

Verjaring van claims op de bank: de actuele stand van zaken

*Mr. E.A.L. van Emden en mr. A.N.L. de Hoogh**

1 Inleiding

De rechtspraak over de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW is in ontwikkeling.¹ Deze bepaling houdt in dat een rechtsvordering tot schadevergoeding begint te verjaren op de dag nadat de schuldeiser (subjectief) bekend wordt met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Veel verjaringsdiscussies draaien welbeschouwd om het begrip ‘daarvoor aansprakelijke’. Voor de benadeelde zal meestal direct duidelijk zijn dat hij schade lijdt. Hij zal doorgaans ook meteen bekend zijn met de identiteit van de veroorzaker.² Maar daarmee is nog niet gegeven dat de benadeelde ook al bekend is met de aansprakelijkheid van de (geïdentificeerde) veroorzaker. Voor het antwoord op de vraag wanneer de schuldeiser weet dat een persoon ‘daarvoor aansprakelijk’ is, heeft de Hoge Raad op 9 oktober 2020 een richtinggevend arrest gewezen.³ Hoewel dit arrest specifiek zag op de verjaring van een beroepsaansprakelijkheidsclaim, heeft het een ruimere strekking, die ook relevant is voor de verjaring van claims op banken.⁴ Op 12 januari 2024 volgden twee arresten over de verjaring in de specifieke context van bancaire aansprakelijkheid.⁵ In dit artikel staan deze twee arresten en de vanaf 9 oktober 2020 gewezen rechtspraak over de verjaring van bancaire aansprakelijkheidsclaims centraal. Wij sluiten de bijdrage af met enkele (praktische) stelregels.

2 De rechtsontwikkeling tot het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2020

Art. 3:310 BW ziet op de verjaring van rechtsvorderingen tot vergoeding van schade. Het artikel vereist, waar het gaat om de korte verjaringstermijn, subjectieve kennis; bepalend is wat de benadeelde feitelijk weet.⁶

De Hoge Raad heeft veelvuldig geoordeeld dat slechts vereist is dat de benadeelde bekend is geworden met zijn schade en met de persoon van de veroorzaker. Dat de benadeelde zich ook (tijdig) realiseerde dat hij een reden had om de veroorzaker aan te spreken, wordt niet geëist. Dat is begrijpelijk omdat de wet een dergelijke eis niet stelt, terwijl (subjectieve) kennis op dit punt ook bijna niet te bewijzen lijkt. Daarnaast komt rechtsdwaling voor eigen rekening, zo overwoog de Hoge Raad al in een verjaringszaak uit 2004.⁷ Dat de cliënt zich in die zaak niet had gerealiseerd dat zijn advocaat een beroepsfout had gemaakt, liet onverlet dat de verjaring van de claim op de advocaat aanving met de kennisname van de schade en de persoon van de veroorzaker. Deze rechtsdwaling bleef voor zijn eigen rekening. Voor de aanvang van de verjaringstermijn is dus vereist dat de benadeelde de feitelijke factoren ‘schade’ en ‘veroorzaker’ kent. Het vermogen van de benadeelde om tevens de (juridische) conclusie te trekken dat de veroorzaker aansprakelijk is voor de schade, wordt niet geëist. Deze regel

* Mr. E.A.L. van Emden is advocate bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag, fellow aan het OO&R (Radboud Universiteit Nijmegen) en redactielid van dit tijdschrift. Mr. A.N.L. de Hoogh is advocaat bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag.

1 Voor de volledigheid: art. 3:310 BW kent ook nog een lange verjaringstermijn die aanvangt met de schadeveroorzakende gebeurtenis; deze lange verjaringstermijn wordt in dit artikel verder niet behandeld, maar ter illustratie wordt gewezen op Hof Arnhem-Leeuwarden 22 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1329, r.o. 8.3.2.
2 Terwijl HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 m.nt. C.E. du Perron (X/Bemoti) leert dat op dit punt soms een zekere onderzoeksplicht op de benadeelde rust.
3 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187 m.nt. J.L. Smeehuijzen.
4 Zie bijv. ook F.P.C. Strijbos in JOR 2020/302, sub 1. De Hoge Raad verwijst in dit arrest trouwens ook naar jurisprudentie over de klachtplicht uit art. 6:89 BW, die in de context van bancaire aansprakelijkheid is gewezen (zoals HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m.nt. J. Hijma).
5 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18 en ECLI:NL:HR:2024:19.

6 Subjectieve kennis is lastig te bewijzen. Daaraan wordt enigszins tegemoetgekomen doordat subjectieve kennis soms kan worden afgeleid uit gedragingen of verklaringen van de benadeelde of uit andere feiten. Zie HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, NJ 2002/383 m.nt. H.J. Snijders (Vellekoop/Wilton Fijenoord) en HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1208, NJ 2002/384 m.nt. H.J. Snijders (Wong/X), en recentelijk bijv. Hof Den Haag 23 januari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:132, r.o. 6.30.
7 HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115 m.nt. C.E. du Perron (Bosman/G).

valt in veel arresten van de Hoge Raad terug te lezen,⁸ al wees een arrest uit 2009 enigszins de andere kant op.⁹

Kritiek op deze rechtspraak was er wel, omdat het zonder te beschikken over juridische of andersoortige specialistische kennis soms simpelweg niet mogelijk is om de gevolgtrekking te maken dat de schade het gevolg is van falen van een ander.¹⁰ Als de benodigde juridische of specialistische kennis bij de benadeelde ontbreekt, betekent dat bijna onvermijdelijk dat de verjaringstermijn ongebruikt verstrijkt. Dat staat op (te) gespannen voet met het uitgangspunt dat voor het aanvangen van de korte verjaringstermijn nodig is dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is om zijn vordering in te roepen.¹¹ Dit uitgangspunt vindt zijn herkomst in het Saelman-arrest, waarin een bij de geboorte opgetreden hersenbeschadiging van het kind centraal stond. Eerst in een gesprek met de gynaecoloog dat jaren later plaatsvond, werd voor de ouders duidelijk dat de hersenbeschadiging het gevolg was van een medische fout en (dus) niet van een complicatie. De Hoge Raad oordeelde dat de verjaringstermijn pas met dat gesprek startte, omdat de ouders pas vanaf dat moment daadwerkelijk in staat waren om namens het kind een rechtsvordering tegen de arts in te stellen.

Op 9 oktober 2020 heeft de Hoge Raad in een beroepsaansprakelijkheidszaak zijn eerdere verjaringsrechtspraak genuanceerd.¹² Het ging in deze zaak om adviezen van een belastingadviseur die achteraf onjuist bleken te zijn. De standaardregel blijft ook na dit arrest dat de verjaringstermijn start met kennisname van de schade en de persoon van de veroorzaker; bekendheid met deze feiten is in beginsel voldoende. Onbekendheid met, of onzekerheid over, de juridische beoordeling van die feiten staat in beginsel niet in de weg aan het aanvangen van de verjaringstermijn. De standaardregel blijft dus:

8 Zie eerder al HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9600, NJ 2003/268 m.nt. T. Koopmans (Van Hout/Staat) en HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9615, NJ 2003/269 m.nt. T. Koopmans (Klijn/Staat). Zie voorts HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY8771, NJ 2007/320 m.nt. M.R. Mok (Bijenkorf/Boersma), HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, NJ 2012/194 m.nt. C.E. du Perron (Snouckaert van Schauburg/Reinders Didam), HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015 en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (TMG/Staat).

