

feit dat hij zijn verdedigingsrechten uitoefent, lijkt dat toch evident in strijd met art. 6 EVRM. Iets anders is dat een rechter de weigering van een verdachte om opheldering te verschaffen over essentiële zaken in voorkomend geval wel zal kunnen betrekken in zijn bewijsrechtelijk oordeel. Daar ligt dus al wel een risico op nadeel bij een beroep op het zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie. Dat nadeel behoort echter niet te worden verdubbeld door ook nog eens (extra) straf op te leggen voor de keuzes die een verdachte als autonome procespartij moet kunnen en moet mogen maken.

prof. mr. D.R. Doorenbos
hoogleraar ondernemingsstrafrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Stibbe te Amsterdam

Varia

245

Ontvankelijkheid bij collectieve schadevergoedingsactie wegens privacyschendingen van internetgebruikers

Gerechtshof Amsterdam
18 juni 2024, 200.308.490/01,
ECLI:NL:GHAMS:2024:1651
(mr. Hofmeijer-Rutten, mr. Alwin, mr. Bosch)
Noot mr. D.A. van der Kooij

Collectieve actie. WAMCA. Schadevergoedingsvorderingen wegens privacyschendingen die samenhangen met het plaatsen van cookies en het opbouwen en gebruiken van profielen van internetgebruikers voor onder meer gerichte reclame. Ontvankelijkheid. Toetsing ex nunc. Gelijksortigheid van belangen. Immateriële schade. Representativiteit. Verwijzing naar o.a. HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichisches Post) en HvJ EU 25 januari 2024, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn).

[BW art. 3:305a; Rv art. 1018b e.v.; BW art. 6:162, AVG art. 82]

De hoofdregel van het burgerlijk procesrecht is dat ontvankelijkheid in hoger beroep ex nunc getoetst wordt. De WAMCA voorziet onmiskenbaar in een verscherping van de gebruikelijke ontvankelijkheidseisen in een collectieve actie als deze. De ratio daarvan is onder meer gelegen in de wens tot het weren van ongewenste eisers, waarbij vooral gedacht is aan eisers met (financiers met) oneigenlijke, eigen commerciële beweegredenen en aan eisers die niet op hun taak berekend zijn. Die ratio zou echter moeten leiden tot het voortdurend in de gaten houden van de inrichting van eiser, zodat het eens en voor al toelaten van een eiser zodra zijn inrichting, helemaal aan het begin, in orde is bevonden, ongewenst is. Dat pleit voor toetsing ex nunc, waarbij alle ontwikkelingen in de beschouwingen kunnen worden betrokken. In het bij invoering van de WAMCA gewijzigde art. 3:305a BW wordt het moment waarop

aan de ontvankelijkheidseisen moet zijn voldaan (nog steeds) niet genoemd. Wel is in art. 1018c lid 5 sub c Rv uitdrukkelijk sprake van het moment waarop het geding aanhangig wordt, maar dat onderdeel ziet louter op de vraag of de vordering summierlijk ondeugdelijk is. Als art. 1018c lid 5 sub c Rv zou gelden in hoger beroep, zijn er geen aanknopingspunten waaruit volgt dat deze bepaling met zich brengt dat de volledige ontvankelijkheidstoets *ex tunc* dient te geschieden. Dit volgt evenmin uit het in art. 1018c lid 1 aanhef en sub d Rv neergelegde voorschrift dat de dagvaarding een omschrijving bevat van de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW. Op voorgaande gronden dient toetsing van de ontvankelijkheid *ex nunc* te geschieden.

De actie van appellante strekt ertoe dat in beginsel 10 miljoen Nederlandse internetgebruikers een gelijk forfaitair bedrag aan immateriële schadevergoeding ontvangen. Schade is meestal afhankelijk van de bijzonderheden van het geval en de betrokken persoon. De schade waarvan appellante vergoeding vordert, is immateriële schade. Haar standpunt komt erop neer dat elke persoon van wie de persoonsgegevens zijn verwerkt/gebruikt op de door haar onrechtmatig geachte wijze, reeds daardoor immateriële schade lijdt, die in alle gevallen kan worden gesteld op € 500. Het effectiviteitsbeginsel vergt volgens appellante dat deze schade in een collectieve actie kan worden gevorderd. Daarvan gaat een aanzienlijke afschrikwekkende werking uit. Zij beroept zich onder meer op HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:322 (Meta/Bundesverband); HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (NAM/Groningse aardbevingsschade). Appellante grondt haar vorderingen onder meer op onrechtmatige daad. Uit de aard van het Nederlandse schadevergoedingsrecht volgt dat voor toekenning van schadevergoeding noodzakelijk is dat daadwerkelijk schade is geleden. Punitieve schadevergoeding is niet mogelijk. In de wetsgeschiedenis van de WAMCA is benadrukt dat dat uitgangspunt evenzeer onder de WAMCA geldt. Voor zover appellante punitieve schadevergoeding vordert, is dat deel van de vordering dus niet toewijsbaar. Appellante grondt haar vorderingen ook op art. 82 AVG, dat eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op de AVG, het recht

geeft om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade. Voor het ontstaan van dit Unierechtelijk recht op immateriële schadevergoeding is eveneens vereist dat daadwerkelijk schade is geleden; een enkele inbreuk op de AVG volstaat niet. Het gaat om compensatie van die schade en niet om punitieve damages. De afschrikwekkende werking van het moeten betalen van een schadevergoeding (dan wel de dreiging daarvan) kan dus ook in dit opzicht geen rol spelen en de vordering is niet toewijsbaar voor zover die strekt tot toekenning van punitieve damages. Ook de (gegronde) vrees voor misbruik van de gegevens door een derde kan immateriële schade opleveren, maar de enkele omstandigheid dat een persoon niet langer de volledige controle over zijn/haar persoonsgegevens heeft, betekent niet dat deze persoon schade lijdt. Zie onder meer HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post); HvJ EU 14 december 2023, ECLI:EU:C:2023:986 (Natsionalna agentsia za prihodite); HvJ EU 21 december 2023, ECLI:EU:C:2023:1022 (Krankenversicherung Nordrhein) en HvJ EU 25 januari 2024, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn). Uit de wetsgeschiedenis van de WAMCA blijkt dat de wetgever heeft voorzien dat niet elk lid van de achterban gelijke schade heeft geleden. In dat kader is de mogelijkheid van het werken met diverse categorieën opgenomen (zie ook art. 1018i lid 2 Rv). Daaruit volgt dat niet noodzakelijk is dat de schade voor iedereen gelijk is. Ook de schadevorderingen voldoen daarmee aan het gelijksoortigheidsvereiste. De gestelde schade vloeit voort uit een gelijke normschending en kan – voor zover toewijsbaar – in hoogte verschillen, waarbij een indeling in categorieën voor de hand ligt. Voorts verdient opmerking dat een collectieve actie waarin ook wordt beslist over eventuele schadevergoeding efficiënt is, omdat het in het voordeel van alle partijen is dat kan worden volstaan met één procedure. Het niet reeds in de ontvankelijkheidsfase laten stranden van het schadevergoedingsonderdeel past bij de ratio van de huidige WAMCA. Dat betekent dat de onduidelijkheid aangaande de gestelde schade op dit moment niet in de weg staat aan ontvankelijkheid van appellante.

De wet stelt op het punt van representativiteit geen getalsmatig criterium. Uit de langdurige wetsgeschiedenis van de WAMCA blijkt dat van

het noemen van een getal, absoluut of relatief, bewust is afgezien. Uit de omstandigheid dat niet alleen verenigingen, die vanzelfsprekend leden hebben, maar ook stichtingen, die dat niet hebben, als eiser kunnen optreden, volgt dat de wetgever het kennelijk niet zonder meer noodzakelijk heeft geacht dat vastgesteld kan worden wie precies de achterban van de eiser vormt. Het is ook niet nodig dat aannemelijk wordt gemaakt dat de gehele (nader nauw te omschrijven) groep die gebaat kan zijn door deze actie van appellante, deze actie thans wenst of steunt. Free riding is toegestaan. Noodzakelijk, maar tevens voldoende, is dat een achterban bestaat, dat wil zeggen dat een niet te verwaarlozen aantal personen behorende tot die (nauw te omschrijven) groep achter deze actie van appellante staat. Daarvoor is wel degelijk relevant dat maatschappelijke organisaties en diverse stichtingen steun voor deze collectieve 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 appellante niet heeft, onderschrijven dat (deze) actie ten behoeve van die internetgebruikers moet worden gevoerd.

