

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

Zaaknummer : 200.175.924/01
Zaak-/rolnummer rechtbank : C/09/448358/HA ZA 13/878

Arrest d.d. 27 september 2016

Inzake

TMG LANDELIJKE MEDIA B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
hierna te noemen: TMG,
advocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Veiligheid en Justitie),
zetelende te Den Haag,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. B.J. Drijber te Den Haag.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 12 augustus 2015 is TMG in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 10 juni 2015 (hierna kortweg: het vonnis). Bij memorie van grieven (MvG) heeft TMG zes grieven tegen dat vonnis aangevoerd die door de Staat zijn bestreden bij memorie van antwoord (MvA).

Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten ter zitting van dit hof van 14 juli 2016, TMG door mr. P.J. Kreijger, advocaat te Amsterdam, en de Staat door zijn advocaat. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnota's (hierna: PA = Pleitnota in Appel). Na afloop van de pleidooien is arrest gevraagd.

De beoordeling van het hoger beroep

De feiten

1.1 De volgende feiten worden als vaststaand aangenomen.

a. Artikel 10 lid 1, aanhef en sub 1, van de Nederlandse Auteurswet (Aw) luidde tot 1 januari 2015 als volgt:

*‘Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst verstaat deze wet:
1° boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere
geschriften;’*

Uit de woorden ‘alle andere geschriften’ is in Nederlandse rechtspraak de zogenoemde onpersoonlijke geschriftenbescherming afgeleid, dat wil zeggen dat

geschriften zonder oorspronkelijk karakter/persoonlijk stempel (zoals dienstregelingen, bijsluiters en programmeergegevens) op grond van de Aw bescherming genieten tegen ontlening door 'eenvoudige herhaling'.

- b. In de artikelen 2.140 en 3.28 van de Mediawet 2008 was tot 1 januari 2013 – en voordien in (onder meer) artikel 59 van de Mediawet 1987 – voor de onpersoonlijke geschriftenbescherming van programmeergegevens een omkering van de bewijslast ten aanzien van de ontlening opgenomen, in die zin dat dat de wederpartij van de omroeporganisatie moest bewijzen dat hij niet had ontleend.
- c. 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 zonder toestemming van de omroeporganisaties een weekoverzicht van deze programma's en de dag en het tijdstip van uitzending (hierna kortweg: de programmeergegevens) kunnen publiceren. De omroeporganisaties hebben zich hiertegen in het verleden met succes verzet, onder meer op grond van de onpersoonlijke geschriftenbescherming
- d. Op 16 april 1996 is Richtlijn 96/9 van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (hierna: de DRI) 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.
- e. Sinds 1998 heeft TMG meerdere civiele en bestuursrechtelijke procedures over publicatie van de programmeergegevens tegen de omroeporganisaties gevoerd. TMG is in deze procedures telkens in het ongelijk gesteld.
- f. In het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) van 1 maart 2012 inzake 'Football Dataco', zaak C-604/10 (ECLI:EU:C:2012:115), is onder meer het volgende overwogen (punt 40):

'Blijkens zowel artikel 3, lid 1, als punt 16 van de considerans van (de DRI), mogen bij de vaststelling of een databank ingevolge deze richtlijn in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming, geen andere criteria dan het oorspronkelijkheidscriterium worden gehanteerd'.
- g. In zijn arrest van 17 januari 2014 inzake 'Ryanair' (ECLI:NL:HR:2014:88) heeft de Hoge Raad (HR) overwogen dat, gezien punt 40 van het 'Football Dataco'-arrest, het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de DRI, dat de (onpersoonlijke) geschriftenbescherming met betrekking tot databanken waarin niet substantieel is geïnvesteerd, buiten het bereik van de DRI valt en dat in databanken opgenomen gegevens die zijn aan te merken als geschriften in de zin van artikel 10 lid 1 onder 1° Aw derhalve vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming, inmiddels onjuist is gebleken. Databanken die niet aan het oorspronkelijkheidscriterium voldoen zijn blijkens het 'Football Dataco'-arrest immers niet vatbaar voor auteursrechtelijke bescherming, aldus de HR.