9 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ4850, NJ 2012/193 m.nt. C.E. du Perron (Stadskanaal/Deloitte&Touche).

10 Zie onder meer G.T. de Jong, De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW en rechtsdwaling, WPNR 2011, afl. 6874, p. 125-133 en L.C. Kampkuiper, Optimalisatie of generalisatie? De rechtsdwalingenregel bij de subjectieve verjaringstermijn, in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels (red.), Verjaring, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 229 e.v.

11 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 m.nt. C.E. du Perron (Saelman). Zie in deze zin ook al HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (BASF/Rensink) over lichamelijke klachten met een (aanvankelijk) onduidelijke herkomst.

12 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187 m.nt. J.L. Smeehuijzen. Zie voor een bespreking van dit arrest M. de Haan & E.A.L. van Emden, De aanvang van de korte verjaringstermijn bij beroepsaansprakelijkheidsvorderingen na het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2020, MvV 2021, afl. 2, p. 74-81.

rechtsdwaling blijft voor eigen rekening. In bepaalde situaties is de benadeelde echter met de kennisname van de schade en de identiteit van de veroorzaker nog niet daadwerkelijk in staat om een rechtsvordering tegen de veroorzaker in te stellen, omdat bij de benadeelde de kennis of het inzicht ontbreekt om de deugdelijkheid van de door de veroorzaker geleverde prestatie te beoordelen (korthedshalve: 'gebrek aan inzicht'). Vanwege dat gebrek aan inzicht kan het zo zijn dat de benadeelde met de kennisname van de schade en persoon van de dader nog niet voldoende zekerheid heeft verkregen dat zijn schade is veroorzaakt door het falen van deze persoon. Soms ontbreekt door gebrek aan inzicht de mogelijkheid om zich te realiseren dat sprake is van een 'daarvoor aansprakelijke' persoon. Dat kan maken dat de verjaringstermijn niet reeds start door kennisname van de schade en persoon van de dader, maar pas nadat de benadeelde tevens het vereiste inzicht heeft verkregen. De aanwezigheid van het inzicht wordt objectief beoordeeld. Het gaat erom dat de benadeelde zich redelijkerwijs had moeten realiseren dat de ander de 'daarvoor aansprakelijke' persoon was. De dader moet dus feitelijk (subjectief) bekend zijn met de schade en de persoon van de dader. Er moet vervolgens worden beoordeeld of de benadeelde bij de kennisname van deze feiten redelijkerwijs ook het inzicht had om daadwerkelijk een rechtsvordering tegen de dader te kunnen instellen. De Hoge Raad noemde een aantal omstandigheden die bij deze beoordeling van belang zijn:

1. Mocht de benadeelde gezien zijn (rechts)verhouding tot de aangesprokene vertrouwen op diens deskundigheid, zoals bijvoorbeeld aan de orde is in de adviesrelatie met een belastingadviseur?
2. In hoeverre had de benadeelde aanleiding voor twijfel over de deugdelijkheid van de door de veroorzaker geleverde prestatie?
3. In hoeverre heeft de veroorzaker alternatieve oorzaken voor het intreden van de schade aangevoerd?
4. In hoeverre heeft de veroorzaker anderszins geruststellende mededelingen gedaan?

De factoren 3 en 4 houden welbeschouwd in dat wanneer de veroorzaker de benadeelde op het verkeerde been heeft gezet over de oorzaak van de schade en/of (daarmee) over de noodzaak om hem aansprakelijk te stellen, de veroorzaker zich niet achteraf met succes op verjaring kan beroepen. Dat sluit aan bij de opvatting dat rechtsdwaling minder snel voor rekening van de benadeelde is wanneer het ontstaan van de rechtsdwaling (mede) aan de veroorzaker kan worden toegerekend.¹³ De factoren 1 en 2 duiden erop dat de uitzonderingssituatie dat het vereiste inzicht pas later wordt verkregen met name zal spelen wanneer er tussen de benadeelde en de veroorzaker een contractuele relatie bestaat. Factor 1 duidt erop dat het met name zal gaan om vertrouwens- en adviesrelaties. Kenmerkend van dit soort relaties is dat ongelijkheid bestaat in het kennisniveau van de benadeelde en de veroorzaker, terwijl de

13 Zie hierover uitvoeriger E.A.L. van Emden, Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 4.6 en 4.7 en annotatie van J.L. Smeehuijzen in NJ 2021/187, sub 21 e.v.

veroorzaker juist vanwege zijn kennis is ingeschakeld.¹⁴ Men schakelt een opdrachtnemer in vanwege zijn deskundigheid en men mag ervan uitgaan dat deze opdrachtnemer zijn taak deugdelijk uitvoert. Als de opdrachtnemer een fout maakt die voor de opdrachtgever redelijkerwijs niet te herkennen valt zonder dat de opdrachtnemer of een ander met vergelijkbare deskundigheid hem daarop wijst, is niet makkelijk te aanvaarden dat de verjaringstermijn al start zodra de benadeelde bemerkt dat hij nadeel ondervindt.

De Hoge Raad herhaalde deze genuanceerde verjaringsleer in april 2023 in een zaak over schade door het verzakken van een opslagloods.¹⁵

3 De feitenrechtspraak ten aanzien van bancaire aansprakelijkheid na 9 oktober 2020

Tussen banken en hun cliënten bestaat een contractuele relatie; veelal moet de bank op grond daarvan een specifieke prestatie leveren.¹⁶ Dat moet de bank deugdelijk doen. Onder deugdelijke prestatie wordt ook verstaan de aan het ongeschreven recht ontleende plicht van de bank om de (beoogd) cliënt tijdig te informeren of te waarschuwen.¹⁷ Daarnaast beschikt een bank doorgaans over een hoog niveau van specialistische kennis, die over het algemeen niet in vergelijkbare mate bij de cliënt aanwezig is. De hoge zorgplicht die soms op banken rust, wordt mede door dat hoge kennisniveau van de bank gerechtvaardigd.¹⁸ Kortom, een aantal van de factoren die zijn genoemd in het arrest van 9 oktober 2020 is in sommige bancaire aansprakelijkheidszaken ook aanwezig. Dat maakt het interessant om te bezien hoe in bancaire aansprakelijkheidszaken