*Stichting The Party Collective te Utrecht, appellante,
advocaat: mr. F.M. Peters,
tegen*

*1. Oracle Nederland BV te Utrecht,
advocaat: mr. M.H. de Boer,
2. SFDC Netherlands BV te Amsterdam,
advocaat: mr. G.H. Potjewijd,
en 3 buitenlandse rechtspersonen,
geïntimeerden.*

1. De zaak in het kort

Deze zaak heeft betrekking op persoonsgegevens van Nederlandse internetgebruikers. TPC heeft massaschadeclaims ingediend tegen Oracle en Salesforce wegens privacyschendingen die samenhangen met het plaatsen van cookies en het opbouwen en gebruiken van profielen van internetgebruikers voor onder meer gerichte reclame. Omdat de wet bijzondere eisen stelt aan stichtingen die dit soort vorderingen instellen moet eerst worden nagegaan of TPC wel aan die eisen voldoet. De rechtbank oordeelde van niet en heeft

TPC daarom niet-ontvankelijk in haar vorderingen verklaard. Het hof komt tot een ander oordeel.

(...; red.)

3. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 3.1 tot en met 3.5 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

3.1. TPC is opgericht op 29 mei 2020. De statuten van TPC luiden – voor zover in dit geding van belang – als volgt:

“Doel en middelen:

Artikel 3

1. De Stichting heeft ten doel het behartigen van belangen van natuurlijke personen die gebruikmaken van het internet door te surfen op het internet en/of door gebruik te maken van producten en/of diensten die persoonsgegevens in digitale vorm kunnen opslaan, overdragen of verwerken, waardoor jegens die internetgebruikers op enig moment een schending van hun recht op bescherming van hun privacy of hun recht op bescherming van hun persoonsgegevens plaatsvindt of heeft plaatsgevonden, een en ander in de ruimste zin van het woord.”

3.2. Bij aangetekende brieven van 3 juni 2020 heeft TPC Oracle en Salesforce, internationale ondernemingen die een dienst genaamd “Data Management Platform” (hierna: DMP) aanbieden aan klanten, aansprakelijk gesteld voor de door haar achterban geleden schade als gevolg van inbreuken op het recht op bescherming van privacy en het recht op bescherming van persoonsgegevens. TPC heeft Oracle en Salesforce daarbij uitgenodigd om met haar in onderhandeling te treden over het toekennen van een redelijke vergoeding voor de door de achterban van TPC geleden schade.

3.3. Naar aanleiding van deze brieven heeft op 3 juli 2020 overleg plaatsgevonden tussen TPC en Salesforce. Op 7 juli 2020 heeft overleg plaatsgevonden tussen TPC en Oracle.

3.4. TPC maakt gebruik van de website www.the-privacycollective.nl.

3.5. TPC had ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding een bestuur, maar geen toezichthoudend orgaan. Ten tijde van de zitting in dit hoger beroep had TPC een bestuur bestaande uit drie personen en een raad van toezicht, bestaande uit drie personen.

4. Beoordeling

4.1. Voor zover van belang in hoger beroep vordert TPC verklaringen voor recht over handelen in strijd met de in de inleidende dagvaarding genoemde fundamentele rechten (uit het Handvest EU), de AVG en de Telecommunicatiewet en hoofdelijke aansprakelijkheid daarvoor van Oracle en Salesforce. Daarnaast vordert TPC ge- en verboden en veroordeling van Oracle en Salesforce ieder voor zich tot betaling van € 5 miljard, althans € 500 per persoon van de relevante achterban van TPC en vergoeding van de volledige (buitengerechtelijke) proceskosten, daaronder begrepen de kosten van de procesfinancier en de door TPC voorgestane claimafhandelaar. In eerste aanleg hadden de vorderingen van TPC ook betrekking op een datalek (hierna: het datalek).

De rechtbank heeft TPC niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen omdat, kort samengevat, alle omstandigheden in aanmerking genomen niet is voldaan aan het representativiteits- en waarborgvereiste van art. 3:305 a lid 2 BW. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt TPC met haar vijf grieven op. Grieven 1 en 2 zien op het (voldoen aan het) representativiteitsvereiste in engere zin, grief 3 op het vooruitlopen op het debat in de hoofdzaak, grief 4 op het raadplegingsvereiste, en grief 5 op het aan TPC bieden van de mogelijkheid tot herstel in hoger beroep. TPC heeft voorts haar eis in hoger beroep gewijzigd. Kort samengevat komt die wijziging erop neer dat het in eerste aanleg aan de orde gestelde datalek niet langer onderwerp van haar vorderingen is, dat zij haar vorderingen beperkt tot personen die in Nederland wonen en dat zij haar vorderingen uitbreidt tot een eventuele nieuwe naam voor het [naam]. Het hof komt hier later in dit arrest op terug.

4.2. Dat de rechtbank en ook dit hof internationale rechtsmacht toekomt is terecht niet in geschil. Ongeacht het recht dat van toepassing is op de vorderingen moet de vraag of TPC ontvankelijk is worden beoordeeld naar Nederlands recht (naar overigens niet in geschil is). Tenslotte zijn op deze vorderingen temporeel de artikelen

3:305a BW en 1018b e.v. Rv zoals gewijzigd respectievelijk ingevoerd met de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA) van toepassing omdat de vorderingen na 1 januari 2020 zijn ingesteld en enkel betrekking op feiten van na 25 mei 2018.

Geschil

4.3.1. Volgens TPC verzamelen Oracle en Salesforce in het kader van de DMP-dienst die zij aanbieden persoonsgegevens van internetgebruikers, verwerken zij deze in gedetailleerde profielen en verkopen zij deze informatie aan derden om hen onder meer in staat te stellen gepersonaliseerde advertenties aan te bieden op websites. Deze gegevensverzameling begint volgens TPC met het door Oracle en Salesforce plaatsen van een cookie (genaamd “[naam]”) op de apparatuur van de internetgebruiker met behulp waarvan persoonsgegevens worden verzameld. Oracle en Salesforce verkrijgen de via het cookie verzamelde gegevens en andere unieke identificatoren met informatie uit alternatieve bronnen. Volgens TPC bouwen Oracle en Salesforce op dagelijkse basis aan een profiel, zodat een zo volledig mogelijk overzicht ontstaat van de karaktereigenschappen en interesses van de betreffende persoon. Het doel van de gegevensverwerkingen is onder meer het delen van het profiel van de internetgebruiker in een proces dat Real Time Bidding (hierna: RTB) wordt genoemd. Hierbij wordt het profiel van de internetgebruiker in een zeer snel, volledig geautomatiseerd proces tegen betaling aangeboden aan adverteerders, teneinde gepersonaliseerde advertenties op websites te tonen. Oracle en Salesforce spelen met hun DMP-dienst een cruciale rol in het RTB-proces, aldus steeds TPC.

4.3.2. Oracle en Salesforce betwisten in het kader van het debat over de ontvankelijkheid reeds een deel van de feitelijke stellingen van TPC over hun activiteiten en voeren voorts onder meer aan dat zij geen verwerkingsverantwoordelijken (in de zin van de AVG) en/of datahandelaren zijn. Volgens Oracle worden cookies, ook haar [naam], geplaatst door de website die de internetgebruiker bezoekt en kan een website uitsluitend cookies plaatsen voor de browser die wordt gebruikt om de website te bezoeken. De beslissing om wel of geen cookies te gebruiken – en zo ja, welke cookies – wordt altijd enkel genomen door de websitehouder. Oracle betwist dat zij advertentiediensten verleent. Het enige dat Oracle doet, is

klanten een middel bieden om gesegmenteerde interesseprofielen van gebruikers te creëren en deze profielen vervolgens geschikt te maken voor filtering.

