

Nr. 11 TMG Landelijke Media B.V./ De Staat der Nederlanden

Hoge Raad

4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677

Vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige wetgeving, omdat de wetgever heeft nagelaten de Auteurswet tijdig aan te passen aan de Databankenrichtlijn. Aanvang verjaringstermijn van vijf jaar krachtens art. 3:310 lid 1 BW. Onzekerheid over de juridische kwalificatie is geen grond voor een later aanvangsmoment. Het laten voorbestaan van een onrechtmatige wet levert echter iedere dag een nieuwe onrechtmatige daad op, zodat steeds een nieuwe verjaringstermijn begint.

Arrest

in de zaak van:

TMG LANDELIJKE MEDIA B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie,
advocaten: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. A.M. van Aerde,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN JUSTITIE EN
VEILIGHEID),
zetelende te Den Haag,

VERWEERDER in cassatie,
advocaten: mr. M.W. Scheltema en mr. S.M. Kingma.
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als TMG en de Staat.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak C/09/448358/HA ZA 13/878 van de rechtbank Den Haag van 11 december 2013 en 10 juni 2015;
- b. het arrest in de zaak 200.175.924/01 van het gerechtshof Den Haag van 27 september 2016.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft TMG beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor TMG mede door mr. S.W. van Kasbergen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaten van TMG en de advocaten van de Staat hebben ieder bij brief van 9 februari 2018 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

- (i) Op basis van afspraken met de omroeporganisaties publiceerde TMG in De Telegraaf een dagelijks overzicht van televisieprogramma's op de zenders van de NPO (vroeger: Nederland 1, 2 en 3), RTL (RTL 4, 5, 7 en 8) en SBS (SBS6, Net5 en Veronica). TMG wilde echter een weekoverzicht kunnen publiceren van deze programma's en de dag en het tijdstip van uitzending daarvan (hierna: de programmegegevens). De omroeporganisaties hebben zich hiertegen in het verleden met succes verzet, onder meer op grond van de zogenoemde onpersoonlijke geschriftenbescherming.
- (ii) De onpersoonlijke geschriftenbescherming beruiste op art. 10 lid 1, aanhef en onder 1°, Auteurswet (Aw), dat tot 1 januari 2015 bepaalde dat onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst in de zin van die wet onder meer zijn te verstaan "boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften". Uit de woorden 'alle andere geschriften' is in de Nederlandse rechtspraak de onpersoonlijke geschriftenbescherming afgeleid, dat wil zeggen dat geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker (zoals dienstregelingen, bijsluiters en programmegegevens) op grond van de Auteurswet bescherming genieten tegen ontlening door 'eenvoudige herhaling'.
- (iii) In de art. 2.140 en 3.28 van de Mediawet 2008 was tot 1 januari 2013 – en voordien in (onder meer) art. 59 van de Mediawet 1987 – voor de onpersoonlijke geschriftenbescherming van programmegegevens een omkering van de bewijslast opgenomen ten aanzien van de ontlening, in die zin dat de wederpartij van de omroeporganisatie moest bewijzen dat zij niet had ontleend.
- (iv) Op 16 april 1996 is Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PbEU 1996, L 77/20; hierna: de Databankenrichtlijn) in werking getreden. Deze richtlijn – die op 1 januari 1998 in het nationale recht had moeten zijn omgezet – is in Nederland geïmplementeerd door middel van de Databankenwet, die op 21 juli 1999 in werking is getreden.
- (v) TMG heeft sinds 1998 verschillende procedures tegen omroeporganisaties gevoerd over publicatie van de programmegegevens. TMG is in deze procedures telkens in het ongelijk gesteld.
- (vi) In HvJEU 1 maart 2012, zaak C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, NJ 2012/433 (Football Dataco), is in punt 40 overwogen:

'Blijkens zowel artikel 3, lid 1, als punt 16 van de considerans van Richtlijn 96/9, mogen bij de vaststelling of een databank ingevolge deze richtlijn in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming, geen andere criteria dan het oorspronkelijkheidscriterium worden gehanteerd'.