over een verjaringsberoep van de cliënt sinds 9 oktober 2020 werd geoordeeld.¹⁹

3.1 Informatieplicht bij het sluiten van renteswaps²⁰

Een renteswap is in essentie een overeenkomst, meestal met een bank, die beoogt om het risico van het stijgen van de variabele rente onder een andere overeenkomst – meestal een leningovereenkomst – af te dekken. Problemen kunnen onder meer ontstaan als de looptijd van de renteswap niet (meer) goed aansluit bij de looptijd of omvang van de andere overeenkomst. Inmiddels is bekend dat de (precontractuele) voorlichting door banken over de producteigenschappen en bijbehorende risico's van renteswaps niet altijd adequaat was.²¹ Na een periode van lage rentes heeft dit geleid tot claims van (MKB-) cliënten tegen banken, waarbij een verjaringsverweer van de bank regelmatig opkwam. Het lijkt zinvol om hier onderscheid te maken tussen claims vanwege het niet voldoende door de bank wijzen op de kenmerken en risico's van de renteswaps enerzijds en claims vanwege het verhogen van de renteopslag anderzijds. Twee arresten van het gerechtshof Amsterdam over de door de cliënt gestelde schending van de bancaire informatieplicht hebben geleid tot de hierna te bespreken arresten van de Hoge Raad.²² De verdere feitenrechtspraak toont het volgende beeld. De enkele omstandigheid dat sprake is van een, aan de cliënt bekende, negatieve marktwaarde van het derivaat maakt nog niet dat de vordering vanwege schending van de bancaire zorgplicht begint te verjaren.²³ Louter weten van verlies is als zodanig dus onvoldoende om te weten dat de bank de daarvoor aansprakelijke partij is.²⁴ Bijkomende

14 Zie ook de annotatie van J.L. Smeehuijzen in NJ 2021/187, sub 8, die veel betekenis toekent aan factor 1.

15 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159. Kritisch over deze uitspraak zijn trouwens Chr.H. van Dijk in JA 2023/87 en M.G. Bredenoord-Spoek & D.J. van Hoogstraten, De invloed van beschuldigingen op het subjectieve kennisvereiste bij verjaring, MvV 2023, afl. 11, p. 387-395.

16 Het komt natuurlijk ook voor dat de claim op de bank wordt ingesteld door een derde, zie hierover bijv. K.W.G. Heesterbeek & F.R.H. van der Leeuw, Zorgplicht van banken tegenover derden. Ontwikkelingen geïdentificeerd en uitgelegd, MvV 2024, afl. 2, p. 52-63.

17 Het in deze context gehanteerde begrip '(deugdelijke) prestatie' is ontleend aan art. 6:89 BW. De in de context van dit artikel gewezen arresten HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m.nt. J. Hijma (Van de Steeg/Rabobank) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, NJ 2014/496 m.nt. J. Hijma (Kramer/Van Lanschot) leren dat ook de schending van een zorgplicht een ondeugdelijke prestatie kan behelzen.

18 Zie bijv. HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660 m.nt. C.J. van Zeben (Van de Klundert/Rabobank), r.o. 3.6, HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank), r.o. 3.6.3, HR 5 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (De T/Dexia), r.o. 4.10.3 en HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95 (Rabobank/X), r.o. 3.4.

19 We hanteerden de zoektermen 'verjaring' en 'bank', maar sluiten niet uit dat een aantal gepubliceerde uitspraken over dit onderwerp onbedoeld buiten de scope van dit artikel is gebleven. Omwille van de omvang van het artikel lieten wij uitspraken over de verjaring van rechtsvorderingen in aandelenlease-zaken bewust buiten beschouwing.

20 Wij lieten uitspraken waarin het gaat om de verjaring ex art. 3:52 BW van een vordering tot vernietiging van de renteswap, bijv. Hof Amsterdam 16 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3561, buiten beschouwing. Evenmin gaan wij in op renteswap-uitspraken waarin de vordering op de bank is gegrond op onverschuldigde betaling en waarbij art. 3:309 BW de verjaring regelt, zoals bijv. Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:962. Overigens werd in HvJ EU 25 januari 2024, ECLI:EU:C:2024:81 geoordeeld over de toelaatbaarheid van het in het nationale recht hanteren van verjaringstermijnen ten aanzien van een terugbetalingsvordering van een consument na de nietigverklaring van een beding in een hypothecaire geldleningsovereenkomst op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EEG). Het HvJ kent daarbij, in het kader van het doeltreffendheidsbeginsel, betekenis toe aan de mate waarin de consument kennis heeft genomen van de juridische beoordeling van de relevante feiten.

21 Zie over de renteswap-problematiek ook het 81 RO-arrest HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055, JOR 2018/71 m.nt. F.M.A. 't Hart (Gerann Holding/Rabobank) en het dwalingsarrest HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257 m.nt. J. Hijma (Boomkamp/ABN), dat onder meer is besproken door S. Timmerman, Dwaling bij renteswaps – de Hoge Raad geeft richting, MvV 2020, afl. 4, p. 129-140.

22 Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4041 en Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4046.

23 Aldus ook Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8692, r.o. 3.13 en Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1239, r.o. 3.86 e.v.

24 Rb. Amsterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3422, r.o. 4.10; Rb. Overijssel 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4277, r.o. 4.6.

omstandigheden vormden soms reden om het verjaringsberoep van de bank wel te honoreren. Zo oordeelde het hof dat de klant het vereiste inzicht verkreeg door de ontvangst van een brochure waarin het risico van de derivaten was beschreven.²⁵ Ook de eigen (interne) deskundigheid van de cliënt en/of zijn inschakeling van een (externe) adviseur bleek vaak een belangrijke factor, nu deze kennis – als aanwezig inzicht – aan de cliënt werd toegerekend.²⁶

Ten aanzien van vorderingen vanwege (sec) het verhogen van de renteopslag door de bank lijkt de verjaringstermijn meteen te starten door de kennisname van de verhoging.²⁷ Met het verhogen van de renteopslag wordt namelijk direct aan de cliënt duidelijk dat de bank de overeenkomst anders uitlegt en/of uitvoert dan de cliënt; het vereiste inzicht is daarmee meteen aanwezig. Voor het verkrijgen van het hier relevante inzicht is geen bijzondere expertise bij de cliënt nodig.²⁸

3.2 Informatieplicht bij financiering in buitenlandse valuta

De rechtbank Rotterdam moest oordelen over een claim vanwege het aanbevelen van een lening in buitenlandse valuta zonder te waarschuwen voor het daarmee genomen valutarisico.²⁹ De rechtbank honoreerde het verjaringsberoep van de bank en overwoog daartoe dat de vordering beruiste op de stelling dat de cliënt veronderstelde dat er geen risico was. De koersontwikkeling maakte evenwel duidelijk dat er wel degelijk een risico was. De rechtbank overwoog voorts dat niet bleek dat de bank de cliënt op het verkeerde been zou (kunnen) hebben gezet over de oorzaak van het ingetreden (koers)verlies. Deze uitspraak laat volgens ons vooral zien dat de feitelijke grondslag van de vordering een relevante factor is. Wordt de bank een onjuiste voorstelling van zaken over de mogelijkheid van koersverlies verweten, dan verkrijgt de cliënt met het intreden van dat koersverlies daarmee ook direct het inzicht dat zijn voorstelling van zaken onjuist was.

25 Hof Amsterdam 16 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2644, r.o. 4.10 e.v. Zie ook Hof Amsterdam 3 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1338, r.o. 3.17.

26 Hof Amsterdam 3 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1335, r.o. 4.8; Hof Amsterdam 16 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2645, r.o. 4.6; Rb. Amsterdam 4 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5095, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2595, r.o. 4.29 e.v.; Rb. Amsterdam 7 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5327, r.o. 4.8 e.v.; Hof Amsterdam 20 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2700, r.o. 4.10 e.v.