-
- h. 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.
 - i. Bij Wet van 5 november 2014 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 artikel 10 lid 1 onder 1^o Aw geschrapt.

De vordering en het vonnis van de rechtbank

- 2.1 TMG heeft kort weergegeven gevorderd een verklaring voor recht dat de Staat jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door de onjuiste wijze van implementatie van de DRI als gevolg waarvan de onpersoonlijke geschriftenbescherming en, tot 1 januari 2013, de in rov. 1.b bedoelde bepalingen uit de Mediawet, ten onrechte zijn gehandhaafd, met schadevergoeding, op te maken bij staat, althans een billijke compensatie voor de geleden schade.
- 2.2 De Staat heeft zich onder meer verweerd met de stelling dat de vorderingen van TMG op de voet van artikel 3:310 lid 1 BW zijn verjaard. De rechtbank heeft overwogen dat niet in geschil is dat de vijfjaarstermijn van dit artikel inmiddels is verstreken (rov. 4.1 van het vonnis) en dat er geen steekhoudende redenen zijn om het beroep van de Staat op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten (rovv. 4.2 en 4.11), zodat de schadevordering is verjaard en niet valt in te zien welk belang TMG nog heeft bij de gevorderde verklaring voor recht. Op deze gronden heeft de rechtbank de vorderingen van TMG afgewezen.

De grieven; inleidende opmerkingen

- 3.1 De grieven van TMG richten zich tegen de aanvaarding door de rechtbank van het verjaringsverweer, waarbij TMG – die in de eerste aanleg dit verweer alleen had bestreden met de stelling dat het beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was – een aantal nieuwe argumenten naar voren heeft gebracht.
- 3.2 Bij de beoordeling van de grieven dient voorop te staan dat niet in discussie is dat de vraag of de schadevordering van TMG is verjaard, moet worden beantwoord aan de hand van artikel 3:310 lid 1 BW. Naar luid van dit artikel verjaart een schadevordering door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (hierna: de vijfjaarstermijn of de korte verjaringstermijn).

De grieven I en II: aanvangsmoment van de verjaring

- 4.1 In hoger beroep heeft TMG het oordeel van de rechtbank dat de vijfjaarstermijn inmiddels is verstreken, alsnog bestreden (punt 79 MvG). Dit is uitgewerkt in de grieven I en II.
- 4.2 TMG's grief I houdt in dat de verjaring niet op uiterlijk 21 juli 1999 is aangevangen, zoals de Staat heeft gesteld onder verwijzing naar de implementatiedatum van de

DRI (punt 3.4 MvA), maar op zijn vroegst op 1 maart 2012, de datum van het 'Football Dataco'-arrest.

- 4.3 In zijn arrest van 31 oktober 2003 inzake 'Saelman' (NJ 2006, 112, ECLI:NL:HR:2003:AL8168) heeft de HR over het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn het volgende overwogen:

'De korte verjaringstermijn (...) staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. De (...) eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat dat het hier gaat om daadwerkelijke bekendheid (...), zodat het enkele vermoeden van het bestaan van de schade niet bestaat (...). Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat, indien de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring is begonnen te lopen op het zojuist bedoelde tijdstip. De korte verjaringstermijn gaat dan pas in wanneer die omstandigheden niet langer verhinderen dat de vordering kan worden ingesteld (...). (...) de Hoge Raad (komt) thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen'.

