveiligingsincident/datalek onvoldoende band heeft met de Nederlandse rechtssfeer in de zin van art. 3:305a lid 3 sub b BW (CvA Oracle, par. 6.8). Dit doet niet meer terzake, nu TPC haar daarop ziende vorderingen heeft laten vallen (zie voetnoot 23 hiervoor).

- 6.1 Deze oordelen gaan uit van de *ex nunc*-toets, die door onderdeel 1 wordt bestreden.³² Bij slagen van onderdeel 1 kan het oordeel dat aan de voornoemde ontvankelijkheidseisen is voldaan niet in stand blijven.

De oordelen bedoeld onder (ii) en (iii) bouwen bovendien voort op het oordeel over de representativiteit (zie TA 1, rov. 4.22.3, eerste zin en TA 1, rov. 4.23, eerste zin). Ook bij slagen van onderdeel 2 kunnen deze oordelen niet in stand blijven.

De oordelen onder (i) tot en met (iii) getuigen voorts op zichzelf beschouwd van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn ontoereikend gemotiveerd, om de hierna in subonderdelen 6.2 tot en met 6.4 uiteengezette redenen. Een rode draad hierin is dat het oordeel van het Hof over de in subonderdeel 6.0 bedoelde ontvankelijkheidseisen dermate summier is, in verhouding tot het betoog van Oracle (en Salesforce) dat niet aan deze eisen is voldaan, dat het oordeel niet aan de daaraan te stellen motiveringseisen voldoet. Dat geldt temeer in het licht van de verplichting van het Hof om de ontvankelijkheidseisen van de WAMCA ambtshalve te toetsen,³³ de omstandigheid dat stelplicht en bewijslast dat aan deze ontvankelijkheidseisen is voldaan op TPC rust³⁴ en de devolutieve werking van het appel.

- 6.2 Oracle heeft gemotiveerd betwist dat de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt, als bedoeld in artikel 3:305a lid 2 sub c BW, alsmede dat de belangen van de personen voor wie TPC beweert op te komen voldoende zijn gewaarborgd in de zin van artikel 3:305a lid 2 BW.³⁵ Zo heeft Oracle onder meer gewezen op de omstandigheden dat (i) de voorbereidingen van de

³² Zie naast TA 1, rov. 4.7 en 4.7.5 specifiek inzake het oordeel bedoeld in subonderdeel 3.0 onder (i) TA 1, rov. 4.9.4: “[i]n dit stadium” en rov. 4.10: “thans”, en inzake het oordeel onder (ii) TA 1, rov. 4.22.3 in samenhang met rov. 4.22.2. Het oordeel onder (iii) bouwt voort op het oordeel over de representativiteit en de mechanismen voor deelname en vertegenwoordiging (TA 1, rov. 4.23, eerste zin). Nu de laatstgenoemde oordelen uitgaan van een *ex nunc*-toets, geldt hetzelfde voor dit oordeel.

³³ Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 39.

³⁴ Artt. 149 en 150 Rv, in samenhang met artikel 3:305a lid 1 jo lid 2 BW. Vgl. ook de verplichting van art. 1018c lid 1 onder d Rv dat de dagvaarding een omschrijving moet bevatten van de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a lid 1-3 BW.

³⁵ CvA Oracle, nrs. 174-183 (in samenhang met nrs. 167-171); MvA Oracle, nrs. 56 en 64-68 (in samenhang met par. 2.2 en nrs. 57-62). Vgl. ook Pleitnota Salesforce 15 november 2021, par. 2.2 en nrs. 29-30; Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, par. 3.1.1.

collectieve actie al moeten zijn aangevangen voordat TPC was opgericht, (ii) de door de procesfinancier bedongen vergoeding zeer hoog is, en (iii) op cruciale momenten het bestuur en de raad van toezicht van TPC niet compleet waren, waardoor van een effectief functionerend toezicht geen sprake is geweest. Oracle heeft in dit kader in het bijzonder uiteengezet dat op het moment van dagvaarding en bij het aangaan van de financieringsovereenkomst de raad van toezicht slechts bestond uit twee leden, waarvan één benoemd was door de financier, en dat na het vonnis in eerste aanleg alle leden van het bestuur en de raad van toezicht zijn opgestapt en vervangen, waarbij het door de financier benoemde lid van de raad van toezicht het langst is aangebleven.³⁶ Oracle heeft in dat licht ook (tegen)bewijs aangeboden.³⁷

Het Hof gaat in antwoord op dit betoog slechts kenbaar in op de vereisten van artikel 3:305a lid 2 sub a en e BW (TA 1, rov. 4.9.1 en 4.9.2), alsmede de vereisten van artikel 3:305a lid 2 sub f BW en 3:305a lid 3 sub a BW,³⁸ en overweegt voorts alleen in concluderende bewoordingen: *“In dit stadium van de procedure is voldoende aannemelijk dat de belangen van de procesfinancier en TPC geheel parallel lopen en is het overleggen van de financieringsovereenkomst niet nodig. Of dat in een later stadium anders wordt valt nu nog niet te overzien.”* (TA 1, rov. 4.9.4).