27 Rb. Amsterdam 21 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2641, r.o. 4.26; Hof Amsterdam 26 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1259, r.o. 4.13 e.v.; Rb. Amsterdam 25 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:346, r.o. 4.13; Hof Amsterdam 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:962, r.o. 4.27; Hof Amsterdam 21 november 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3339, r.o. 4.12; Hof Amsterdam 9 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:59, r.o. 5.8 e.v.

28 Illustratief: Hof Arnhem-Leeuwarden 22 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1329, r.o. 4.12.2: 'Er is geen bijzondere expertise voor nodig om deze schade als gevolg van (het doorvoeren van) de opslagverhogingen te onderkennen en het verband met Rabobank te leggen.'

29 Rb. Rotterdam 8 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:1910, r.o. 4.19 e.v.

3.3 Overkreditering

Op de bank die een krediet verstrekt, rust de zorgplicht om vóór het tot stand komen van de kredietovereenkomst inkomens- en vermogensinformatie te vergaren, zodat kan worden beoordeeld in hoeverre de cliënt de kredietlasten kan dragen. Afhankelijk van de uitkomst van die toets kan een informatie- en/of waarschuwplicht op de bank rusten.³⁰ Volgens de rechtbank Rotterdam maakte het weten van de (eigen) betalingsproblemen nog niet dat de cliënt daarmee ook het inzicht had verkregen om de bank aan te kunnen spreken op de schending van deze zorgplicht.³¹ Enkele wetenschap van nadeel is dus ook hier onvoldoende.³² Het vereiste inzicht zou echter wel zijn ontstaan toen de cliënt daadwerkelijk met een restschuld werd geconfronteerd na de gedwongen verkoop van zijn woning.³³ De Geschillencommissie van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: GC Kifid) oordeelde dat de verjaringstermijn (in elk geval) startte toen de cliënten een eigen advocaat inschakelden voor hun geschil met de bank.³⁴ Eventuele verschoonbare rechtsdwaling van de cliënten eindigde zodra deze cliënten onafhankelijke bijstand ontvingen van een advocaat, wiens taak het was om (ook ongevraagd) na te gaan of er eventueel sprake was van overkreditering. Het feit dat de cliënten de advocaat niet expliciet zouden hebben gevraagd om te beoordelen of er sprake was van overkreditering, was daarbij niet bepalend. Voldoende was dat de cliënten een advocaat hadden ingeschakeld en dat daarmee hun gebrek aan inzicht als het ware werd gecompenseerd door het inzicht van de advocaat.

3.4 Zorgplicht bij opzegging en executie

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de verjaring van een claim vanwege gestelde onzorgvuldige opzegging van het krediet en executie van het hypotheekrecht in ieder geval aanving toen de ontruiming plaatsvond.³⁵

3.5 De bank als tussenpersoon/adviseur

Als de bank als (verzekerings)adviseur optreedt, handelt zij als opdrachtnemer en geldt het toetsingskader van de beroepsaansprakelijkheid. In een zaak waarin de cliënt stelde dat de bank hem had moeten adviseren om te beleggen in een garantiefonds in plaats van een aandelenfonds, wees de rechtbank Limburg het verjaringsberoep van de bank af. Daarvoor was bepalend dat wetenschap dat in een aandelenfonds werd belegd, niet gelijk is aan wetenschap van schade. Die schade manifesteerde zich pas bij de afkoop, waarmee de verjarings-

30 Zie hierover Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/206 e.v.

31 Rb. Rotterdam 6 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7844, r.o. 5.11. Zie in vergelijkbare zin GC Kifid 24 maart 2021, nr. 2021-0269, r.o. 3.6 en GC Kifid 13 januari 2021, nr. 2021-0027, r.o. 3.2 e.v.

32 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4568, r.o. 4.11 in combinatie met r.o. 4.14 en Rb. Gelderland 31 mei 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3110, r.o. 5.6 e.v.

33 Rb. Rotterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7373, r.o. 4.5 e.v.

34 GC Kifid 25 februari 2021, nr. 2021-0852, r.o. 3.8 en GC Kifid 24 maart 2021, nr. 2021-0269, r.o. 3.4 e.v.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9818, r.o. 5.20 e.v.

termijn eerst toen aanving.³⁶ Wetenschap van mogelijke schade is dus niet gelijk aan wetenschap van schade.

3.6 Gestelde administratieve fouten

Administratieve vergissingen zijn in de regel eenvoudig te herkennen, zodat de verjaringstermijn in beginsel zal starten met kennisname van de vergissing en de daardoor veroorzaakte schade. Het vereiste inzicht is dan van meet af aan aanwezig. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde dat de verjaringstermijn van een vordering vanwege een onbedoelde dubbele uitgifte van aandelen aanving door kennisname van de boeking en de daaruit blijvende schade.³⁷ Een aan de GC Kifid voorgelegde claim op grond van de stelling dat er ten onrechte afschrijvingen van de bankrekening waren gedaan, begon te verjaren met de kennisname van de bankrekeningafschrijvingen die deze afschrijvingen toonden.³⁸

3.7 Varia

De GC Kifid oordeelde in 2024 dat een claim vanwege een teleurstellende opbrengst van een effectenleaseproduct was verjaard, omdat er meer dan vijf jaar was verstreken sinds het moment dat de cliënt klachten op dit punt had geuit en zich tot een juridische hulpverlener had gewend.³⁹ Aangenomen werd dat uit het uiten van de klacht en inschakelen van juridische bijstand volgde dat de cliënt (kennelijk) was komen te beschikken over het vereiste inzicht. Ook in een andere uitspraak oordeelde de CG Kifid dat zodra de cliënt eenmaal heeft geklaagd over het tekortschietend handelen van de bank, de verjaringstermijn start.⁴⁰ Klagen toont namelijk aan dat de cliënt het vereiste inzicht inmiddels heeft verkregen.

Een claim die beruiste op de stelling dat de berekende rente uit de pas was gaan lopen met de marktrente, was niet verjaard.⁴¹ Geoordeeld werd dat eerst met de publicatie van een uitspraak van de Commissie van Beroep van het Kifid, waarin het beoordelingskader werd gegeven, het vereiste inzicht bij de cliënt aanwezig kon zijn.

Een claim die beruiste op de stelling dat zijn handtekening op een kredietovereenkomst was vervalst, begon te verjaren zodra de cliënt bekend werd met het feit dat zijn handtekening op het contract stond en hij tot nakoming van die overeenkomst was aangesproken.⁴²

Het Arnhemse hof moest oordelen over een rekeninghouder die door een malafide adviseur was voorgehouden dat hij investeerde bij de bank, terwijl dat feitelijk niet het geval was. De vordering van de gedupeerde rekeninghouder vanwege het door de bank niet eerder waarschuwen voor de adviseur begon

nog niet te verjaren toen de rekeninghouder over zijn verlies werd geïnformeerd en hij vernam dat hij niet via de bank investeerde.⁴³ Op dat moment was namelijk nog niet duidelijk dat dit tot schade zou leiden, of dat de bank hiervoor aansprakelijk zou (kunnen) zijn.