(vii) In HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88, NJ 2015/304 (Ryanair/PR Aviation) is overwogen dat, blijkens punt 40 van het Football Dataco-arrest, databanken die niet aan het oorspronkelijkheidscriterium voldoen, niet vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming, en dat daarmee onjuist is gebleken het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Databankenrichtlijn dat de (onpersoonlijke) geschriftenbescherming met betrekking tot databanken waarin niet substantieel is geïnvesteerd, buiten het bereik van de Databankenrichtlijn valt, en dat in databanken opgenomen gegevens die zijn aan te merken als geschriften in de zin van art. 10 lid 1, aanhef en onder 1°, Aw derhalve wel voor auteursrechtelijke bescherming vatbaar zouden zijn.

(viii) Bij Wet van 5 november 2014 (Stb. 2014, 428) tot wijziging van de Auteurswet in verband met de afschaffing van bescherming van geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker is – met ingang van 1 januari 2015 – het woord 'alle' in art. 10 lid 1, aanhef en onder 1°, Aw geschrapt.

(ix) Bij brief van 21 september 2012 heeft TMG de Staat aansprakelijk gesteld voor de schade die zij heeft geleden als gevolg van de onpersoonlijke geschriftenbescherming.

3.2.1 TMG vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door de onjuiste wijze van implementatie van de Databankenrichtlijn als gevolg waarvan de onpersoonlijke geschriftenbescherming en, tot 1 januari 2013, de hiervoor in 3.1 onder (iii) genoemde bepalingen uit de Mediawet, ten onrechte zijn gehandhaafd, alsmede veroordeling van de Staat tot betaling van schadevergoeding terzake.

3.2.2 De Staat heeft onder meer als verweer gevoerd dat de vorderingen van TMG op grond van art. 3:310 lid 1 BW zijn verjaard.

3.2.3 De rechtbank en het hof hebben dit verweer gehonoreerd. De rechtbank heeft de vorderingen op deze grond afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank op deze grond bekrachtigd.

3.2.4 Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

TMG leed in 1998/1999 al schade als gevolg van het feit dat de programmeergegevens beschermd werden door art. 10 lid 1, aanhef en onder 1°, Aw. Daardoor kon zij de programmeergegevens voor de daaropvolgende week immers niet publiceren en is zij inkomsten misgelopen. Met deze schade was TMG bekend en ook met degene die door invoering en instandhouding van art. 10 lid 1, aanhef en onder 1°, Aw daarvoor verantwoordelijk was, te weten de Staat. Een en ander is door TMG ook niet betwist. (rov. 4.4)

Het betoog van TMG dat zij pas na het Football Dataco-arrest voldoende zekerheid had dat de schade (mede) is veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van de Staat, kan haar niet baten, omdat de vraag of sprake is geweest van onrechtmatig handelen door de Staat – door de onpersoonlijke geschriftenbescherming te handhaven na de inwerkingtreding van de Databankenrichtlijn – een juridische beoordeling betreft van de reeds bij TMG bekende feiten en voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW bekendheid met de juridische beoordeling niet is vereist (rov. 4.7).

TMG was in de periode 1998-2000 ook daadwerkelijk in staat een vordering tot vergoeding van de schade tegen de Staat in te stellen. Weliswaar is in HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, NJ 2003/149 (El Cheapo), nog uitgegaan van de geldigheid van de onpersoonlijke geschriftenbescherming, maar in dat arrest was de vraag naar de geldigheid daarvan niet aan de orde. (rov. 4.8 en 4.9) Ook het betoog van TMG dat het hier gaat om een voortdurende onrechtmatige toestand waarbij de verjaring iedere dag weer gaat lopen, zodat in elk geval de vordering tot vergoeding van de schade die is geleden vanaf vijf jaar voor de aansprakelijkstelling van 21 september 2012 – dus vanaf 21 september 2007 – niet is verjaard, is ongegrond. De door TMG aan haar vordering ten grondslag gelegde implementatiefout van de Staat is een eenmalige fout of gebeurtenis, hetgeen betekent dat de verjaringstermijn in deze zaak niet telkens weer is gaan lopen na iedere dag waarop de Staat na 21 juli 1999 heeft nagelaten de Databankenrichtlijn alsnog juist te implementeren. (rov. 4.13-4.16)

3.3.1 Onderdeel I van het middel keert zich tegen de verwerping door het hof in rov. 4.7-4.9 van het betoog van TMG dat zij pas na het Football Dataco-arrest voldoende zekerheid had dat de schade (mede) is veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van de Staat. TMG heeft aan dit betoog ten grondslag gelegd dat, gelet op de opvatting van de wetgever dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming was toegestaan, en de constante rechtspraak die dat onderschreef, niet van haar kon worden geveerd dat zij voordien probeerde een vordering terzake geldend te maken. Het onderdeel klaagt dat het hof in dit verband heeft miskend dat voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW is vereist dat de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.