Het Hof miskent met dit oordeel ten eerste dat het niet erom gaat of de belangen van de *belangenorganisatie* parallel lopen met die van de procesfinancier, maar om de vraag of de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de belangenorganisatie ligt als bedoeld in artikel 3:305a lid 2 sub c BW en of de belangen van de beweerde gedupeerden mede daardoor voldoende zijn gewaarborgd in de zin van artikel 3:305a lid 2 BW.

Het Hof motiveert voorts ontoereikend, want in het geheel niet, waarom het Oracle's betoog verwerpt dat de zeggenschap niet in voldoende mate bij TPC ligt en dat de belangen van de beweerde gedupeerden niet voldoende zijn gewaarborgd.

Het oordeel van het Hof dat het overleggen van de financieringsovereenkomst niet nodig is, is ook ontoereikend gemotiveerd, nu alleen door inzage in de financieringsovereenkomst definitief kan komen vast te staan of de zeggenschap over de rechtsvordering in feite in voldoende mate bij TPC ligt. TPC heeft bovendien zich bereid verklaard de financierings-

³⁶ CvA Oracle, nr. 176 (in samenhang met nrs. 168-170); MvA Oracle, nr. 68 (in samenhang met par. 2.2 en nrs. 57-62).

³⁷ MvA Oracle, nrs. 68 en 157.

³⁸ Zie over de laatstgenoemde vereisten voetnoten 30 en 31 hiervoor.

overeenkomst desgewenst in het geding te brengen,³⁹ terwijl Oracle van haar kant om overlegging van de overeenkomst heeft verzocht.⁴⁰ Bij gebreke van nadere motivering, valt zo niet in te zien hoe het Hof zonder kennisname van deze overeenkomst tot zijn voornoemde oordeel heeft kunnen komen.⁴¹

6.3 Het Hof overweegt dat TPC heeft gesteld dat zij over voldoende middelen beschikt, in de zin van artikel 3:305a lid 2 sub c BW (TA 1, rov. 4.8.1). Oracle heeft deze stelling gemotiveerd betwist, waarbij zij heeft aangevoerd dat TPC – kort gezegd – afhankelijk is van procesfinancier [gegevens verwijderd].⁴²

Het Hof volgt kennelijk, blijkens zijn oordeel dat thans aan de ontvankelijkheidseisen die de wet stelt op het gebied van *governance* en de verhouding tot de financier is voldaan, het betoog van TPC, maar zet niet uiteen waarom. Het oordeel van het Hof is daarmee ontoereikend gemotiveerd.

Onderbouwing was temeer vereist, gezien de omstandigheden dat (i) TPC in eerste aanleg slechts aangaf over financiering voor de procedure in eerste aanleg te beschikken,⁴³ (ii) niet in geschil is dat TPC in hoger beroep extra financiering heeft aangetrokken van [gegevens verwijderd], zodat zij zich daartoe kennelijk genoodzaakt zag, en er aanwijzingen zijn dat [gegevens verwijderd] de gelden kan terugvorderen als TPC bepaalde voorwaarden schendt;⁴⁴ en (iii) TPC bij de mondelinge behandeling in appel heeft verklaard dat “[d]e financieringsovereenkomst [niet] voorziet [...] in een einde van de zaak indien de schadevordering komt te vervallen. Als de procedure verder gaat zonder schadevordering, is dat een wezenlijke wijziging van de zaak. Wij zullen dan samen met de financier moeten kijken wat dat betekent.”⁴⁵ Nu het Hof de mogelijkheid openlaat dat later in de procedure blijkt dat de schadevorderingen niet ontvankelijk zijn, althans dat zij niet kunnen worden toegewezen (zie subonderdeel 3.0), is zonder nadere motivering niet begrijpelijk waarom

³⁹ P-V mondelinge behandeling 8 februari 2024, p. 6 (uitlatingen mr. [gegevens verwijderd]).