4 De route naar de arresten van 12 januari 2024⁴⁴

Dat brengt ons bij de bespreking van de twee arresten van de Hoge Raad van 12 januari 2024.⁴⁵ In beide zaken ging het om aansprakelijkheid van (thans) Deutsche Bank (hierna: de bank) vanwege het vermeend schenden van de bancaire zorgplicht bij het afsluiten van een of meer renteswaps. Eisers waren Bomo III B.V. (hierna: Bomo)⁴⁶ respectievelijk Variety B.V. en drie anderen (hierna: Variety c.s.).⁴⁷ Zij hadden in de periode 2005-2008 renteswaps afgesloten en zagen zich vanaf het najaar van 2008⁴⁸ geconfronteerd met nadeel door de dalende rente. In november 2016 respectievelijk december 2016 stelden deze cliënten, na raadpleging van hun advocaten, de bank aansprakelijk. De bank verweerde zich met onder meer een verjaringsberoep. Nadat eerst de rechtbank Amsterdam de vorderingen van Bomo en Variety c.s. had afgewezen, kregen zij op 21 december 2021 wederom nul op het rekest van het gerechtshof Amsterdam vanwege een geslaagd beroep op verjaring.⁴⁹

Het hof volgde Variety c.s. en Bomo niet in hun standpunt dat zij pas eind 2016, na raadpleging van hun advocaten, ermee bekend waren geworden dat het gedrag van de bank onjuist was en dat de gevolgen daarvan als schade moesten worden aangemerkt. In de zaak van Bomo werd overwogen dat niet was gesteld dat haar gebrek aan inzicht dat de schade door foutief handelen van de bank was veroorzaakt, het gevolg was van geruststellende mededelingen van de bank of van andere omstandigheden die niet voor rekening van Bomo kwamen. De verjaring was volgens het hof al ruim voor november 2011 gestart, omdat toen al voor Bomo duidelijk was dat de bank afspraken en toezeggingen niet nakwam, de renteswap een negatieve waarde ontwikkelde, en de bank meer rente of hogere opslagen in rekening bracht. Het hof hanteerde een vergelijkbare motivering in de zaak van Variety c.s. Ook in deze zaak zouden eisers niet hebben aangevoerd dat het gebrek aan in-

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 oktober 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:8701, r.o. 3.14 e.v.

44 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18 en ECLI:NL:HR:2024:19.

45 Wij gaan in deze bijdrage alleen in op het verjaringsleerstuk. Andere aspecten, zoals de aanvaardbaarheid van het beroep op een schikking, laten wij omwille van de leesbaarheid onbesproken.

46 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18.

47 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19.

48 Opgemerkt zij dat deze relatief complexe financiële producten met name in de jaren 2005-2008 veelvuldig zijn afgesloten en dat regelmatig problemen met deze renteswaps ontstonden vanaf het najaar van 2008. Dit omdat vanaf dat moment de variabele rentetarieven per saldo sterk daalden, met als gevolg dat renteswaps een negatieve marktwaarde kregen, wat voor rekening en risico kwam van de klanten van de banken. Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze problematiek Timmerman 2020.

49 Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4041 en ECLI:NL:GHAMS:2021:4046.

36 Rb. Limburg 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2962, r.o. 4.3.

37 Hof Amsterdam 2 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3359, r.o. 4.3 e.v.

38 GC Kifid 22 februari 2021, nr. 2021-0176, r.o. 3.3 e.v.

39 GC Kifid 10 januari 2024, nr. 2024-0023, r.o. 3.4 e.v.

40 GC Kifid 25 oktober 2021, nr. 2021-0910, r.o. 3.8.

41 Zie onder meer GC Kifid 15 september 2022, nr. 2022-0727, r.o. 3.3.

42 GC Kifid 8 juni 2022, nr. 2022-0480, r.o. 3.2.

zicht dat verhinderde dat zij eerder een vordering tegen de bank instelden, was toe te rekenen aan geruststellende mededelingen van de bank of andere omstandigheden die niet in de eigen risicosfeer van eisers vielen. Daarbij overwoog het hof dat de eisers zelf hadden gesteld dat de bank afspraken en toezeggingen niet nakwam en meer rente, hogere opslagen en/of een risk fee in rekening bracht, de renteswaps een negatieve waarde ontwikkelden, de bank hun een ander risicoprofiel toekeende, en de bank hen verplichtte tot het stellen van extra zekerheden en verlaging van het krediet. De aan de vordering ten grondslag gelegde verwijten hielden in de kern in dat de bank Variety c.s. financieel steeds verder klem zou zetten, waardoor een overstap naar een andere bank onmogelijk zou zijn gemaakt en de bank zou hebben aangestuurd op beëindiging van de kredietrelatie. Met de wetenschap van deze feiten zou volgens het hof voor Variety c.s. ook duidelijk zijn geworden dat de opstelling van de bank zich niet verdroeg met de gesloten overeenkomsten; de verjaringstermijn startte daarmee volgens het hof.

Bomo en Variety c.s. gingen in cassatie. A-G Lindenberg concludeerde in beide zaken tot vernietiging van de arresten.⁵⁰ Kortweg omdat het hof in beide zaken onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welke voor Bomo en Variety c.s. bekende feiten en omstandigheden daadwerkelijk grond gaven om de deugdelijkheid van de prestaties van de bank in twijfel te trekken.

5 Bespreking van de arresten van de Hoge Raad

De Hoge Raad volgde het advies van de A-G Lindenberg en vernietigde de beide arresten van het Amsterdamse hof. Hier toe gaf de Hoge Raad eerst het toepasselijk toetsingskader weer:

‘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 schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Het antwoord op de vraag op welk tijdstip de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon, is afhankelijk van de relevante omstandigheden van het geval. Het voorgaande betekent dat de rechter dient te beoordelen of de benadeelde daadwer-

kelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op (i) de schade – dus dat nadeel wordt geleden als gevolg van tekortschietend of foutief handelen van een derde – en (ii) de aansprakelijke persoon. Bij de beoordeling of de benadeelde daadwerkelijk bekend was met het tekortschietend of foutief handelen van de aansprakelijke persoon dient de rechter te betrekken of de benadeelde over de kennis en het inzicht beschikte om de deugdelijkheid van het handelen te kunnen beoordelen.⁵¹

De rechtsregel uit de arresten van oktober 2020 en april 2023 wordt hier herhaald. Met de laatste geciteerde zin maakt de Hoge Raad duidelijk(er) dat er in feite drie vereisten zijn voor een geslaagd verjaringsberoep:

1. feitelijke kennis van de schade;
2. feitelijke kennis van de persoon van de dader; en
3. het redelijkerwijs beschikken over de kennis en het inzicht om vast te kunnen stellen dat de dader de ‘daarvoor aansprakelijke’ persoon is.⁵²