Zoals de Advocaat-Generaal (AG) in punt 4.7 van de conclusie bij het arrest van de HR van 24 maart 2006 inzake 'Geldermalsen/Plameco' (NJ 2007, 377, ECLI:NL:HR:2006:AU7492) heeft opgemerkt, volgt uit het 'Saelman'-arrest dat de korte verjaringstermijn vaak zal gaan lopen indien de benadeelde bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, maar dat dat niet altijd het geval hoeft te zijn. In het 'Bosman/G'-arrest van 26 november 2004 (NJ 2006, 115, ECLI:NL:HR:2004:AR1739) heeft de HR gepreciseerd dat de 'Saelman'-rechtspraak niet inhoudt dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn niet slechts is vereist dat de benadeelde bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden. Aan het stellen van deze eis staat niet alleen de rechtszekerheid in de weg, maar ook de billijkheid nu 'de benadeelde (...) zonder hinder van deze verjaringstermijn (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'. De rechtspraak op dit stuk is door de HR samengevat in zijn arrest van 4 mei 2012 inzake 'Huisman q.q./Hoskens' (ECLI:NL:HR:2012:BV6769):

'De (...) verjaringstermijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon. Deze eis houdt volgens vaste rechtspraak in dat 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 hoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Een en ander betekent dat het antwoord

op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen afhankelijk is van alle ter zake dienende omstandigheden. (...). (...) voor de aanvang van de verjaringstermijn (...) (is) niet (...) vereist dat de benadeelde daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden waaruit voor hem de schade voortvloeit.'

- 4.4 TMG leed ook in 1998/1999 al schade als gevolg van het feit dat de programmeergegevens beschermd werden door artikel 10 lid 1, 1° Aw. Daardoor kon zij de programmeergegevens voor de daarop volgende week immers niet publiceren en is zij inkomsten misgelopen, zie o.m. de punten 4 en 14 MvG. Met deze schade was TMG bekend, en ook met degene die door invoering/instandhouding van artikel 10 lid 1, 1° Aw daarvoor verantwoordelijk was, te weten de Staat. Door TMG is ook niet betwist dat zij (uiterlijk) op 21 juli 1999 bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke partij (de Staat). In de volgende passage uit de MvG is zelfs een erkenning daarvan te lezen:

'51 (...) Dit geval is hierom op één lijn te stellen met het geval van het Saelman-arrest.

52. In beide gevallen is de gelaedeerde op zichzelf bekend met de aansprakelijke partij en de schade, maar niet met het feit dat deze schade door onrechtmatig handelen veroorzaakt kan zijn. (...).'

- 4.5 Gelet op de laatste zinsnede van deze passage uit de MvG, de punten 53 e.v. MvG en de punten 20-26 PA wordt in grief I het standpunt, dat het aanvangstijdstip op 1 maart 2012 moet worden gesteld, vanuit twee (elkaar deels overlappende) invalshoeken beargumenteerd, namelijk:

- A. dat de korte verjaringstermijn pas is beginnen te lopen toen TMG voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoefde te zijn – had verkregen dat de schade (mede) is veroorzaakt door onrechtmatig handelen, en dat TMG deze voldoende zekerheid pas had na het 'Football Dataco'-arrest;
- B. dat TMG daarvóór niet in staat was een vordering in te stellen omdat zij er op grond van aan de Staat toe te rekenen omstandigheden vanuit mocht en moest gaan dat een vordering zinloos/kansloos zou zijn geweest – in de parlementaire geschiedenis staat expliciet vermeld dat de DRI de onpersoonlijke geschriftenbescherming onverlet laat en ook de Hoge Raad ging er in het 'El Cheapo'-arrest van 22 maart 2002 (NJ 2003, 149, ECLI:NL:HR:2002:AD9138) vanuit dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming naast het databankenrecht kon worden gehandhaafd – waardoor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid met zich brengt dat de korte verjaringstermijn pas op een later moment aanvangt.

Hierna zal kortweg worden gesproken over de invalshoeken A en B.

- 4.6 In dit verband is allereerst van belang dat, naar de rechtbank onbestreden heeft vastgesteld:
- uit de eigen stellingen van TMF blijkt dat er in de juridische literatuur al tijdens het implementatietraject van de DRI in 1998 en 1999 op is gewezen dat de voortzetting van de onpersoonlijke geschriftenbescherming niet in overeenstemming was met de DRI;
 - TMG in een bezwaarprocedure bij het NMA in 2000 het argument heeft gevoerd dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming in strijd is met de DRI.