3.3.2 Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel het enkele vermoeden welke persoon voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal

sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. (Zie voor een en ander HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), rov. 3.3.2 en 3.3.4.)

3.3.3 De hiervoor in 3.3.2 genoemde regels zien op gevallen waarin de benadeelde onbekend is met of redelijkerwijs in onzekerheid verkeert over het bestaan van schade, de oorzaak van de schade of de voor het ontstaan van de schade verantwoordelijke persoon. Die regels hebben geen betrekking op het geval dat de benadeelde onbekend is met dan wel in onzekerheid verkeert over de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Daadwerkelijke bekendheid met die beoordeling is voor het gaan lopen van de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet vereist; zie HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115 (Bosman/G), rov. 3.4, HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY8771, NJ 2007/320 (Bijenkorf/Boersma), rov. 3.4.2, en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), rov. 3.3.2. Zoals in het arrest Bosman/G is overwogen, zou het stellen van die eis niet in overeenstemming zijn met het voor een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer te aanvaarden uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard, en zou het in strijd met de rechtszekerheid zijn wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk is van het tijdstip waarop de benadeelde de juiste juridische beoordeling van de feiten duidelijk is geworden. Voorts zou het, zoals in dat arrest is overwogen, in strijd zijn met de bescherming die de korte verjaringstermijn beoogt te bieden, als de benadeelde zonder hinder van die termijn zou kunnen profiteren van een eerst veel later bekend geworden inzicht met betrekking tot de juridische situatie ten tijde van het ontstaan van de schade, terwijl de aansprakelijke persoon zijn gedrag heeft gericht naar de toen geldende inzichten.

3.3.4 Het in het onderdeel bedoelde betoog van TMG dat zij pas na het Football Dataco-arrest voldoende zekerheid had dat de schade (mede) is veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van de Staat, heeft betrekking op de juridische beoordeling van de van belang zijnde en haar bekende feiten en omstandigheden, namelijk, voor zover hier van belang, of sprake is geweest van onrechtmatig handelen door de Staat bestaande in het handhaven van de onpersoonlijke geschriftenbescherming na de inwerkingtreding van de Databankenrichtlijn. Op grond van het hiervoor in 3.3.3 overwogene kan de gegrondheid van dit betoog niet ertoe leiden dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW op een later tijdstip is gaan lopen. Het hof heeft dit betoog derhalve terecht verworpen. De hiervoor in 3.3.1 vermelde klacht van het onderdeel is dus ongegrond.

3.4.1 Onderdeel 2 richt zich tegen de verwerping door het hof in rov. 4.13-4.16 van het betoog van TMG dat het hier gaat om een voortdurende onrechtmatige toestand waarbij de verjaring iedere dag weer gaat lopen. Volgens het onderdeel heeft het hof hierbij miskend dat niet alleen het invoeren, maar ook het in stand houden van onrechtmatige wetgeving een onrechtmatige daad vormt.

3.4.2 Dit onderdeel is gegrond. Op de Staat rust op grond van art. 4 lid 3 VEU en art. 288 derde volzin VWEU de plicht om Europese richtlijnen juist te implementeren. Het nalaten daarvan is onrechtmatig (HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166, rov. 3.4.4). Dit omvat mede het na een onjuiste implementatie van een richtlijn niet alsnog juist implementeren daarvan. Aangenomen moet worden dat, zolang geen juiste implementatie plaatsvindt, dit iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert, hetgeen meebrengt dat daarop gegronde vorderingen afzonderlijk verjaren. De vordering tot vergoeding van schade die TMG heeft geleden door de onjuiste implementatie, is dus niet verjaard voor zover het betreft de periode van vijf jaar voorafgaand aan haar hiervoor in 3.1 onder (ix) genoemde aansprakelijkstelling van 21 september 2012.

3.5 De hiervoor niet besproken klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 27 september 2016;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van TMG begroot op € 945,99 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de Staat deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, als voorzitter, G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 4 mei 2018.



Prof. mr. A.W. Hins is emeritus hoogleraar Mediarecht aan de Universiteit Leiden.