De Hoge Raad lijkt met de laatst geciteerde zin aan de feitenrechtters de instructie te geven om ook eigener beweging te beoordelen op welk moment de benadeelde het inzicht verkreeg om vast te kunnen stellen dat de dader de voor de schade aansprakelijke persoon was. Dat heeft praktische gevolgen voor de stelplicht en bewijslast. De aangesprokene die een verjaringsberoep wil voeren, zal niet alleen de rechter ervan moeten overtuigen dat de benadeelde al meer dan vijf jaar voor het uitbrengen van de aansprakelijkstelling of stuitingshandeling bekend was met de schade en de identiteit van de veroorzaker. De aangesprokene zal tevens moeten verduidelijken dat de benadeelde redelijkerwijs al meer dan vijf jaar geleden het vereiste inzicht had verkregen om een rechtsvordering te kunnen instellen. De aanwezigheid van het inzicht zal in sommige zaken zo voor de hand liggen dat op dit punt een (stilzwijgend) bewijsvermoeden kan worden aangenomen, maar in andere zaken zal dit tot bewijsproblemen voor de aangesprokene kunnen leiden. Want of de benadeelde het vereiste inzicht heeft, ligt – zolang dat inzicht niet richting de aangesprokene is openbaar – vaak volledig in het domein van de benadeelde. Voorstelbaar is dat het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht dan soelaas kan bieden.⁵³

In de arresten van oktober 2020 en april 2023 hanteerde de Hoge Raad het vereiste van ‘de kennis of het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen’. In deze arresten spreekt de Hoge Raad niet meer over de ‘deugdelijkheid van de prestatie’, maar over de ‘deugdelijkheid van het handelen’. Deze ruimere formulering hoeft niet

⁵⁰ Concl. A-G S.D. Lindenberg 21 april 2023, ECLI:NL:PHR:2023:450 en ECLI:NL:PHR:2023:451.

⁵¹ HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18, r.o. 3.5-3.6; HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19, r.o. 3.3-3.4.

⁵² De term ‘de kennis’ lijkt overbodig, omdat het beschikken over ‘het inzicht’ zelfstandig impliceert dat de benadeelde beschikt over de noodzakelijke kennis. Wij hanteren kortheidshalve het begrip ‘het inzicht’.

⁵³ Zie over deze verzwaarde motiveringsplicht (ook wel minder zuiver aangeduid als ‘verzwaarde stelplicht’) bijv. A-G S.D. Lindenberg 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:98, sub 4.34 e.v.

te betekenen dat de reikwijdte van de verjaringsleer (pas) met deze arresten is verruimd tot onrechtmatigedaadsvorderingen. Ook vóór deze arresten zal de verjaringstermijn van een onrechtmatigedaadsvordering waarschijnlijk niet zijn aangevangen zolang het vereiste inzicht nog ontbrak.⁵⁴ In situaties waarin een (pre)contractuele verhouding tussen de benadeelde en de bank ontbreekt, zal het vereiste inzicht echter vaker in een eerder stadium bij de benadeelde aanwezig zijn. In buitencontractuele situaties zal de benadeelde zich immers doorgaans minder verlaten op de deskundigheid van de bank; hij heeft dan meer reden voor een kritische opstelling ten aanzien van de oorzaak van de ondervonden schade. Daarnaast zal het vereiste inzicht met name kunnen ontbreken in situaties waarin de vordering berust op de schending van informatie- en waarschuwingsplichten ten aanzien van voor de (gemiddelde) cliënt niet makkelijk te onderkennen risico's. Van dat soort verplichtingen zal in contractuele (advies)relaties vaker sprake zijn. Als uitgangspunt rustten in (pre)contractuele verhoudingen nu eenmaal eerder, en verdergaande, zorgplichten op een partij.⁵⁵ Op de bank kan echter – onder specifieke omstandigheden – wel degelijk een buitencontractuele informatie- of waarschuwingsplicht rusten jegens een derde. Het zal dan veelal gaan om situaties waarin de belangen van de benadeelde sterk verweven zijn met het belang van een cliënt van de bank. Een voorbeeld vormt het arrest MeesPierson/Ten Bos, waarin het ging om een moeder die als vruchtgebruiker van een vermogen de cliënte van de bank was, terwijl haar minderjarige dochters als blooteigenaren een kenbaar eigen belang hadden bij de wijze waarop het vermogen werd beheerd.⁵⁶ De kenbare betrokkenheid van de belangen van de dochters was een van de redenen om hier een bancaire waarschuwingsplicht aan te nemen. Het is denkbaar dat in dit soort situaties bij de benadeelde niet steeds met het vaststellen van een verlies ook direct het inzicht bestaat dat de schade het gevolg is van de schending van een bancaire waarschuwingsplicht.⁵⁷

Het Bomo-arrest leert voorts dat het beschikken over het inzicht om te kunnen beoordelen dat de bank de 'daarvoor aansprakelijke' persoon is, niet synoniem is aan het kennen van de (precieze) inhoud van de bancaire zorgplicht. Bomo betoogde dat de verjaringstermijn niet eerder kon starten dan nadat zij op de hoogte was geraakt van de inhoud van de bancaire zorgplicht. De Hoge Raad ging daarin niet mee en overwoog:

'Onderdeel 2 faalt voor zover het tot uitgangspunt neemt dat bij een schending van een zorgplicht door een bank van daadwerkelijke bekendheid van de cliënt met de schade en de aansprakelijke persoon pas sprake kan zijn als de cliënt op de hoogte is van de inhoud van de zorgplicht. Ook zonder bekendheid met de inhoud van de zorgplicht van de bank kan de cliënt voldoende zekerheid hebben dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de bank.'⁵⁸

Deze overweging brengt tot uitdrukking dat het voor het verkrijgen van het vereiste inzicht voldoende is dat de benadeelde redelijkerwijs kan begrijpen dat zijn schade op enigerlei wijze aan de bank toe te rekenen zou kunnen zijn. Niet vereist is dat de benadeelde op dat moment kan aanduiden hoe de zorgplicht van de bank in het concrete geval exact luidt. Dat is begrijpelijk, omdat vaak pas met de rechterlijke uitspraak duidelijk wordt wat de precieze inhoud van de zorgplicht is (gewest) in relatie tot de specifieke feiten.⁵⁹ Of zoals de GC Kifid het in 2021 verwoordde: voldoende is dat de benadeelde redelijkerwijs wist 'dat er zoiets bestaat als een "zorgplicht" en dat zijn schade mogelijk was veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen [van de bank]'.⁶⁰ De hiermee door de Hoge Raad gegeven rechtsregel sluit ook aan op eerdere rechtspraak, waarin werd geoordeeld dat voor het aanvangen van de verjaringstermijn niet nodig is dat de benadeelde de precieze oorzaak van de schade kent,⁶¹ en dat evenmin vereist is dat hij de precieze omvang van die schade kent.⁶²

Daarnaast slaagden de cassatieklachten van Bomo en Variety c.s. dat het hof te veel betekenis had toegekend aan het ontbreken van geruststellende mededelingen door de bank:

'Dit betoog berust op het juiste uitgangspunt dat de omstandigheid dat de aansprakelijke persoon geruststellende mededelingen heeft gedaan aan de benadeelde, weliswaar een omstandigheid is die kan meebrengen dat de benadeelde (nog) niet over de kennis en het inzicht beschikte om de deugdelijkheid van het handelen te kunnen beoordelen, maar dat het ontbreken van geruststellende mededelingen niet – omgekeerd – zelfstandig kan bijdragen tot het oordeel dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en de aansprakelijke persoon.'⁶³

54 Vgl. concl. A-G S.D. Lindenberg 10 februari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:171, sub 4 over de verjaring van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op grond van art. 6:162 BW.