Hieruit volgt dat TMG vanaf uiterlijk 2000 wist dat de mogelijkheid bestond dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming als strijdig met de DRI zou worden aangemerkt.

- 4.7 Invalshoek A kan TMG niet baten omdat de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen van de Staat door de onpersoonlijke geschriftenbescherming te handhaven na de inwerkingtreding van de DRI, een juridische beoordeling betreft van de reeds bij TMG bekende feiten en voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn bekendheid met de juridische beoordeling niet is vereist (zie rov. 4.3). Dat dit ook geldt wanneer, zoals in dit geval, Unierecht aan de orde is wordt onderstreept in het door de Staat genoemde arrest van de HR van 5 januari 2007 inzake '*Bijenkorff/Boersma*' (NJ 2007, 320, ECLI:NL:HR:2007:AY8771) waarin is geoordeeld dat het gerechtshof deze regel had miskend door voor de aanvang van de verjaring beslissend te achten het tijdstip waarop de benadeelde op de hoogte was van de strijdigheid van de regeling in kwestie met het EG-Verdrag. Naar aanleiding van de recente rechtspraak van de HR waarin is benadrukt dat bij de bepaling van het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn moet worden gekeken naar 'alle ter zake dienende omstandigheden', wordt hierbij nog opgemerkt dat uit het onder 4.6 overwogene voortvloeit dat het voor TMG in 1998-2000 niet onverwacht kan zijn geweest dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming later als strijdig met de DRI is aangemerkt.
- 4.8 Gelet hierop en in aanmerking nemend dat TMG schade leed als gevolg van de handhaving van de onpersoonlijke geschriftenbescherming en dit bij haar bekend was, bestond er voor haar in de periode 1998-2000 aanleiding om in verband daarmee een vordering tegen de Staat in te stellen. Dat zo een vordering kansloos en (dus) zinloos zou zijn, zoals aan invalshoek B ten grondslag ligt, vermag het hof niet in te zien. TMG heeft weliswaar met juistheid opgemerkt dat de HR in het '*El Cheapo*'-arrest van 2002 nog is uitgegaan van de geldigheid van de onpersoonlijke geschriftenbescherming – rov. 3.7.1 van dat arrest kan niet anders worden gelezen – maar in dat arrest was de vraag naar de geldigheid daarvan niet aan de orde gesteld, ook niet door de twee aan TMG gelieerde Telegraafvennootschappen die in die procedure partijen waren, meer in het bijzonder partijen die zich moesten verweren tegen een beroep dat door hun wederpartij in die procedure (NVM) op onpersoonlijke geschriftenbescherming werd gedaan. Aangenomen moet worden dat de HR in een zaak waarin de vraag naar de verenigbaarheid van de onpersoonlijke geschriftenbescherming met de DRI expliciet zou zijn voorgelegd, een prejudiciële vraag aan het HvJEU zou hebben gesteld, indien dat niet al in een van de feitelijke instanties zou zijn gebeurd. Daarbij is van belang dat de HR als hoogste nationale rechter verplicht is om zich tot het HvJEU te wenden in het geval als het onderhavige waarin tot 2012 van een acte clair of een acte éclairé geen sprake was (zie ook rov. 4.6). Invalshoek B stuit verder af op de (door de Staat in o.m. de punten 5, 10 en 20 PA ter sprake gebrachte) omstandigheid dat in Nederland de korte verjaringstermijn eenvoudig kan worden gestuit – een brief is daarvoor voldoende (artikel 3:317 lid 1 BW) – en TMG in het licht van de in rov. 4.6 genoemde feiten alle reden had om dat te doen. Nu zij dat niet heeft gedaan kan zij zich niet met vrucht beroepen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid waarop invalshoek B in de kern berust (zie ook de in rov. 4.3 weergegeven passage van het '*Saelman*'-arrest).