Salesforce onderschrijft die stellingen van Oracle, die ook gelden voor haar _ [naam], en betoogt dat zij een software-onderneming is die haar klanten een DMP aanbiedt waarmee klanten na aanschaf zelf bepalen hoe zij hun interacties met internetgebruikers organiseren. Zij verdient haar geld met licenties, niet met verkoop van data. Salesforce heeft geen inzage of inzicht in de persoonsgegevens die haar klanten verwerken en Salesforce verzamelt via dit softwareproduct geen persoonsgegevens voor eigen commerciële doeleinden, aldus Salesforce en Oracle.

Eiswijziging en “gebeurtenis(sen)”

4.4. In dit stadium, waarin nog geen inhoudelijk debat is gevoerd over dit geschil over de feiten en de duiding daarvan met het oog op de toewijsbaarheid van de vorderingen van TPC, is beoordeling daarvan niet aan de orde (behoudens in het kader van de summierlijke ondeugdelijkheid, zie rov. 4.27).

Wel moet nu worden vastgesteld op welke “gebeurtenis” of “gebeurtenissen” de collectieve vorderingen betrekking hebben, gelet op art. 1018 c lid 1 onder a Rv. Bedoeld artikel noemt als processtuk waarin de gebeurtenissen (moeten) worden omschreven (slechts) de inleidende dagvaarding waarbij de vordering wordt ingesteld.

4.4.1. In dit geval is de vordering in eerste aanleg gewijzigd na het instellen van de vordering bij inleidende dagvaarding. De rechtbank heeft die wijziging (impliciet) toegelaten. In appel is de eis opnieuw gewijzigd. Daartegen is geen bezwaar gemaakt.

Het WAMCA-procesrecht bevat geen speciale regeling voor eiswijzigingen. Dat betekent, dat de toelaatbaarheid daarvan in beginsel naar de normale regels moet worden beoordeeld en dus afhangt van de vraag of sprake is van strijd met de goede procesorde.

Verder ziet het WAMCA-procesrecht louter op de eerste aanleg. De wetgever zag en ziet geen aanleiding om appelprocesrecht vast te stellen; hij wacht af hoe de rechtspraak zich ontwikkelt. Daarom dient thans uitgegaan te worden van het gewone appelprocesrecht, met dien verstande dat daarvan afgeweken moet worden als het doel, het systeem

en/of de inrichting van de WAMCA-procedure dat meebrengen.

4.4.2. Tegen die achtergrond oordeelt het hof als volgt.

De eiswijzigingen in appel houden in de eerste plaats eisverminderingen in. Dat geldt voor het niet langer tot de achterban rekenen van personen die slechts tijdelijk in Nederland verblijven en voor het niet langer in de verwijten betrekken van het datalek. Eisverminderingen zijn in het algemeen zonder meer toelaatbaar. Er is geen reden om daarover in deze zaak anders te oordelen.

Verder gaat het om de toevoeging achter de naam van de relevante cookie, [naam] dan wel _ [naam] _, van de tekst: (*of enige andere naam*). Over die toevoeging heeft TPC ter zitting toegelicht dat beoogd is te voorzien in het geval dat Oracle haar [naam] dan wel Salesforce haar _ [naam] een andere naam geeft. Na die verduidelijking is daartegen door Oracle en Salesforce geen bezwaar gemaakt. Strijd met de goede procesorde levert dit niet op.

4.4.3. Omdat het in een WAMCA-zaak van belang is dat de achterban kennis kan nemen van de ingestelde vordering is voor de dagvaarding in eerste aanleg op straffe van niet-ontvankelijkheid voorgeschreven dat deze in het register wordt ingeschreven. De wetgever heeft geen bijzondere regels gesteld voor inschrijving in dat register van een gewijzigde eis, maar uit doel en systeem van de WAMCA volgt dat de achterban kennis moet kunnen nemen van de eis zoals die uiteindelijk ter beslissing aan de rechter voorligt. Alleen dan kan men zich immers een oordeel vormen over de vordering en daarop zijn of haar gedrag afstemmen. Hoewel dat niet in de wet is voorgeschreven heeft TPC ook haar appeldagvaarding – inclusief eiswijzigingen – in dat register doen inschrijven. Dat strookt met de kennelijke strekking van het voorschrift om de inleidende dagvaarding in het register in te schrijven. Doel of systeem van de WAMCA-procedure brengen in dit geval geen verdere eisen mee.

4.4.4. Ook de bijzondere eisen van de WAMCA-procedure staan dus niet aan de eiswijzigingen in de weg, zodat recht gedaan wordt op de gewijzigde eis.

4.5. Als omschrijving van de (door TPC gestelde) gebeurtenissen waarop de vorderingen van TPC betrekking hebben in de zin van art. 1018c lid 1 onder a Rv merkt het hof, mede gelet op het voorgaande, op dit moment aan, zonder dat daarmee

voortuitgelopen wordt op de vaststelling van art. 1018e lid 2 Rv, die nu nog niet aan de orde is:

- de verzameling van persoonsgegevens van naar schatting 10 miljoen in Nederland wonende internetgebruikers door Oracle en Salesforce sedert 25 mei 2018 (het moment waarop de AVG van toepassing is geworden), doordat Oracle en Salesforce hun [naam] met een unieke identifier op de eindapparatuur van de gebruiker plaatsen en zo het internetgedrag van internetgebruikers gedurende lange tijd volgen;
- de verwerking van een aanzienlijke hoeveelheid aldus verkregen persoonsgegevens en de vrijkoming van de persoonsgegevens in gedetailleerde profielen;
- de volledig geautomatiseerde verkoop van deze profielen aan datahandelaren, adverteerders en websitehouders en andere derden (RTB), onder meer om online gepersonaliseerd adverteren mogelijk te maken;
- de synchronisatie van de unieke identificatoren van de [naam] met de unieke identificatoren van de cookies van andere adtech partijen (“cookie [...]”), waardoor andere bedrijven dankzij Oracle en Salesforce kennis nemen van persoonsgegevens en profielen.

Ontvankelijkheidseisen

Ex tunc of ex nunc

4.6. Partijen twisten over de vraag of TPC alleen dan ontvankelijk is als zij reeds op het moment van de indiening van de vordering in eerste aanleg aan alle ontvankelijkheidseisen voldeed (ex tunc-toets) of dat het erop aan komt of zij nu aan die eisen voldoet, dat wil zeggen daaraan voldeed ten tijde van het sluiten van het onderzoek op de zitting in appel (ex nunc-toets).

4.7. Het hof is van oordeel dat toetsing ex nunc dient plaats te vinden. Dat wordt als volgt toegelicht.

4.7.1. De hoofdregel van het burgerlijk procesrecht is, dat ontvankelijkheid in hoger beroep ex nunc getoetst wordt. Dat is vaste rechtspraak en valt te verklaren vanuit de ruime herstelfunctie die aan het hoger beroep naar Nederlands procesrecht toekomt. Het is, vanuit een oogpunt van goede rechtspleging, ongewenst om, als in eerste aanleg blijkt van een gebrek dat hersteld kan worden, herstel van dat gebrek in appel buiten beschouwing te laten. Dat zou afbreuk doen aan de integrale nieuwe toetsing van het geschil in appel.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2022 (Trafigura, ECLI:NL:HR:2022:165) waarin ook de ontvankelijkheid in een collectieve actie aan de orde was, zij het onder de oude versie van art. 3:305a BW, volgt dat herstel van een aanvankelijk bestaand ontvankelijkheidsgebrek kan leiden tot ontvankelijkheid in appel.

4.7.2. De WAMCA voorziet onmiskenbaar in een verscherping van de gebruikelijke ontvankelijkheidseisen in een collectieve actie als deze. De ratio daarvan is onder meer gelegen in de wens tot het weren van ongewenste eisers, waarbij vooral gedacht is aan eisers met (financiers met) on-eigenlijke, eigen commerciële beweegredenen en aan eisers die niet op hun taak berekend zijn. Die ratio zou echter moeten leiden tot het voortdurend in de gaten houden van de inrichting van eiser, zodat het eens en voor al toelaten van een eiser zodra zijn inrichting, helemaal aan het begin, in orde is bevonden ongewenst is. Dat pleit voor toetsing ex nunc, waarbij alle ontwikkelingen in de beschouwingen kunnen worden betrokken.