De Telegraaf Media Groep (TMG) vordert van de Staat vergoeding van de schade die zij heeft geleden ten gevolge van onrechtmatige wetgeving. Vaststaat dat er een gebrek kleefde aan artikel 10, lid 1 onder 1° (oud), van de Auteurswet, dat zich mede uitstrekke tot geschriften zonder een literair, wetenschappelijk of artistiek karakter. Deze brede strekking was blijkens een eerdere uitspraak van de Hoge Raad in strijd met de Databankenrichtlijn van de EU. De kernvraag in bovenstaand arrest is of de vordering van TMG jegens de Staat is verjaard. Wanneer begon de termijn van vijf jaar krachtens

artikel 3:310, eerste lid, BW te lopen? Oppervlakkig gezien volgt de Hoge Raad de conclusie van Advocaat-Generaal Van Peursem, want ook de advocaat-generaal oordeelde dat het arrest van het gerechtshof Den Haag vernietigd moest worden.¹ In navolging van de rechtbank had het gerechtshof geoordeeld dat de vordering van TMG geheel was verjaard. De motivering van de Hoge Raad verschilt echter principieel van die van de advocaat-generaal. Daardoor verschilt ook de uitkomst. Volgens de advocaat-generaal was de vordering helemaal niet verjaard, volgens de Hoge Raad is de vordering niet helemaal verjaard.

Voorgeschiedenis

Al in de vorige eeuw deed TMG vergeefse pogingen een eigen omroepgids te publiceren. De omroeporganisaties NOS/NPO, RTL en SBS weigerden daarvoor toestemming te geven. Hun positie was sterk door het toen geldende artikel 10, lid 1 onder 1° (oud), van de Auteurswet. Op grond van die bepaling kwam auteursrechtelijke bescherming toe aan 'alle' geschriften, ook als zij geen oorspronkelijk karakter hadden. Diverse procedures, waarin onder meer een beroep werd gedaan op artikel 10 EVRM, werden door TMG verloren. De kansen keerden toen in 1996 de EU-Databankenrichtlijn tot stand kwam. Deze richtlijn had op 1 januari 1998 in nationaal recht moeten zijn omgezet. Zoals de Hoge Raad hierboven in rechtsoverweging 3.1 sub (vi) memoreert, oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie op 1 maart 2012 in het arrest *Football Dataco* dat bij de vaststelling of een databank voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt 'geen andere criteria dan het oorspronkelijkheidscriterium' mogen worden gehanteerd.² Dat voorspelde weinig goeds voor de onpersoonlijke geschriftenbescherming van artikel 10 lid 1 onder 1° (oud) van de Auteurswet. Dat vermoeden werd bevestigd door het arrest van de Hoge Raad d.d. 17 januari 2014 in de zaak *Ryan Air/PR Aviation*.³ Men kan dus concluderen dat TMG vanaf 1 januari 1998 schade heeft geleden door een fout in de Nederlandse wetgeving.

Bij wet van 5 november 2014 is het woord 'alle' uit artikel 10, lid 1 onder 1° (oud), van de Auteurswet geschrapt, wat het formele einde betekende van de auteursrechtelijke bescherming voor onpersoonlijke geschriften.⁴ De omgekeerde bewijslast in de Mediawet, die de positie van omroeporganisaties nog extra had versterkt, was al eerder gesneuveld.⁵ Voor TMG kwamen deze wetswijzigingen te laat. Bij brief van 21 september 2012, een half jaar na het arrest *Football Dataco*, heeft TMG de Staat aansprakelijk gesteld voor de schade die zij heeft geleden als gevolg van onrechtmatige wetgeving. Dat de Staat onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk kan

worden gesteld wegens het te laat omzetten van een EU-richtlijn is op zichzelf niets nieuws. Dat kwam al naar voren in het *Francovich*-arrest van het Hof van Justitie d.d. 19 november 1991.⁶ Dat aansprakelijkheid ook mogelijk is voor falen van de formele wetgever, blijkt onder meer uit het arrest *Waterpakt* van de Hoge Raad d.d. 21 maart 2003.⁷ De belangrijkste vraag in de procedure van TMG tegen de Staat is of de vordering van TMG inmiddels verjaard is. Als de fout door de Staat gemaakt werd op 1 januari 1998, is een aansprakelijkstelling op 21 september 2012 dan niet te laat? Artikel 3:310 lid 1 BW noemt immers een termijn van vijf jaar.