55 Zie bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 100 en 141.

56 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2538, NJ 1999/285 m.nt. W.M. Kleijn (MeesPierson/Ten Bos), r.o. 3.6.2.

57 Ter vermindering van misverstand, de omstandigheid dat de dochters vanwege hun leeftijd een gebrek aan relevant inzicht zouden hebben, is niet bepalend. HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 m.nt. C.E. du Perron (X/Bemoti) bevestigt dat de kennis van de wettelijk vertegenwoordiger(s) van de benadeelde bepalend is.

58 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18, r.o. 3.7.

59 Als Bomo in haar uitgangspunt zou worden gevolgd, dan zou dat niet in overeenstemming zijn met een van de doelen die de verjaring dient, te weten het bevorderen van een vlot lopend rechtsverkeer.

60 GC Kifid 24 maart 2021, nr. 2021-0269, r.o. 3.5.

61 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8903, NJ 2006/113 (Meissner/Bloemsma), r.o. 3.9 en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), r.o. 3.3.2.

62 HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2312 (Chipshol/Staat), r.o. 3.4.2.

63 HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18, r.o. 3.9 en HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19, r.o. 3.7.

Uit het arrest van oktober 2020 volgde dat de omstandigheid dat de veroorzaker de benadeelde door geruststellende mededelingen als het ware op het verkeerde been heeft gezet over de noodzaak om hem (tijdig) aansprakelijk te stellen, een factor is bij de beoordeling vanaf welk moment het vereiste inzicht ontstaat. Het gaat hier echter om een gezichtspunt, niet om een hard vereiste. Er zijn veel situaties denkbaar waarin het bij de benadeelde ontbreken aan het vereiste een andere oorzaak heeft dan geruststellende mededelingen van de bank.

Tot slot casseerde de Hoge Raad de arresten van het Amsterdamse hof ook op een motiveringsgebrek. Het oordeel dat de eisers al vóór november respectievelijk december 2011 over het vereiste inzicht beschikten, was ontoereikend gemotiveerd.⁶⁴ De Hoge Raad oordeelde kortweg dat enkele bekendheid met het nadeel van de renteswap(s) nog niet betekent dat er voldoende zekerheid is verkregen dat deze schade is veroorzaakt door falen van de bank. Daarbij benadrukte de Hoge Raad dat de door Bomo en Variety c.s. gemaakte verwijten een zodanig zelfstandig karakter hebben dat het hof niet op basis van de door hem genoemde omstandigheden kon concluderen dat Bomo en Variety c.s. eerder al het benodigde inzicht hadden verkregen. Anders verwoord, het uiten van verwijt A betekent niet steeds dat de benadeelde daarmee het vereiste inzicht heeft verkregen om (ook) verwijt B te kunnen formuleren en daarover tijdig een rechtsvordering te kunnen instellen.

De Hoge Raad vernietigde dus op meerdere punten de arresten van het Amsterdamse hof en verwees de zaken voor de verdere beoordeling naar het Haagse hof.

6 Voorzichtige conclusies

De besproken rechtspraak toont dat het uiteindelijk steeds afhangt van de omstandigheden van het geval wanneer een claim op de bank begint te verjaren. Wij denken dat uit de rechtspraak een aantal stelregels te destilleren valt:

1. De standaardregel is en blijft dat de verjaringstermijn start zodra de benadeelde subjectief bekend raakt met de schade en de identiteit van de bank. Er moet echter aanvullend worden vastgesteld dat bij de kennisname van deze feiten ook het vereiste inzicht bij de benadeelde aanwezig was. Het lijkt erop dat de rechter dit eigener beweging moet beoordelen.
2. Rechtsdwaling van de benadeelde staat niet aan het starten van de verjaringstermijn in de weg; ontbreken van het vereiste inzicht wel. Rechtsdwaling wordt door de Hoge Raad omschreven als ‘onbekendheid met of onzekerheid over de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon’. Het inzichtvereiste betreft ‘de kennis en het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van het handelen te kunnen beoordelen’. De scheidslijn tussen rechtsdwaling en gebrek aan inzicht is echter niet

steeds makkelijk te trekken. Relevant verschil is in elk geval dat bij de beoordeling van een beroep op rechtsdwaling de persoon van de benadeelde bepalend lijkt, waardoor een meer subjectieve norm geldt. De vraag of de benadeelde over het vereiste inzicht beschikte, moet daarentegen meer objectief worden beantwoord. Rechtsdwaling ziet daarnaast – naar haar aard – op het bij de benadeelde ontbreken van juridische kennis, terwijl het gebrek aan inzicht ook kan bestaan uit het ontbreken van (meer specialistische) technische of financiële kennis.⁶⁵

3. Omdat voor het starten van de verjaringstermijn ook inzicht wordt geëist, doet de bank die een verjaringsverweer voert er verstandig aan om te onderbouwen wanneer, en waarom, het inzicht redelijkerwijs door de benadeelde verkregen werd. De bank draagt immers in beginsel de stelplicht en bewijslast van de feiten die zij aan het verjaringsverweer ten grondslag legt.⁶⁶
4. Complicerend is dat de feiten die relevant zijn om de aanwezigheid van het inzicht aan te tonen, zich vaak (exclusief) in het domein van de benadeelde bevinden. Dat zal vooral spelen als een contractuele relatie tussen de bank en de benadeelde ontbreekt, of er sprake is van een contractuele relatie, in welk kader geen uitvoerige precontractuele informatie-uitwisseling of klantonderzoek plaatsvond. De bank zal dan maar weinig weten van de deskundigheid van de klant en zijn eventuele functionarissen en/of de eventuele bijstand door (externe) adviseurs. Er is dan sprake van een informatieachterstand van de bank, wat volgens ons soms het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht rechtvaardigt. De benadeelde zal dan informatie moeten verstrekken over zijn eigen kennis en kunde en de mate waarin, en het moment vanaf wanneer, hij bijstand van adviseurs ontving.
5. De aanwezigheid van het vereiste inzicht wordt beoordeeld via een objectieve maatstaf; bepalend is wanneer de benadeelde redelijkerwijs over het inzicht behoorde te beschikken. Wij menen dat het vaak zodanig voor de hand ligt dat dit inzicht van meet af aan aanwezig was, dat dit bij wijze van bewijsvermoeden kan worden verondersteld. Ook A-G Lindenbergh lijkt hiervan uit te gaan, waar hij bewijslevering op dit punt (eerst) aangewezen vindt als de cliënt gemotiveerd aanvoert dat hij het vereiste inzicht pas later verkreeg.⁶⁷
6. Bij de beoordeling van het moment waarop het vereiste inzicht ontstond, zijn allerhande factoren van belang. De gezichtspunten uit het arrest van oktober 2020 zijn vanzelfsprekend niet limitatief bedoeld.