4.7.3. In het bij invoering van de WAMCA gewijzigde art. 3:305a BW wordt het moment waarop aan de ontvankelijkheidseisen moet zijn voldaan moet zijn (nog steeds) niet genoemd. Wel is in art. 1018c lid 5 sub c Rv uitdrukkelijk sprake van *het moment waarop het geding aanhangig wordt*, maar dat onderdeel ziet louter op de vraag of de vordering summierlijk ondeugdelijk is. Dat is een wezenlijk andere vraag dan die naar de ontvankelijkheid samenhangend met de inrichting en de aard van de eisende rechtspersoon zoals die nader in de wet, met name in art. 3:305a BW, is omschreven.

Als art. 1018c lid 5 sub c Rv zou gelden in hoger beroep zijn er geen aanknopingspunten waaruit volgt dat deze bepaling met zich brengt dat de volledige ontvankelijkheidstoets ex tunc dient te geschieden. Dit volgt evenmin uit het in art. 1018c lid 1 aanhef en sub d Rv neergelegde voorschrift dat de dagvaarding een omschrijving bevat van de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW.

4.7.4. Oracle en Salesforce hebben zich niet alleen beroepen op de tekst van art. 1018c lid 5 Rv maar hebben ook aangevoerd dat het ongewenst is dat tijd, geld en moeite wordt geïnvesteerd in een procedure die is aangespannen door een eiser die niet vanaf het begin heeft gezorgd dat aan alle ontvankelijkheidseisen is voldaan. Vanuit dat oogpunt

verdiend het in deze redenering de voorkeur dat in zo'n geval opnieuw begonnen kan worden door een eiser die daarvoor wel heeft gezorgd.

Dat argument weegt naar het oordeel van het hof onvoldoende zwaar. De door alle betrokkenen reeds geïnvesteerde tijd, geld en moeite omdat in eerste aanleg reeds stukken zijn uitgewisseld en standpunten ingenomen, behouden juist waarde als wordt voortgegaan met een reeds aangevangen procedure door een eiser die inmiddels orde op zaken heeft gesteld. Als het gaat om gebreken die zich naar hun aard lenen voor herstel in de appel-fase, zoals de governance, valt niet in te zien waarom anders geoordeeld zou moeten worden in WAMCA-zaken dan in civiele dagvaardingszaken in het algemeen. De herstelfunctie van het appel komt daarmee naar behoren tot haar recht.

4.7.5. Het hof is, op voorgaande gronden, van oordeel dat toetsing van de ontvankelijkheid ex nunc dient te geschieden.

De overige eisen van art. 3:305a BW

Governance en invloed financier

4.8.1. TPC stelt dat zij nu voldoet aan alle eisen op het gebied van governance. Zij beschikt over een bestuur en een raad van toezicht die elk uit drie ter zake kundige personen bestaan. Zij beschikt over voldoende middelen, mede omdat zij gebruik maakt van een procesfinancier met wie afspraken gemaakt zijn, maar het beleid wordt voornamelijk en zeker in voldoende mate (art.3:305a lid 2 onder c BW) door TPC zelf bepaald.

4.8.2. Oracle en Salesforce hebben gewezen op de omstandigheid dat TPC ten tijde van het instellen van het appel niet beschikte over een voltallig bestuur en een (voltallige) raad van toezicht. Mede gelet op de omstandigheid dat de enige toen aanwezige bestuurder door de financier was benoemd kan TPC niet zelfstandig de zeer belangrijke beslissing om appel in te stellen hebben genomen. Dat betekent volgens Oracle en Salesforce dat het beleid in te grote mate werd/wordt bepaald door de financier. De financier moet immers, samen met de advocaat, in feite de beslissingen hebben genomen, niet TPC zelf. Oracle en Salesforce wensen voorts inzage in de overeenkomst met de financier, om een beter beeld te krijgen van de afspraken en de invloed van de financier. Zij voeren aan dat de aan de financier toegezegde beloning zeer hoog is, gelet op de markt duidelijk te hoog.

Voorts wijst Oracle erop dat de aandeelhouder van de financier ook aandelen in Oracle houdt, zodat niet is voldaan aan het bepaalde in art. 3:305a lid 2 sub f BW.

4.9.1. Het hof stelt vast dat op dit moment een voltallig bestuur en een voltallige raad van toezicht in functie zijn, van wie de kundigheid en geschiktheid niet ter discussie staan of zijn gesteld. Dat volstaat, nu ook het hof op basis van de beschikbare informatie aan die kundigheid en geschiktheid niet twijfelt. Aan art. 3:305a lid 2 sub a en e BW is dan ook voldaan.

4.9.2. Oracle en Salesforce kan worden toegegeven dat de situatie die bestond toen beslist moest worden over het instellen van appel te denken geeft. Er was toen geen sprake van een voltallig bestuur en evenmin van een volledige Raad van Toezicht. Degene die toen optrad als bestuurder was echter, gelet op de statuten, wel bevoegd om die beslissing te nemen en de appeltermijn dreigde te verstrijken, zodat haast was geboden. De enkele omstandigheid dat hij was benoemd op voordracht van de financier is onvoldoende voor het oordeel dat de financier teveel invloed op het beleid had. Voorts is van belang dat het huidige bestuur het eenmaal ingestelde appel niet had hoeven vervolgen, maar dat wel heeft gedaan. Dat bestuur heeft die beslissing aldus achteraf in feite overgenomen en dat volstaat. Dat de bestuurders commerciële motieven hebben die via TPC gerealiseerd worden (art. 3:305a lid 3 sub a BW) is gesteld noch gebleken.

4.9.3. Het inschakelen van een procesfinancier is op zichzelf toegestaan en vaak noodzakelijk vanwege de kosten van een procedure als de onderhavige. Dat een aandeelhouder van de procesfinancier mogelijk ook aandelen in Oracle houdt is, gelet op de omstandigheid dat Oracle een beursgenoteerde onderneming is, op zichzelf onvoldoende om de betrokkenheid van de procesfinancier ontoelaatbaar te achten. Ook de richtlijn representatieve vorderingen (Richtlijn 2020/1828), die op 25 juni 2023 geïmplementeerd is in Nederland, acht een dergelijke omstandigheid niet problematisch.

4.9.4. 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.

4.10. Het hof is dan ook van oordeel dat thans aan de ontvankelijkheidseisen die de wet stelt op het gebied van governance en de verhouding tot de financier is voldaan.

Gelijksortigheid van de belangen

4.11. Dat TPC een stichting met volledige rechtsbevoegdheid is en dat haar statutaire doelomschrijving voldoet aan de eis van art. 3:305a lid 1 BW staat niet ter discussie. Uit de activiteiten die TPC sinds haar oprichting heeft ontplooid volgt in voldoende mate dat zij het belang waar het in deze procedure om gaat ook feitelijk behartigt. In geschil is of de belangen die zij blijkens haar doelomschrijving behartigt gelijksoortig zijn.

4.12. De vorderingen van TPC, voor zover in appel nog aan de orde, zijn zeer uitgebreid. Kort samengevat vallen zij uiteen in vier categorieën: ten eerste formele kwesties die samenhangen met de inrichting van de WAMCA-procedure (I, II, III), ten tweede verklaringen voor recht en verboden die met die verklaringen samenhangen (IV, V), ten derde vorderingen tot schadevergoeding en geboden die met die schadevergoedingsvorderingen samenhangen (VI, XII) en ten vierde vorderingen tot informatieverstrekking en kostenvergoeding (VIII, IX, X, XI).

4.13.1. Bij de eerste en vierde categorie vorderingen behoeft de gelijksoortigheid van de belangen geen bijzondere beschouwing, gelet op de aard daarvan.

4.13.2. Dat de nauw te omschrijven groep personen bij de tweede categorie vorderingen gelijksoortige belangen heeft is door Oracle en Salesforce niet gemotiveerd betwist. Het hof acht dat ook voldoende duidelijk. 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. Een dergelijk oordeel strekt tot duidelijkheid over en erkenning van het geschonden rechtsbelang en het is efficiënt en effectief om dat in één procedure voor alle potentieel belanghebbenden te verkrijgen, in plaats van telkens een individuele procedure te entameren. De te beantwoorden vragen in die individuele proce-

dures zullen immers, waar het gaat om deze aspecten, steeds dezelfde zijn.