-
- 4.9. Een en ander brengt met zich dat (al) in de periode 1998-2000 TMG daadwerkelijk in staat was een vordering tot vergoeding van de schade tegen de Staat in te stellen.
- 4.10 Een nationale verjaringstermijn mag de uitoefening van de door de EU verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (zie o.m. punt 16 van het arrest van het HvJEU van 19 mei 2011 inzake ‘*Iaia*’, zaak C-452/09, ECLI:EU:C:2011:323). Het beroep dat TMG op dit doeltreffendheidsbeginsel heeft gedaan ten betoge dat de verjaringstermijn niet voor 1 maart 2012 kan zijn gaan ingegaan, faalt om de hiervóór al genoemde redenen: TMG was al lang voor die datum daadwerkelijk in staat om de op onjuiste implementatie van de DRI gebaseerde schadevordering tegen de Staat te stellen en had bovendien de verjaring op eenvoudige wijze kunnen stuiten. Bij deze stand van zaken kan niet worden gezegd dat de nationale regeling van de korte verjaring van artikel 3:310 lid 1 BW het voor TMG onmogelijk of uiterst moeilijk maakte om schadevergoeding wegens schending van het EU-recht te krijgen.
- 4.11 Uit het voorgaande vloeit voort dat grief I van TMG niet slaagt: de verjaring is ruim voor 1 maart 2012 gaan lopen, al in de periode 1998-2000.
- 4.12 Met haar grief II betoogt 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. TMG ziet de voortdurende onrechtmatige daad van de Staat hierin dat hij eerst door de niet juiste implementatie van de DRI op 21 juli 1999 een onrechtmatige toestand in het leven heeft geroepen (MvG onder 30) en vervolgens die onrechtmatige toestand heeft gehandhaafd (punt 75 en 77 MvG; punten 27 en 30 PA). Hierbij heeft TMG gewezen op de HR-arresten van:
- 21 maart 2003 inzake ‘*Waterpakt*’ (NJ 2003, 691, ECLI:NL:HR:2003:AE8462);
 - 1 oktober 2004 inzake ‘*Faunabescherming/Fryslân*’ (NJ 2004, 679, ECLI:NL:HR:2004:OA8913);
 - 9 mei 1986 inzake ‘*Staat/Van Gelder*’ (NJ 1987, 252, ECLI:NL:HR:1986:AC0867);
 - 18 september 2015 inzake ‘*Staat/Habing*’ (ECLI:NL:HR:2015:2722).
- De Staat heeft dit betoog van TMG bestreden. In zijn visie heeft hij slechts eenmaal iets gedaan, en niet herhaalde of voortgezette handelingen verricht (punt 4.2.5 MvA).
- 4.13. In het ‘*Waterpakt*’-arrest en het ‘*Faunabescherming/Fryslân*’-arrest is beslist dat in het geval dat het niet tot stand brengen van wetgeving ter implementatie van een richtlijn onrechtmatig is, de rechter niet aan de Staat of de Provincie een bevel kan geven om wetgeving tot stand te brengen ‘teneinde de onrechtmatige toestand op te heffen’. Daarin was niet de vraag aan de orde wanneer de ‘korte’ verjaring van een vordering tot schadevergoeding wegens niet (juiste)-implementatie van een richtlijn aanvangt. Omdat de genoemde arresten betrekking hadden op een heel andere kwestie kan, anders dan TMG meent, aan het gebruik daarin van het begrip ‘onrechtmatige toestand’ geen argument voor de beantwoording van deze vraag worden ontleend.