Twee rechtsvragen

Het eerste onderdeel van het cassatiemiddel betreft de vraag wanneer de verjaringstermijn begint. Volgens het gerechtshof had TMG al in de periode 1998-2000 een vordering tot schadevergoeding tegen de Staat kunnen instellen, zodat de termijn toen begon te lopen. De advocaat-generaal kan zich niet met dit oordeel verenigen. Hij acht de stelling van TMG, dat het instellen van zo'n vordering indertijd volstrekt kansloos zou zijn geweest, gegrond. Zowel de wetgever als de rechtspraak gingen er tot het arrest *Football Dataco* van uit, dat de Databankenrichtlijn zich niet verzette tegen de onpersoonlijke geschriftenbescherming. Verwijzend naar het arrest *Mispelhoeft/Staat* van de Hoge Raad stelt de advocaat-generaal dat de verjaringstermijn van artikel 3:310, lid 1, BW pas begint wanneer de benadeelde voldoende zekerheid heeft dat de schade is veroorzaakt door een tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Tot 1 maart 2012, de datum van het arrest *Football Dataco*, waren er reële indicaties dat helemaal geen sprake was van een fout. Dat is volgens de advocaat-generaal van belang, omdat in de rechtspraak over artikel 3:310 lid 1 BW naast de rechtszekerheid een billijkheidselement ligt besloten. Met andere woorden: de verjaringstermijn begon pas op 1 maart 2012 en TMG was dus ruim op tijd.

Voor het geval de Hoge Raad daarover anders zou oordelen, gaat de advocaat-generaal in op het tweede onderdeel van het cassatiemiddel. Is het misschien zo dat de Staat elke dag waarop hij een met hoger recht strijdige wet in stand houdt, wederom een onrechtmatige daad pleegt? Dan zou elke dag opnieuw een verjaringstermijn van vijf jaar kunnen beginnen. Deze vraag beantwoordt de advocaat-generaal ontkennend. Wanneer een verjaringstermijn eenmaal is gaan lopen, geldt deze ook voor latere schade die wordt geleden als gevolg van dezelfde gebeurtenis. In het arrest *ASR/Achmea* overwoog de Hoge Raad namelijk:

1 Conclusie G.R.B. van Peursem d.d. 26 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:84.

2 HvJ EU 1 maart 2012, zaak C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115, r.o. 40, NJ 2012/433 (*Football Dataco*).

3 HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88, NJ 2015/304 (*Ryanair/PR Aviation*).

4 Wet van 5 november 2014, Stb. 428. In werking getreden op 1 januari 2015 krachtens Stb. 2014, 437.

5 Wet van 28 juni 2012, Stb. 319, waardoor de artikelen 2.140 en 3.28 uit de Mediawet werden geschrapt. In werking getreden op 1 januari 2013 krachtens Stb. 2012, 421. Het schrappen van de twee bepalingen was het

gevolg van een amendement Miltenburg/Van der Ham, *Kamerstukken II* 2011/12, 33019, nr. 9. In hetzelfde amendement werd bepaald dat NPO de programmagegevens van de landelijke publieke omroep tegen marktconforme tarieven beschikbaar moet stellen aan partijen die daarom verzoeken. Zie het huidige artikel 2.139 Mediawet.

6 HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, NJ 1994/2 (*Francovich*).

7 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*). Zie ook HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166, m.nt. S.D. Lindenberg (*Staat/H.*).

“Hierbij verdient nog opmerking dat een verjaringstermijn die op de voet van art. 3:310 lid 1 is gaan lopen, mede geldt voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade.”

In het geval van TMG was volgens de advocaat-generaal geen sprake van een reeks afzonderlijke gedragingen door de Staat, die ieder op zich een onrechtmatige daad vormen, maar van een eenmalige onjuiste implementatie van de Databankenrichtlijn, die alle daaropvolgende schade heeft veroorzaakt.

Interessant is dat de Hoge Raad de beide vragen in omgekeerde zin beantwoordt. Het eerste onderdeel van het cassatiemiddel is ongegrond en het tweede onderdeel gegrond. In rechtsoverweging 3.3.3 stelt de Hoge Raad dat de verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen wanneer de benadeelde partij voldoende zekerheid heeft over het bestaan van schade, de oorzaak van de schade en de voor de schade verantwoordelijke persoon. Inzicht in de juridische beoordeling van de feiten is echter niet vereist. Dat zou in strijd zijn met de rechtszekerheid. TMG had dus al voor het *Football Dataco*-arrest van 2012 in actie kunnen en moeten komen. Toch blijft TMG niet helemaal met lege handen staan. In rechtsoverweging 3.4.2 valt te lezen dat zolang geen juiste implementatie van een Europese richtlijn plaatsvindt, dit iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad van de Staat oplevert, hetgeen betekent dat daarop gegronde vorderingen afzonderlijk verjaren. De vordering van TMG was dus niet verjaard voor zover het betreft de periode van vijf jaar voorafgaand aan de aansprakelijkstelling van 21 september 2012. De schade die is opgelopen tussen 1998 en 2007 is echter niet meer te verhalen.