Schadevorderingen

4.14. Het komt dus aan op de derde categorie, de schadevorderingen. Dat is ook de categorie waarop Oracle en Salesforce hun pijlen voornamelijk richten. De actie van TPC strekt ertoe dat in beginsel 10 miljoen Nederlandse internetgebruikers een gelijk forfaitair bedrag aan immateriële schadevergoeding ontvangen. Oracle en Salesforce betwisten de schade en betogen dat niet aanneemelijk is dat al die personen immateriële schade hebben geleden en zeker niet dat die schade steeds gelijk is.

4.15. Schadevorderingen vormen de reden voor de verscherpte ontvankelijkheidstoets in de WAMCA ten opzichte van het oude art. 3:305a BW, dat het vorderen van schadevergoeding in een collectieve actie niet toestond. Schade is meestal afhankelijk van de bijzonderheden van het geval en de betrokken persoon. Dat is niet altijd en in alle gevallen zo, maar het is aan TPC om haar standpunt dienaangaande aanneemelijk te maken.

De schade waarvan TPC vergoeding vordert is immateriële schade. Haar standpunt komt erop neer dat elke persoon van wie de persoonsgegevens zijn verwerkt/gebruikt op de door haar onrechtmatig geachte wijze reeds daardoor immateriële schade leidt, die in alle gevallen kan worden gesteld op € 500. Het effectiviteitsbeginsel vergt volgens TPC dat deze schade in een collectieve actie kan worden gevorderd. Daarvan gaat een aanzienlijke afschrikwekkende werking uit. Zij beroept zich onder meer op twee uitspraken van het HvJEU, Meta/Bundesverband (ECLI:EU:C:2022:322, C-319/20) en Österreichisches Post (ECLI:EU:C:2023:370, C-300/21) en van de Hoge Raad, onder meer NAM/Groningse aardbevingsschade (ECLI:NL:HR: 2019:1278). Oracle en Salesforce betwisten dat.

4.15.1. TPC grondt haar vorderingen onder meer op onrechtmatige daad (bestaande uit handelen in strijd met de door haar genoemde wettelijke bepalingen en fundamentele rechten). Uit de aard van het Nederlandse schadevergoedingsrecht, mede gelet op de uitleg daarvan door de Hoge Raad, volgt dat voor toekenning van schadevergoeding noodzakelijk is dat daadwerkelijk schade is geleden. Punitieve schadevergoeding is niet mogelijk. In de wetsgeschiedenis van de WAMCA

is benadrukt dat dat uitgangspunt evenzeer onder de WAMCA geldt, ook na aanpassing in verband met de implementatie van de richtlijn representatieve vorderingen (die zelf geen vergoeding voor *punitive damages* mogelijk maakt). Voor zover TPC punitieve schadevergoeding vordert is dat deel van de vordering dus niet toewijsbaar.

4.15.2. De enkele omstandigheid dat onrechtmatig is gehandeld is niet voldoende om een recht op immateriële schadevergoeding te doen ontstaan; de constatering dat onrechtmatig is gehandeld houdt een erkenning in dat een norm is geschonden, maar die schending is iets anders dan schade en schade vloeit daaruit niet noodzakelijkerwijs voort. Weliswaar kunnen in voorkomend geval de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen, maar dat is niet de regel. Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW, is voorts niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.

4.16.1. TPC grondt haar vorderingen ook op art. 82 AVG dat eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op de AVG het recht geeft om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade. Voor het ontstaan van dit Unierechtelijk recht op immateriële schadevergoeding is eveneens vereist dat daadwerkelijk schade is geleden; een enkele inbreuk op de AVG volstaat niet. Het gaat om compensatie van die schade en niet om *punitive damages*. De afschrikwekkende werking van het moeten betalen van een schadevergoeding (dan wel de dreiging daarvan) kan dus ook in dit opzicht geen rol spelen en de vordering is niet toewijsbaar voor zover die strekt tot toekenning van *punitive damages*.

4.16.2. Ook de (gegronde) vrees voor misbruik van de gegevens door een derde kan immateriële schade opleveren, maar de enkele omstandigheid dat een persoon niet langer de volledige controle over zijn/haar persoonsgegevens heeft betekent niet dat deze persoon schade lijdt. Zie onder meer HvJEU 4 mei 2023, Österreichische Post, HvJEU 14 december 2023, (C-340/21), HvJEU 21 december 2023, Krankenversicherung Nordrhein, (C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 en ECLI:EU:C:2023:986) en HvJEU 25 januari 2024,

MediaMarktSaturn, (C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72). Over de vraag welke eisen gesteld moeten worden aan op basis van deze bepaling te vergoeden immateriële schade zullen wellicht prejudiciële vragen gesteld moeten worden. Dat geldt mogelijk ook voor de betekenis van art. 80 lid 2 AVG, in het bijzonder het opdracht-vereiste, voor een actie als de onderhavige.

4.17. Het hof stelt voorop dat er zeer grote individuele verschillen kunnen zijn tussen de personen die deel uitmaken van de achterban van TPC. Op dit moment kan, in het kader van de onrechtmatige daad-grondslag, niet worden geoordeeld dat de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Ook in het kader van de art. 82 AVG-grondslag valt thans niet vast te stellen dat de achterban schade heeft geleden. Nu immateriële schade in het algemeen sterk afhankelijk is van de omstandigheden en van de persoon is zeer wel mogelijk dat sommige leden van de achterban in het geheel geen immateriële schade hebben geleden, waarbij kan meewegen dat zij geen bezwaar hebben tegen het aan Oracle en Salesforce verweten gedrag en wellicht per saldo de resulterende geïndividualiseerde reclame juist op prijs stellen. De ernst van de normschending is voorts nog niet vast te stellen, maar de aard wel.

4.18. Uit de wetsgeschiedenis van de WAMCA blijkt, dat de wetgever heeft voorzien dat niet elk lid van de achterban gelijke schade heeft geleden. In dat kader is, met gebruikmaking van de ervaringen die zijn opgedaan met de WCAM (art. 7:907 BW), de mogelijkheid van het werken met diverse categorieën opgenomen (zie ook art. 1018i lid 2 Rv). Daaruit volgt, dat niet noodzakelijk is dat de schade voor iedereen gelijk is. TPC heeft voorts, subsidiair, vergoeding van nader bij staat op te maken schade gevorderd.

Ook de schadevorderingen voldoen daarmee aan het gelijksoortigheidsvereiste. De gestelde schade vloeit voort uit een gelijke normschending en kan – voor zover toewijsbaar – in hoogte verschillen, waarbij een indeling in categorieën voor de hand ligt.

Voorts verdient in dit opzicht opmerking dat een collectieve actie waarin ook wordt beslist over eventuele schadevergoeding efficiënt is, omdat het in het voordeel van alle partijen is dat kan worden volstaan met één procedure (zie ook 4.26

ev). Het niet reeds in de ontvankelijkheidsfase laten stranden van het schadevergoedingsonderdeel past bij de ratio van de huidige WAMCA.

4.19. Dat betekent, dat de onduidelijkheid aangaande de gestelde schade op dit moment niet in de weg staat aan ontvankelijkheid van TPC. Het debat daarover dient nader te worden uitgediept in de inhoudelijke fase van het geschil, nadat de normschending, inclusief de ernst daarvan, is vastgesteld. Dit oordeel loopt dus op geen enkele wijze vooruit op de toewijsbaarheid van de vordering.

Representativiteit

4.20. De rechtbank achtte TPC onvoldoende representatief in de zin van art. 3:305 a lid 2 BW. TPC heeft in dit appel betoogd dat zij in elk geval nu wel aan deze eis voldoet. Zij wijst daartoe op de twee door haar overgelegde onderzoeken van [A] en [Z], op de steunbetuigingen op haar site en de steun van een aantal maatschappelijke organisaties.

Oracle en Salesforce wijzen erop dat de steunbetuigingen, door de rechtbank aangeduid als *likes*, om de door de rechtbank aangeduide redenen niet volstaan; in appel zijn er bovendien nauwelijks nieuwe *likes* bijgekomen. De onderzoeken van [A] moeten om processuele redenen buiten beschouwing blijven en kunnen ook overigens geen basis bieden, onder meer omdat zij methodologisch onzuiver zijn uitgevoerd. De steun van andere organisaties is voor de representativiteit niet van belang. Het gaat volgens Oracle en Salesforce in de kern om een kwestie waarvan onduidelijk is of die door de door TPC genoemde groep van 10 miljoen internetgebruikers daadwerkelijk als een probleem wordt gezien dat deze procedure rechtvaardigt.