⁶⁵ Zie over het onderscheid bijv. ook de annotatie van J.L. Smeehuijzen in NJ 2021/187 en de annotatie van F.P.C. Strijbos in JOR 2020/302, die beiden met name wijzen op het belang van de oorzaak van de rechtsdwaling. Rechtsdwaling blijft als uitgangspunt voor eigen rekening, maar dat kan anders zijn als de rechtsdwaling (mede) is toe te rekenen aan de veroorzaker, wat vooral in adviesrelaties het geval kan zijn.

⁶⁶ Vgl. Lock, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 3:310 BW en A-G S.D. Lindenbergh 21 april 2023, ECLI:NL:PHR:2023:450, sub 4.30 e.v.

⁶⁷ A-G S.D. Lindenbergh 21 april 2023, ECLI:NL:PHR:2023:450, sub 4.30.

⁶⁴ HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18, r.o. 3.8 en HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19, r.o. 3.5.1-3.6.

7. De aard en inhoud van de rechtsverhouding tussen de benadeelde en de bank doen ertoe. Waar de bank slechts een uitvoerende rol vervult – bijvoorbeeld bij het aanbieden van een bankrekening –, zal haar eventuele falen snel duidelijk zijn. In dit soort situaties heeft de cliënt ook meer reden om bij het intreden van schade direct de rol van de bank kritisch te beschouwen. Daarnaast speelt het hoge kennisniveau van de bank in deze context een minder prominente rol. Anders is dat wanneer sprake is van een adviesrelatie die verband houdt met de bijzondere deskundigheid van de bank. De cliënt verlaat zich hier op de deskundigheid van de bank, zodat met het intreden van schade voor hem niet steeds duidelijk behoort te zijn dat de schade mogelijk aan de bank valt toe te rekenen.
8. De aard van het verwijt is van wezenlijke betekenis. Juridische of specialistische kennis is lang niet altijd nodig om een (vermeende) fout te herkennen en over het vereiste inzicht te beschikken.⁶⁸ Stel dat de bank abusievelijk een onjuist rentetarief hanteert en stel dat deze vergissing blijkt uit rekeningafschriften, omdat zij het rentetarief en/of het te lage bedrag aan rentebijdragen vermelden. Met de ontvangst van deze rekeningafschriften is de cliënt niet alleen direct bekend met de schade (tekort aan rente), maar beschikt hij redelijkerwijs ook direct over het inzicht om vast te stellen dat de bank een vergissing heeft gemaakt. De verjaring start hier bij kennisname van de schade.
9. De feitelijke grondslag van de ingestelde rechtsvordering is van belang. Verwijt de cliënt de bank dat hij ten onrechte in de veronderstelling is gebracht dat hij geen verlies kon lijden, dan zal met het intreden van het verlies in beginsel ook de verjaringstermijn starten. De cliënt kent met het verlies immers de schade en de identiteit van de dader, terwijl hij dan ook redelijkerwijs het inzicht behoort te hebben dat het lijden van verlies betekent dat de bank de volgens hem gedane toezegging heeft geschonden. Houdt het verwijt echter in dat de bank de risico's die inherent zijn aan een financieel product niet voldoende duidelijk heeft gemeld, dan is enkel verlies niet steeds het startschot voor de verjaring.
10. De expertise van de cliënt is relevant; opleiding en ervaring van de cliënt kunnen maken dat hij het relevante inzicht van meet af aan had moeten hebben. Wanneer de cliënt een rechtspersoon of personenvennootschap is wiens functionarissen over relevante juridische en/of financiële expertise beschikken, wordt die kennis vaak als kennis van de cliënt aangemerkt.⁶⁹ Door de kennis van de functionaris beschikt de cliënt over het vereiste inzicht om vast te kunnen stellen dat de bank de 'daarvoor aansprakelijke' persoon is.
11. Bijstand van externe adviseurs is eveneens van belang. Werd de cliënt bijgestaan door een eigen (juridisch of financieel) adviseur, dan rechtvaardigt dat soms om het in-

zicht en de kennis van de adviseur aan de cliënt toe te rekenen. Het gebrek aan inzicht van de zijde van de klant wordt als het ware opgeheven door het inzicht van de adviseur, zodat de verjaringstermijn in elk geval gaat lopen bij inschakeling van de adviseur.⁷⁰

12. Klaagt de cliënt over het gewraakte handelen van de bank, dan vangt de verjaringstermijn met die klacht in ieder geval aan. De klacht bewijst immers dat de cliënt op dat moment het vereiste inzicht had. Daarbij is de inhoud van de klacht overigens wel relevant, omdat klagen over een specifieke vermeende fout niet steeds betekent dat de cliënt daarmee ook het inzicht had dat de bank (tevens) aansprakelijk is voor de gevolgen van een andere fout.⁷¹
13. Als de bank geruststellende mededelingen deed over de oorzaak van de schade en/of de kwaliteit van haar dienstverlening, kan dat van invloed zijn. Er mag echter niet a contrario worden geredeneerd. Het uitblijven van geruststellende mededelingen betekent niet per se dat de verjaring reeds start met bekendheid van het nadeel en de identiteit van de bank.

7 Afronding

Het verjaringsleerstuk is de afgelopen jaren sterk in beweging geweest. De arresten van 12 januari 2024 bevestigen het bestaan en het belang van het inzichtsvereiste in de verjaringsleer zoals deze sinds 9 oktober 2020 geldt. Maar dat inzichtsvereiste maakt het verjaringsleerstuk toch op zekere hoogte ook ongrijpbaar, want het antwoord op de feitelijke vraag wanneer de benadeelde het vereiste inzicht precies heeft gekregen, leidt nu eenmaal vaak tot (complex) feitelijk debat, waarbij de aangesprokene de stelplicht en bewijslast draagt. De rechtspraak die wij in dit artikel hebben besproken, laat wat ons betreft vooral zien dat de uitkomsten van procedures over verjaring vaak wat onvoorspelbaar zijn en dat waarschijnlijk ook na de arresten van 12 januari 2024 wel blijven. De dertien stelregels in paragraaf 6 die wij aan de rechtspraak ontlenen, bieden hopelijk wat meer houvast bij het voeren van een verjaringsdiscussie. Het verjaringsleerstuk is, en blijft ook na de meest recente arresten, echter naar onze opvatting weerbarstig.

⁶⁸ Aldus bijv. ook A-G S.D. Lindenberg 21 april 2023, ECLI:NL:PHR:2023:450, sub 4.26.

⁶⁹ Zie over deze toerekening van interne kennis vooral B.M. Katan, Toerekening van kennis aan rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

⁷⁰ Zie over de toerekening van externe kennis in (pre)contractuele verhoudingen R.P.J.L. Tjittes, Commercieel contractenrecht, Den Haag: Boom juridisch 2022, hoofdstuk 3 en J.J. Valk, Toerekening van externe kennis; twee gezichtspunten, WPNR 2012, afl. 6949, p. 766-767. Zie voor het toerekenen van externe kennis in situaties waarin er geen (pre)contractuele verhouding tussen de bank en de claimant bestaat E.A.L. van Emden, Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

⁷¹ Aldus ook Hof Amsterdam 2 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1242, r.o. 3.20-3.21.