Commentaar

Het is onbillijk en ondoelmatig om van iemand te eisen dat hij kansloze procedures begint tegen iedereen waarvan hij last heeft. In zoverre is iets te zeggen voor het standpunt van Advocaat-Generaal Van Peursem. Volgens hem had het gerechtshof moeten onderzoeken of TMG in 1998-2000, gelet op de indicaties die erop wezen dat van een implementatiefout van de Staat geen sprake was, voldoende concrete aanknopingspunten had om toch uit te gaan van een der-

gelijke implementatiefout. Vermoedelijk antwoord: nee. Daar staat tegenover dat TMG nauwelijks kosten hoefde te maken om haar rechten te behouden. Een verjaring kan al gestuit worden door een simpele brief als bedoeld in artikel 3:317 BW. Toegegeven, in de zaak *Mispelhoef* overwoog de Hoge Raad dat niet doorslaggevend was dat Mispelhoef ‘haar rechten door een aansprakelijkstelling had kunnen veilig stellen’.⁸ In de casus Mispelhoef gold echter de bijzonderheid dat lange tijd onzekerheid bestond omtrent de vraag wie de wateroverlast had veroorzaakt: de gemeente, het waterschap of de Staat. Voor TMG was de onzekerheid niet gelegen in de vraag wie de schade had veroorzaakt, maar in de juridische beoordeling van dit handelen. Het inzicht dat artikel 10 lid 1 onder 1° (oud), van de Auteurswet in strijd was met de Databankenrichtlijn kwam bovendien niet uit de lucht vallen. In de literatuur was al op dit risico gewezen.⁹ Zou TMG al rond 2000 een zaak zijn begonnen tegen de Staat, dan zou de Nederlandse rechter waarschijnlijk prejudiciële vragen hebben gesteld aan het Hof van Justitie. Grote kans dat het standaardarrest dan niet ‘Football Dataco’ was gaan heten, maar ‘Telegraaf Media Groep’.

Met de verwerping van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel kan dus worden ingestemd. Ook de gegrondverklaring van het tweede onderdeel is goed te verdedigen. Iedere dag dat een onrechtmatige wet blijft voortbestaan is er één te veel. De advocaat-generaal, die van mening was dat de Staat een eenmalige onrechtmatige daad pleegde door niet tijdig te implementeren met een voortdurende schade als gevolg, liet zich inspireren door het arrest *ASR/Achmea*. Die zaak betrof een geschil tussen particuliere partijen over schade die was veroorzaakt doordat een paard in de manege tegen de knie van een verzorgster had getrapt. Nu kan het zijn dat de medische behandeling van lichamelijk letsel veel tijd vergt en dat de kosten daarvan onverwacht oplopen. Het trappen van een paard is echter duidelijk een eenmalige gebeurtenis. Dat ligt anders bij het handhaven van een algemeen verbindend voorschrift, dat zich per definitie leent voor een herhaalde toepassing op een onbepaald aantal situaties. Terecht overweegt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.2 dat de Staat na een onjuiste implementatie van een EU-richtlijn verplicht blijft alsnog een juiste implementatie te laten plaatsvinden. De rechtbank in Den Haag zal deze overweging met genoegen hebben gelezen. Zij komt inhoudelijk volledig overeen met wat deze rechtbank in 2017 overwoog in een zaak over een gebrekkige implementatie van de Auteursrechtlijn.¹⁰

8 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, r.o. 3.3.4. (*Mispelhoef/Staat*).

9 H.M.H. Speyart, ‘De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland’ (deel I en II), *AMI* 1996, afl. 8, p. 151-163 en *AMI* 1996, afl. 9, p. 171-179.

Zie ook P.B. Hugenholtz, ‘Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert’, *Mediaforum* 1995-7/8, p. 82-87.

10 Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2170, r.o. 5.2.1. (*Imitation Europe BV/Stichting De Thuis kopie en de Staat der Nederlanden*).