4.21. Het hof stelt voorop dat de wet op dit punt geen getalsmatig criterium stelt. Uit de langdurige wetsgeschiedenis van de WAMCA blijkt dat van het noemen van een getal, absoluut of relatief, bewust is afgezien. Uit de omstandigheid dat niet alleen verenigingen, die vanzelfsprekend leden hebben, maar ook stichtingen die dat niet hebben als eiser kunnen optreden volgt dat de wetgever het kennelijk niet zonder meer noodzakelijk heeft geacht dat vastgesteld kan worden wie precies de achterban van de eiser vormt. Het is ook 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. *Free riding* is, zoals Oracle en Salesforce ook erkennen, toegestaan. Noodzakelijk, maar tevens voldoende is dat een achterban bestaat, dat wil zeggen dat 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 maatschappelijke organisaties zoals de Consumentenbond en diverse stichtingen (bijvoorbeeld Stichting Privacy First, Internet Society Nederland, Datavakbond, Stichting Databescherming Nederland, Freedom Internet, stichting Massaschade en Consumet) steun voor deze collectieve 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 [A], 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.

Mechanismen voor deelname en vertegenwoordiging

4.22.1. TPC stelt dat de mechanismes voor deelname aan de besluitvorming waarop art. 3:305a lid 2 onder b BW ziet met name een rol spelen in een latere fase van het geding. Verder acht zij van belang dat zij beschikt over een internetpagina die steeds wordt bijgehouden, dat zij nieuwsbrieven verstuurt, dat zij AMA-sessies op reddit houdt en dat zij een publieksbijeenkomst heeft georganiseerd in december 2023. Zij wijst voorts erop dat zij inmiddels een klankbordgroep van circa 10 personen heeft ingesteld. Voor dit stadium van de procedure is dat volgens TPC voldoende; de eisen die de rechtbank stelt gaan in haar ogen verder dan de wet. Van TPC kan niet verwacht worden dat zij de leden van haar achterban registreert; dat is in strijd met haar principes en staat op gespannen voet met de wet.

4.22.2. Oracle en Salesforce hebben zich op het standpunt gesteld dat de wijze waarop TPC de inspraak van haar achterban heeft georganiseerd heeft nog steeds niet voldoeft. Zij beschikt volgens Oracle en Salesforce niet over een behoorlijke mogelijkheid om haar achterban te raadplegen omdat zij niet weet wie daartoe behoort, nu zij vooral anonieme *likes* heeft ontvangen. Het kleine aantal e-mailadressen volstaat niet. Er is ook in de statuten geen raadplegingssysteem voorzien. De genomen maatregelen zijn te mager, aldus nog steeds Oracle en Salesforce.

4.22.3. Het hof acht de door TPC getroffen maatregelen voldoende, waarbij mede is gelet op hetgeen hiervoor onder 4.21 is overwogen. Een verplichting tot registratie, die sterke overeenkomst zou vertonen met een opt-in-systeem, gaat verder dan de wet vergt. Het is voldoende dat TPC haar achterban via de internetpagina, de nieuwsbrieven en de AMA-sessies op de hoogte houdt en via de klankbordgroep en de steunbetuigende organisaties voeling houdt met de achterban. Daarbij is van belang dat de organisaties in kwestie zelf ook een achterban hebben, die bijvoorbeeld bij de Consumentenbond uit een groot aantal eenvoudig te bereiken leden bestaat. In bekendmaking van de exclusieve belangenbehartiger, de nauw omschreven groep en de opt-out termijn is in het WAMCA-procesrecht voorzien, zodat de organisatie van TPC daarop niet ingericht behoeft te zijn.

Belangen per saldo gewaarborgd?

4.23. De representativiteit en de mechanismen voor deelname en vertegenwoordiging zijn van belang in het kader van de overkoepelende toets van art. 3:305a lid 2 BW die ziet op de vraag of, gelet op de in dat artikel lid uitgeschreven aspecten, de belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de vordering wordt ingesteld voldoende gewaarborgd zijn. Behalve de hiervoor reeds besproken punten hebben Oracle en Salesforce op de andere daar genoemde aspecten, die vooral de internetpagina betreffen, geen concrete standpunten betrokken die bespreking behoeven. Het hof acht genoegzaam gebleken dat TPC aan de wettelijke eisen voldoet.

Dat betekent dat bedoelde belangen voldoende zijn gewaarborgd.

4.24. Ook aan de eisen die lid 3 van art. 3:305a BW aan de ontvankelijkheid stelt, voor zover hiervoor niet aan de orde, voldoet TPC. Oracle en

Salesforce hebben ook daarover geen nader te bespreken concrete stellingen in andere zin ingenomen. Dat geldt ook voor de eisen van art. 3:305a lid 2 BW, voor zover hiervoor niet aan de orde.

Nadere eisen art. 1018c lid 5 Rv

4.25. Nu TPC ontvankelijk is in de vorderingen dient beoordeeld te worden of voldaan is aan de vereisten van art. 1018c lid 5 sub b en c Rv, te weten dat het voeren van deze procedure efficiënter en effectiever is dan het instellen van individuele vorderingen en dat niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt. 4.26. De achterban die TPC stelt te hebben bestaat uit het merendeel van de in Nederland wonende internetgebruikers, zodat het aantal personen voldoende is. De te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen zijn, gelet op de thans gevorderde ge- en verboden en verklaringen voor recht, in hoge mate gemeenschappelijk. TPC stelt immers aspecten van het (gestelde) vaste, geautomatiseerde gedrag en/of verdienmodel van Oracle en Salesforce aan de orde. Daarmee is de actie efficiënter en effectiever dan het instellen van separate individuele vorderingen.

Voorts geldt dat juist in een kwestie als deze, waar het gaat om grote tech-bedrijven en het aan de orde gestelde gedrag betrekkelijk alledaags is, te verwachten valt dat er een aanzienlijke drempel voor individuele procedures bestaat. Een collectieve actie als deze voorziet dan in een effectieve en efficiënte rechtsbescherming die anders zou ontbreken.

4.27. Op de dag van dagvaarding in eerste aanleg bleek niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de vordering. Dat geldt evenzeer als ervan wordt uitgegaan dat de wetgever heeft beoogd dat bij die toets ook in enige mate de (in het kader van het debat over de ontvankelijkheid ingenomen) stellingen van Oracle en Salesforce in het oordeel betrokken mogen worden, want hoewel de feitelijke stellingen van TPC tot op zekere hoogte worden betwist geldt dat niet voor alle stellingen. Nader debat en/of bewijslevering zal/zullen nodig zijn. De juridische gevolgtrekkingen hangen sterk af van de uiteindelijk vast te stellen feiten, maar de ingeroepen regels zijn niet op het eerste gezicht irrelevant. Het doel van de toets van art. 1018c lid 5 sub c Rv is erin gelegen dat in zeer uitzonderlijke gevallen de collectieve vordering nog vóór de inhoudelijke behandeling moet stranden. Zo'n geval

doet zich hier niet voor, ook niet als juist zou zijn dat Salesforce en Oracle geen datahandelaren zijn. De schadevorderingen zijn ook niet summierlijk ondeugdelijk; het is niet nu reeds duidelijk dat de mogelijkheid van immateriële schade niet aanneemelijk is of niet past bij (de aard van) de gestelde normschendingen.

Het verdere verloop van de procedure

4.28. Uit het voorgaande volgt dat het vonnis dient te worden vernietigd en dat bij nadere separate bespreking van de grieven geen belang bestaat. Van bewijsaanbiedingen die in dit stadium verschil kunnen maken voor deze beslissing is geen sprake.

4.29. TPC wenst dat het hof de zaak aan zich houdt, dat wil zeggen dat de zaak verder in haar geheel door dit hof wordt behandeld. Dat komt de snelheid en effectiviteit ten goede. Bovendien is het in overeenstemming met de hoofdregel dat het hof bij appel tegen een eindvonnis niet terugwijst naar de rechtbank (behoudens in zeer bijzondere gevallen).