- 4.14 TMG heeft in de punten 27-30 PA tot uitdrukking gebracht dat van handhaving van wetgeving sprake is zolang de wet niet is aangepast. Onder 'handhaven' verstaat zij dus: niet-aanpassen, niet-herstellen, niet-intrekken. In het '*Staat/Van Gelder*'-arrest en het '*Staat/Habing*'-arrest is, zoals TMG heeft aangevoerd, overwogen dat niet alleen het uitvaardigen van een wet in strijd met een hogere regeling, maar ook het handhaven daarvan onrechtmatig is. Uit punt 3.3 van het '*Staat/Van Gelder*'-arrest en punt 3.5.2 van het '*Staat/Habing*'-arrest blijkt evenwel dat in deze arresten onder 'handhaven' iets anders moet worden verstaan dan TMG met dat begrip voor ogen heeft, namelijk: naleving van het voorschrift afdwingen (in '*Staat/Van Gelder*' was dat het heffen van belasting op grond van de uitgevaardigde voorschriften). Ook deze arresten bieden dus geen steun aan het in grief II neergelegde betoog, waarbij nog opmerking verdient dat gesteld noch gebleken is dat de Staat in deze zin de oorspronkelijke geschriftenbescherming heeft gehandhaafd.
- 4.15. Wanneer TMG zou worden gevolgd in haar standpunt dat de korte verjaringstermijn telkens aanvangt na iedere dag van niet-aanpassing, niet-herstel of niet-intrekking van een normschendende handeling, dan zou die termijn in een groot deel van de gevallen zijn betekenis verliezen. Dan zou bij bijvoorbeeld een niet toegestane opzegging van een contract, een onterecht gegeven ontslag of een onrechtmatige publicatie de korte verjaringstermijn steeds opnieuw gaan lopen na iedere dag dat de opzegging of het ontslag niet wordt ingetrokken of het gepubliceerde niet wordt rechtgezet. Deze gevolgtrekking kan niet worden aanvaard. Dat betekent dat in deze zaak de verjaringstermijn niet telkens weer is gaan lopen na iedere dag waarop de Staat na 21 juli 1999 heeft nagelaten de DRI alsnog juist te implementeren: de gestelde implementatiefout van de Staat is een eenmalige fout/gebeurtenis.
- 4.16 Voor het andersluidende standpunt van TMG kan overigens ook geen steun worden gevonden in het in de punten 33 en 34 van haar PA ontvouwde gedachtenexperiment over een fictieve op 2 maart 2012 naar aanleiding van het '*Football Dataco*'-arrest opgerichte uitgever die een gids met de programmeergegevens wil uitbrengen maar daar niettemin op grond van de onpersoonlijke geschriftenbescherming van wordt weerhouden. De hierop door TMG gebouwde redenering dat, wanneer deze uitgever de Staat aansprakelijk stelt voor de schade, het niet zo kan zijn dat hij krijgt tegengeworpen dat de verjaring al is gaan lopen op 21 juli 1999 (bij de 'uitvaardiging' van de regel over onpersoonlijke geschriftenbescherming in strijd met de DRI) toen de uitgever nog niet eens bestond, is juist, echter niet omdat – zoals TMG met dit gedachtenexperiment wil aantonen – die datum niet de (enige) aanvangstermijn van de verjaring kan zijn, doch omdat de uitgever pas vanaf de datum van zijn oprichting (2 maart 2012) bekend kon zijn met zijn schade. De Staat heeft hier bij het pleidooi in hoger beroep, buiten de PA om, terecht op gewezen.
- 4.17 Ook grief II van TMG gaat niet op, zo moet worden geconcludeerd.

De grieven III en IV: de redelijkheid en billijkheid in verband met het beroep op verjaring

- 5.1 Grief III berust – naar TMG heeft toegelicht in punt 35 PA – op dezelfde redelijkheid en billijkheid-argumentatie als grief I, maar dan vanuit een ander gezichtspunt: bij grief I wordt het aanvangsmoment van de verjaring aan de orde gesteld, in grief III het beroep op verjaring zelf, tegen het uitgangspunt dat deze is aangevangen op 21 juli 1999. Gelet op de wezenlijke overeenstemming tussen de grief III-argumentatie

en de grief I-argumentatie zijn de in de rov. 4.8 t/m 4.10 genoemde gronden voor verwerping van grief I van overeenkomstige toepassing bij grief III, met als gevolg dat grief III eveneens faalt.