⁴⁰ CvA Oracle, nrs. 203 en 207; vgl. ook Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, par. 3.3.

⁴¹ Vgl. Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), pp. 11 en 20.

⁴² Zie de vindplaatsen genoemd in voetnoot 35 hiervoor.

⁴³ Dgv, nrs. 902 en 918 sub e, waarover CvA Oracle, nr. 182 en MvA Oracle, nr. 58.

⁴⁴ Vgl. Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, nrs. 58-60; P-V mondelinge behandeling 8 februari 2024, p. 11 (uitlatingen mr. [gegevens verwijderd]), met verwijzing naar producties TPC 73 en 73C).

⁴⁵ P-V mondelinge behandeling 8 februari 2024, p. 7 (uitlatingen mr. [gegevens verwijderd]).

TPC over voldoende middelen beschikt om de procedure te kunnen voeren.⁴⁶

- 6.4 Het Hof miskent tot slot met zijn oordeel dat “[...] voldoende [is] dat TPC haar achterban via de internetpagina, de nieuwsbrieven en de AMA-sessies op de hoogte houdt van en via de klankbordgroep en de steunbetuigende organisaties voeling houdt met de achterban” (TA 1, rov. 4.22.3) dat artikel 3:305a lid 2 sub b BW meer vereist dan dat TPC ongericht informatie verspreidt die bestemd is voor beweerde gedupeerden, laat staan dat de beweerde gedupeerden of de organisaties – kort gezegd – slechts passief informatie ontvangen van TPC. Er dient een passend en doeltreffend mechanisme te bestaan voor de actieve deelname aan of vertegenwoordiging van de beweerde gedupeerden bij de besluitvorming van TPC, in de zin dat de beweerde gedupeerden zelf voldoende inspraak op deze besluitvorming moeten hebben.⁴⁷

Voor zover het oordeel van het Hof zo moet worden begrepen dat de beweerde gedupeerden daadwerkelijk voldoende inspraak op de besluitvorming van TPC hebben, is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd. Uit de eigen stellingen van TPC volgt immers dat de beweerde gedupeerden slechts betrokken worden bij haar *beslissingen* via de “*kort geleden*” (dat wil zeggen kort voor de mondelinge behandeling in appel van 8 februari 2024) ingestelde klankbordgroep. Deze klankbordgroep bestaat volgens TPC uit “*zo’n 10 personen uit de achterban*”.⁴⁸ Oracle heeft voorts gemotiveerd betwist dat aan het vereiste van artikel 3:305a lid 2 sub b BW is voldaan,⁴⁹ in welk kader zij onder meer heeft gesteld dat TPC aan de zogeheten *Ask me Anything*-sessies en rondetafelsessies waarop zij een beroep doet geen ruchtbaarheid heeft gegeven en dat TPC’s nieuwsbrieven alle dateren van ná het instellen van het hoger beroep.⁵⁰ Zonder nadere motivering is onbegrijpelijk dat TPC op deze wijze een passend en doeltreffend mechanisme heeft om de 10 miljoen beweerde gedupeerden voldoende inspraak op de besluitvorming van TPC te bieden (vgl. ook subonderdeel 2.3 onder (iii)).

⁴⁶ Vgl. de vindplaatsen genoemd in voetnoot 41.

⁴⁷ Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), pp. 19-20.

⁴⁸ Pleitnota TPC 8 februari 2024, nr. 52 (zie ook nrs. 51 en 53-66), en productie 68 TPC.

⁴⁹ CvA Oracle, nrs. 172-173; MvA Oracle, par. 6.5; vgl. ook Pleitnota Salesforce 8 februari 2024, par. 3.1.2.

⁵⁰ MvA Oracle, nrs. 146-147.

CONCLUSIE

Op grond van dit middel vordert Oracle dat de Hoge Raad de bestreden arresten vernietigt, en verder beslist zoals hij passend acht, met veroordeling van TPC in de kosten van het geding, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na het door de Hoge Raad te wijzen arrest.

20 december 2024



Advocaat

Aantal woorden processtuk exclusief voorblad: 7399

Deze zaak wordt behandeld door mr. R.L.M.M. Tan, Tan Advocatuur B.V.,
Weesperstraat 61, 1018 VN Amsterdam, T +31 20 2333344, M +31 6
53707928, F + 31 20 2581777, E robbert.tan@tanadvocatuur.com.