Oracle en Salesforce wensen dat de zaak in dit stadium wordt teruggewezen naar de rechtbank voor verdere behandeling. Het inhoudelijke debat over de toewijsbaarheid van de vorderingen waarin TPC kan worden ontvangen kan dan in twee feitelijke instanties worden gevoerd. Dat is in hun ogen in hoge mate wenselijk, zeker in deze zaak, die de eerste in zijn soort is, terwijl bekend is dat in het land andere collectieve vorderingen over ongeveer dezelfde materie aanhangig zijn. Terugwijzing past volgens Oracle en Salesforce ook binnen het systeem, nu immers de rechtbank inhoudelijk geen oordeel heeft gegeven.

4.30. Het hof heeft deze problematiek aan het einde van de zitting met partijen besproken. Zij hebben toen uiteindelijk alle laten weten dat zij zich nader willen beraden.

Het hof zal partijen daarom de gelegenheid geven zich uit te laten over de thans ontstane situatie en de meest geëigende vervolgstappen bij gelegenheid van een regie-zitting. Daarbij volstaat de aanwezigheid van de advocaten, partijen mogen uiteraard verschijnen maar noodzakelijk is dat niet.

Deze zitting zal, teneinde de vlotte voortgang te bevorderen, worden gehouden op 5 augustus 2024. Desgewenst kunnen partijen uiterlijk 10 (tien) werkdagen voor die zitting hun standpunten in een korte akte (maximaal 10 pagina's) uit-

een zetten. Indien TPC haar eis wenst te wijzigen kan zij dat in die akte aankondigen.

4.31. Tegen die achtergrond zal het hof thans in het dictum slechts een verwijzing naar de zitting en geen deelbeslissing over de ontvankelijkheid opnemen. Over de mogelijkheid tot het openstellen van tussentijds cassatieberoep wordt dus ook nog niet beslist.

Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

5. Beslissing

Het hof:

alvorens verder te beslissen:

gelast een regiezitting als bedoeld in rov. 4.31 op 5 augustus 2024 te 10:00u, teneinde met partijen te overleggen als bedoeld in 4.30;

houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Dit is de eerste collectieve actie over databescherming waar in hoger beroep is geoordeeld over ontvankelijkheid. De rechtbank achtte de belangenorganisatie, Stichting The Privacy Collective ("TPC"), niet-ontvankelijk vanwege het niet voldoen aan het representativiteitsvereiste. Het hof komt daarentegen tot het oordeel dat TPC voldoet aan alle vereisten van art. 3:305a BW en ontvankelijk is. Diverse oordelen vallen op: het anders dan de rechtbank aannemen van de representativiteit mede op basis van de weinig gespecificeerde "likes" van internetgebruikers, het niet toetsen aan de specifieke ontvankelijkheidseisen van art. 80 AVG, en het niet in de ontvankelijkheidsfase beoordelen of een belangenorganisatie zonder mandaat van de betrokkenen gelet op de laatstgenoemde bepaling schadevergoeding kan vorderen. In deze annotatie leg ik de nadruk op de toetsing aan de gelijksoortigheidseis in relatie tot de collectieve vordering tot vergoeding van immateriële schade. Over de bundelbaarheid van dit type vordering is recent uiteenlopend geoordeeld (zie Rb. Amsterdam 25 oktober 2023, «JOR» 2023/294, m.nt. Arons (*TikTok*), r.o. 2.44.3 en 2.44.4 en Rb. Amsterdam 14 februari 2024, «JOR» 2024/153, m.nt. Klinger (*Borstimplantaten*), r.o. 5.63 en 5.64).

2. De collectieve vordering van TPC tot vergoeding van immateriële schade houdt zoals samengevat door het hof het volgende in: elke persoon van wie de persoonsgegevens zijn verwerkt/ge-

bruikt op de door TPC onrechtmatig gedachte wijze, lijdt “reeds daardoor” immateriële schade, die in alle gevallen kan worden gesteld op € 500. Het effectiviteitsbeginsel vergt daarbij, volgens TPC, dat vergoeding van deze schade in collectieve actie kan worden gevorderd, want daarvan gaat aanzienlijke afschrikkende werking uit (r.o. 4.15). Het hof overweegt echter dat ongeacht of de vordering wordt gebaseerd op onrechtmatige daad of op art. 82 AVG, het noodzakelijk is dat daadwerkelijk schade is geleden en dat punitieve schadevergoeding niet aan de orde is. Voor zover punitieve schadevergoeding wordt gevorderd, acht het hof dat niet toewijsbaar (r.o. 4.15.1 t/m 4.16.2). Het hof stelt verder vast dat “zeer grote individuele verschillen” bestaan tussen de personen die deel uitmaken van de achterban van TPC (r.o. 4.17). Ook overweegt het hof dat immateriële schade “in het algemeen sterk afhankelijk is van de omstandigheden en van de persoon” en dat zeer wel mogelijk is dat sommige leden in het geheel geen immateriële schade hebben geleden (r.o. 4.17). Toch acht het hof de vorderingen bundelbaar. Het hof overweegt daartoe dat de schade niet voor elk lid van de achterban gelijk hoeft te zijn en met categorieën van benadeelden kan worden gewerkt. Verder noemt het hof dat TPC, subsidiair, vergoeding van nader bij staat op te maken schade heeft gevorderd. Deze omstandigheden brengen het hof tot het oordeel dat wordt voldaan aan het gelijksoortigheidsvereiste. Het hof overweegt vervolgens nog dat de gestelde schade voortvloeit uit een gelijke normschending, en in hoogte kan verschillen, waarbij een indeling in categorieën voor de hand ligt. Ook acht het hof het efficiënt als in een collectieve actie ook wordt beslist over eventuele schadevergoeding (r.o. 4.18). In zijn slotsom is het hof minder stellig en oordeelt het dat “de onduidelijkheid” aangaande de gestelde schade “op dit moment” niet in de weg staat aan ontvankelijkheid (r.o. 4.19).

3. In afwijking van de reguliere dagvaardingsprocedure heeft de wetgever in het collectieve-actieprocesrecht een separate ontvankelijkheidsfase gecreëerd. Pas als deze met goed gevolg doorlopen is, wordt aan de inhoudelijke beoordeling toegekomen (art. 1018c lid 5 Rv). De ratio hiervan is volgens de wetsgeschiedenis “om een lang en kostbaar debat over de inhoudelijke collectieve vordering te voorkomen in gevallen dat de collectieve vordering toch niet tot toewijzing kan

leiden” (*Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39). Daarnaast valt echter ook te denken aan het voorkomen van alle handelingen die nodig zijn om mogelijk te maken dat belanghebbenden kunnen uitstappen (opt-out). Meer in algemene zin gaat het mijns inziens om de bescherming van belangen van de gedaagde(n), de achterban en de rechtelijke macht.

4. Een van de ontvankelijkheidseisen van zowel het huidige als het oude collectieve-actierecht is de gelijksoortigheid van belangen (art. 3:305a BW). De toets is of in één procedure geoordeeld kan worden over de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten, zonder daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden te betrekken (HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), r.o. 4.2). Onder het collectieve-actierecht zoals dat van 1 juli 1994 tot 1 januari 2020 gold, was een vordering tot schadevergoeding in geld uitgesloten omdat volgens de wetgever niet aan de gelijksoortigheidseis zou worden voldaan: de omvang van de aanspraak op schadevergoeding hangt doğaans af van individuele omstandigheden (*Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30). Deze categorische uitsluiting door de wetgever werd in de literatuur bekritiseerd op de grond dat aanspraken op schadevergoeding *niet altijd* individueel bepaald zullen zijn en het daarom beter is de rechter de gelijksoortigheid van ook dit type vordering te laten beoordelen (bijv. G. Sniijders, ‘Collectief procederen: mogelijkheden en onmogelijkheden’, in: E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 135). Na de inwerkingtreding van de WCAM in 2005 bleek het bovendien in negen gevallen mogelijk om in een collectieve schikking vergoedingen toe te kennen, waarbij met categorieën benadeelden werd gewerkt. Met name die ervaring bracht de wetgever ertoe een collectieve schadevergoeding in geld per 1 januari 2020 mogelijk te maken. Minder aandacht had de wetgever daarbij voor het feit dat (i) het modale zaakstype waarin tot dan toe onder de WCAM was geschikt, schade aan aandelen betrof en de omvang van de aanspraak op schadevergoeding dan nauwelijks van individuele omstandigheden afhangt en (ii) in een collectieve schikking eenvoudiger van individuele omstandigheden kan worden geabstraheerd dan in een rechterlijke uitspraak, nu zo’n schikking een compromis inhoudt, door de

rechter alleen op redelijkheid wordt getoetst en benadeelden zich daaraan bovendien kunnen onttrekken als het resultaat hun niet bevalt.