- 5.2 In grief IV wordt de stelling betrokken dat TMG binnen redelijke termijn na het *'Football Dataco'*-arrest de Staat aansprakelijk heeft gesteld. Deze stelling vindt haar oorsprong in het arrest van de HR van 24 mei 2002 inzake *'Staat/Van Hout'* (NJ 2003, 268, ECLI:NL:HR:2002:AD9600) waarin is overwogen dat in bepaalde gevallen binnen een redelijke termijn een aansprakelijkstelling moet plaatsvinden om met succes een beroep te kunnen doen op de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid. In dit geval is dat echter niet van belang nu hiervoor al is vastgesteld dat het verjaringsverweer van de Staat niet in strijd is met de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid, zodat TMG zich hierop toch al niet met succes kan beroepen. Grief IV mist dus relevantie en kan daarom niet slagen.

Grief VI: niet voorzienbare schade

- 6.1 In (onder meer) het arrest van de HR van 6 april 2012 inzake *'ASR/Achmea'* (NJ 2016, 196, ECLI:NL:HR:2012:BU3784) is beslist dat een verjaringstermijn die op de voet van artikel 3:310 lid 1 BW 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.
- 6.2 Met haar grief VI wil TMG het standpunt ingang doen vinden dat de door de Staat ingeroepen verjaring in ieder geval niet de schade van na het *'Football Dataco'*-arrest van 1 maart 2012 kan omvatten, aangezien die schade ten tijde van de implementatiefout van de Staat (21 juli 1999) niet redelijkerwijs kon worden voorzien (zie punt 98 MvG). De hiertoe door TMG gebezigde argumentatie is tweeledig. In de eerste plaats stelt zij dat in 1999 niet te verwachten/te voorzien was dat de HvJEU (op enig moment) zou oordelen dat de auteursrechtelijke bescherming van onpersoonlijke geschriften rechtens onjuist was. Daargelaten dat dit voor TMG niet onverwacht kan zijn geweest (zie rov. 4.6), kan dit niet tot schade bij haar hebben geleid; een zodanig oordeel was voor haar juist gunstig. In de tweede plaats stelt TMG dat in 1999 niet te verwachten was dat een Nederlandse rechter (meer in het bijzonder de Amsterdamse voorzieningenrechter in zijn vonnis van 13 juni 2012, zie rov. 4.5 van het thans bestreden vonnis van de rechtbank Den Haag) vervolgens zou oordelen dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk was (met welk oordeel de auteursrechtelijke bescherming van onpersoonlijke geschriften in stand werd gelaten). De als gevolg hiervan door TMG geleden schade is echter dezelfde schade als de schade die zij daarvoor al leed, namelijk de in rov. 4.4, 1^e volzin, genoemde schade, terwijl die schade voortspoot uit dezelfde gebeurtenis als die eerdere schade (de gestelde onjuiste implementatie van de DRI), zodat TMG die schade in 1999, net als die eerdere schade, redelijkerwijs kon verwachten. Met de Staat (punt 17 PA) moet dan ook worden vastgesteld dat geen sprake is van nieuwe of andere schade, maar van afzonderlijke elementen van reeds ingetreden schade. Dat, zoals TMG bij pleidooi in hoger beroep in dit verband nog naar voren heeft gebracht (punt 45 PA), de HR in het *'Ryanair'*-arrest van 17 januari 2014 heeft beslist dat richtlijnconforme

interpretatie wel kon en (dus) moest, kan evenmin tot schade bij TMG hebben geleid; daarmee kwam juist een einde aan de onpersoonlijke geschriftenbescherming. Het is op zichzelf juist dat bij de implementatie van de DRI in 1999 niet kon worden voorzien hoe de juridische beoordeling daarvan precies zou verlopen, doch dit wil – anders dan TMG kennelijk meent – niet zeggen dat de schade niet kon worden voorzien. Ook grief VI faalt.

De Mediawet

- 7.1 De schadevordering van TMG is mede gegrond op onjuiste implementatie van de DRI door het ten onrechte in stand houden (tot 1 januari 2013) van de artikelen 2:140 en 3:28 Mediawet 2008, voorheen artikel 59 Mediawet. In de punten 17 en 18 MvG, naast de als zodanig aangeduide grieven, heeft TMG herhaald dat ook het uitvaardigen en in stand houden van de artikelen 2:140 en 3:28 van de Mediawet 2008 onrechtmatig was. TMG heeft hier echter niet de gevolgtrekking aan verbonden dat voor het op de Mediawet gebaseerde deel van de schadevordering de verjaring pas in 2008 is gaan lopen. Ten overvloede wordt hierbij aangetekend dat TMG dit terecht niet heeft gedaan. De genoemde artikelen van de Mediawet 2008 waren immers (nagenoeg) identiek aan de artikelen 59 en 71w van de Mediawet 1987 en het gestelde ten onrechte uitvaardigen en in stand houden heeft derhalve – naar de Staat tot uitdrukking heeft gebracht in o.m. punt 4.7.3 MvA en gelet op het onder 4.15 overwogene – plaatsgevonden ten aanzien van de laatstgenoemde artikelen die ten tijde van de implementatie van de DRI golden. Tevens in aanmerking nemend dat TMG zelf heeft benadrukt (in punt 52 PA) dat de bewijslastomkering in de Mediawet ‘los van de geschriftenbescherming geen zelfstandige betekenis (had)’, is er geen enkele reden om de aanvang van de verjaring van de op de Mediawet gebaseerde schadevordering op een ander tijdstip te stellen dan de aanvang van de verjaring van de op de Aw gebaseerde schadevordering.

Resume, grief V en slotsom

- 8.1 Het voorgaande resumerend is:
- de verjaring van alle door TMG ingestelde schadevorderingen, en alle afzonderlijke elementen daarvan, beginnen te lopen in de periode 1998-2000;
 - de verjaring dus uiterlijk eind 2005 voltooid;
 - het beroep van de Staat op verjaring niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar of in strijd met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel.
- Nu pas in 2012 een stuitingshandeling is verricht, betekent dit dat het verjaringsverweer van de Staat slaagt. Naar uit het hiervoor overwogene blijkt kan geen van de door TMG gestelde feiten aan dit oordeel afdoen. Het door TMG op blz. 34 MvG gedane (tegen-)bewijsaanbod wordt daarom als niet ter zake dienend gepasseerd.
- 8.2 Bespreking behoeft nog grief V, waarin wordt betoogd dat:
- a) deze zaak niet moet worden beoordeeld naar de maatstaven voor onrechtmatige rechtspraak, maar naar die voor onrechtmatige wetgeving (punten 90 en 91 MvG; punt 38 PA);

- b) de omstandigheid dat de rechter richtlijnconform interpreteert, niet afdoet aan de onrechtmatigheid van het handelen van de Staat (punten 92 en 93 MvG; punten 39 en 40 PA);
- c) TMG al voor 21 juli 2004 uit de parlementaire geschiedenis mocht afleiden dat als zij toen een procedure als de onderhavige aanhangig had gemaakt, de kans nihil was dat de rechter zou oordelen dat de onpersoonlijke geschriftenbescherming strijdig was met het EU-recht.

Het hof is tot de in rov. 8.1 weergegeven beslissing gekomen zonder af te wijken van hetgeen onder a) en b) wordt betoogd. Het betoog onder c) is verworpen in de rov. 4.6-4.8. Grief V kan bijgevolg evenmin doel treffen.

- 8.3 De schadevordering van TMG is niet toewijsbaar omdat deze is verjaard, zoals ook de rechtbank heeft geoordeeld. Door TMG is – terecht – niet gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank, dat, wanneer de schadevordering niet toewijsbaar is, de gevorderde verklaring voor recht niet kan worden toegewezen wegens gemis aan belang.
- 8.4 Dit voert tot de slotsom dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Als de in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij zal TMG worden veroordeeld in de daarop gevallen kosten.

Beslissing

Het gerechtshof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 10 juni 2015;
- veroordeelt TMG in de kosten van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de Staat begroot op € 711,- voor griffiegeld en € 2.682,- voor salaris, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de procesveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, R. Kalden en B. Smulders; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 september 2016 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:
 Uitgegeven aan mr.
 Advocaat van: app./geint.
 De Griffier van het Gerechtshof
 te Den Haag

B.J. Drijber