5. Of een collectieve vordering aan de gelijksoortigheidseis voldoet, hangt af van de vordering en van het verweer. Waar bij de beoordeling van de vordering en/of het verweer individuele omstandigheden van de belanghebbenden betrokken dienen te worden, zal niet aan de gelijksoortigheidseis zijn voldaan. Onder het sinds 2020 geldende collectieve-actierecht zal daarbij mijns inziens van betekenis zijn dat alle Nederlandse personen behorend tot de nauw omschreven groep die niet uitstappen, gebonden zullen zijn aan de gewezen rechterlijke uitspraken. Niet scherp is wanneer individuele omstandigheden van belanghebbenden aan bundelbaarheid in de weg staan. Door categorieën te maken voor verschillende gevallen of door de omvang van toe te kennen schadevergoeding af te laten hangen van een of meer parameters, kan immers “in abstracto” met uiteenlopende omstandigheden rekening worden gehouden. Om te kunnen beoordelen of aan de gelijksoortigheidseis is voldaan, moeten de vordering, het verweer en de onderbouwing daarvan in voldoende mate duidelijk zijn in de ontvankelijkheidsfase. Ook kan verschil van inzicht over welke feiten relevant zijn onder de toepasselijke rechtsnormen een rol spelen bij de bundelbaarheid, waardoor in feite een inhoudelijk debat en oordeel over deze normen nodig zijn.

6. Bij de toetsing aan de gelijksoortigheidseis lijkt het hof ertegenaan te lopen dat het de vordering tot vergoeding van immateriële schade kennelijk (nog) niet deugdelijk onderbouwd acht. Anders dan het hof achtte TPC het kennelijk onnodig om de schade concreet te specificeren. Wanneer dan toch de bundelbaarheid wordt beoordeeld, tast men in feite in het duister: onduidelijk is nog van welke omstandigheden afhangt of immateriële schade is geleden en hoe de omvang daarvan dient te worden vastgesteld. Onduidelijk is daardoor ook of individuele omstandigheden daarin een rol spelen en of en hoe dat ondervangen zou kunnen worden door te werken met categorieën. Het hof lost dat op met het generieke argument dat met categorieën kan worden gewerkt. In het licht van de wetsgeschiedenis, de aard van de vordering tot vergoeding van immateriële schade en de kennelijk zeer grote individuele verschillen tussen personen van de achterban was mijns in-

ziens een diepergaande analyse nodig geweest om te kunnen overtuigen.

7. Het gebruiken van de subsidiair gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure als onderbouwing van de bundelbaarheid is naar mijn mening ook niet zonder problemen. Art. 612 Rv bepaalt dat indien begroting van de schade niet mogelijk is, een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat wordt uitgesproken (overigens ook als die niet is gevorderd). Als het vanwege onvoldoende gelijksoortigheid niet lukt om de schade te begroten, zou gewoon naar de schadestaatprocedure verwezen kunnen worden, zo lijkt de gedachte van het hof te zijn. Het spreekt echter niet voor zich dat een verwijzing naar een schadestaatprocedure mogelijk is in een collectieve procedure. Daartegen lijkt mij te pleiten dat de wetgever heeft beoogd om tot collectieve afwikkeling van massaschade te komen, en daartoe een vrij gedetailleerd stappenplan in titel 3.14a Rv heeft neergelegd, met als eindstation een collectieve schikking (art. 1018h Rv) of een door de rechter vastgestelde collectieve schadeafwikkeling (art. 1018i Rv). Met dit alles verhoudt zich minder goed dat bij een verwijzing naar de schadestaatprocedure de zaak stil komt te liggen en het uitsluitend aan de eiser is om deze op enig moment op te brengen. Verder zullen individuele benadeelden die geen opt-outverklaring hebben ingediend, gebonden zijn aan de uitkomst van de collectieve actie waaronder, zo lijkt mij goed denkbaar, de schadestaatprocedure. Met dat gegeven laat zich moeilijk verenigen dat benadeelden na de verwijzing naar de schadestaatprocedure individueel vergoeding van schade vorderen. Tot slot rijst de vraag wat moet gebeuren als in de schadestaatprocedure alsnog blijkt dat het onmogelijk is om de schadevergoeding collectief toe te kennen vanwege relevante individuele omstandigheden. Het lijkt minder goed denkbaar om dan in de fase van tenuitvoerlegging (wat de schadestaatprocedure is) de vordering tot schadevergoeding alsnog niet-ontvankelijk te verklaren, terwijl een afwijzing (in de zin van onzeggings) van die vordering bindend zou (kunnen) zijn voor de gehele achterban.

8. Al met al lijkt het erop dat het hof eerst verder wilde komen met het inhoudelijke debat alvorens definitief te oordelen over de ontvankelijkheid van de vordering tot vergoeding van immateriële schade. Daarbij heeft wellicht meegespeeld dat de vorderingen van TPC tot het uitspreken van

een verklaring voor recht en een verbod ten aanzien van de handelwijze van Oracle en Salesforce wél ontvankelijk waren en de procedure opgehouden zou worden als een verder debat over de bundelbaarheid van de vordering tot schadevergoeding zou plaatsvinden. Misschien heeft het hof ook gehoopt dat partijen een schikking zouden treffen voordat aan schadebegroting zou worden toegekomen. Hoewel ervoor moet worden gewaakt om te hoge eisen te stellen aan de mate waarin duidelijk is hoe de collectieve afwikkeling kan plaatsvinden en daarbij geen individuele omstandigheden nodig zijn, stelt het hof op dit vlak in feite geen eisen: op basis van generieke argumenten (werken met categorieën en mogelijke verwijzing naar de schadestaat), die losstaan van de voorliggende collectieve vordering, oordeelt het hof immers dat aan de gelijksoortigheids eis is voldaan. Men kan zich afvragen of dat past in het wettelijk systeem en de ratio daarvan. Het hof creëert bovendien een precedent waardoor het voor een belangenorganisatie aantrekkelijk wordt om in de dagvaarding niet uit te werken hoe een collectieve beoordeling van de schadevergoedingsvordering zou kunnen plaatsvinden. De vraag is of de praktijk daarmee gebaat is.

mr. D.A. van der Kooij
advocaat bij Houthoff

246

Rechter kan zaak aanhouden om partijen te verplichten mediation te beproeven

Hoge Raad
12 juli 2024, nr. 22/04619,
ECLI:NL:HR:2024:1078
(mr. Kroeze, mr. Wattendorff, mr. Schaafsma,
mr. Salomons, mr. Makkink)
(Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2024:103)
Noot mr. J. van Mourik

Mediationclausule. Uitleg. Haviltex-maatstaf. Als een mediationclausule een verplichtend karakter heeft en een partij een (arbitrage) procedure aanhangig maakt zonder eerst mediation te beproeven, kan de rechter (of arbiter) de behandeling van de zaak aanhouden om partijen de gelegenheid te geven hun verplichtingen uit hoofde van de mediationclausule alsnog na te komen, maar hij is daartoe niet verplicht. Verwijzing naar HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724; HvJ EU 18 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:146 (Alassini) en HvJ EU 14 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:457 (Menini).

[Rv art. 1065; EVRM art. 6]

De inhoud van een mediationclausule moet door uitleg daarvan worden vastgesteld. Daarbij komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de mediationclausule mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de Haviltex-maatstaf). Een mediationclausule kan een niet-verplichtend karakter hebben. Ook is mogelijk dat een mediationclausule partijen verplicht mediation te beproeven voordat zij in rechte (of in arbitrage) een procedure aanhangig maken. Het karakter van mediation (HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724) staat aan een zodanige uitleg niet in de weg. De omstandigheden dat een mediationclausule tussen professionele partijen is overeengekomen en dat de overeenkomst en het daaruit voortvloeiende geschil een zakelijk karakter hebben, kunnen bij de uitleg een rol spe-