

Een nadere invulling van het bekendheidscriterium bij de verjaring van schadevergoedingsvorderingen

Bb 2024/5

Een geslaagd beroep op verjaring als verweer tegen een schadevergoedingsvordering heeft een verstrekkend gevolg, namelijk dat de vordering integraal wordt afgewezen. Wie een beroep op verjaring wil doen, zal onder meer moeten aantonen vanaf welk moment de benadeelde in staat was om een schadevergoedingsvordering in te stellen. Dat is het moment waarop de benadeelde voldoende zekerheid heeft over het bestaan van schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Tal van omstandigheden kunnen bij het bepalen van dat moment een rol spelen. Op twee daarvan gaat de Hoge Raad in de hier besproken arresten nader in.

1. Inleiding

In twee vergelijkbare zaken hebben kredietnemers schadevergoedingsvorderingen ingesteld tegen Deutsche Bank AG (hierna: 'DB') omdat zij schade zouden hebben geleden doordat DB zijn zorgplicht tegenover hen niet zou zijn nagekomen bij het afsluiten van renteswaps. DB stelt zich op het standpunt dat de schadevergoedingsvorderingen zijn verjaard. De Hoge Raad heeft in deze zaken een nadere invulling gegeven aan het bekendheidscriterium dat relevant is bij het vaststellen van het moment van aanvangen van de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW.² In dit artikel wordt uitgelegd wat die nadere invulling inhoudt en wat voor gevolgen dit kan hebben in de praktijk. Voordat wordt ingegaan op de uitgangspunten van verjaring van schadevergoedingsvorderingen, zal eerst worden weergegeven wat de achtergrond is van de zaken die aan de arresten ten grondslag liggen.

2. Renteswaps

Bedrijven die een lening met een variabele rente hebben afgesloten, kunnen het risico op een stijgende rente afdekken met renteswap. De renteswap wordt overeengekomen tussen een bank (dat kan de bank zijn die ook de lening heeft verstrekt) en de leningnemer (de cliënt van de bank). De renteswap bestaat vaak uit het ruilen van de variabele renteverplichting voor een vaste renteverplichting. De renteswap is gunstig voor de cliënt als de marktrente stijgt, maar ongunstig als de marktrente daalt. Als de marktrente daalt, betaalt de cliënt namelijk een hogere vaste rente dan de variabele rente die hij had moeten betalen als er geen renteswap was afgesloten.³

Renteswaps vertegenwoordigen een waarde die wordt bepaald door het verschil tussen de overeengekomen vaste rente en de variabele marktrente. Als de marktrente lager is dan de vaste rente is de waarde van de renteswap negatief. Is de marktrente juist hoger, dan is de waarde van de swap positief. Bij tussentijdse beëindiging van de swap door de cliënt moet die doorgaans op grond van de renteswapovereenkomst een eventuele negatieve waarde aan de bank vergoeden. Ook is het mogelijk dat het uitstaande krediet op enig moment afneemt (bijvoorbeeld als gevolg van aflossingen) terwijl de som waarvoor de renteswap is afgesloten gelijk blijft. Bij een dalende marktrente ontstaat er dan een discrepantie tussen de te betalen vaste rente en de te ontvangen variabele rente.⁴ Hoewel de renteswap wordt afgesloten om het renterisico te beperken, brengt de renteswap zelf dus ook weer risico's met zich.

Zowel bij het afsluiten van de swap als gedurende de looptijd daarvan, heeft de bank een civielrechtelijke zorgplicht tegenover zijn cliënt. De reikwijdte van deze zorgplicht is afhankelijk van de specifieke omstandigheden, zoals de mate van deskundigheid en ervaring van de betrokken wederpartij en de complexiteit van het beleggingsproduct.⁵ Deze zorgplicht geldt zowel tegenover particuliere cliënten als tegenover bedrijfsmatig handelende partijen, zij het dat aan de zorgplicht in dat geval een minder zware invulling word gegeven.⁶ De zorgplicht houdt bij renteswaps in dat de bank voor het afsluiten moet nagaan of de cliënt zich bewust is van de bijzondere risico's die aan de swap verbonden zijn en de bank moet de cliënt adequaat waarschuwen voor deze risico's.

Als de bank zijn zorgplicht tegenover de cliënt schendt, heeft de cliënt mogelijk een schadevergoedingsvordering op de bank op grond van artikel 6:74 BW of op grond van de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. De schade die de cliënt heeft geleden als gevolg van het schenden van de zorgplicht door de bank bestaat doorgaans uit de door de cliënt betaalde bedragen, verminderd met het bedrag dat de cliënt betaald zou hebben als de bank de cliënt juist had geïnformeerd over de werking van de renteswap en de daaraan verbonden risico's.

In de hier besproken zaken hebben de kredietnemers renteswapovereenkomsten gesloten met DB waaruit voor de kredietnemers betalingsverplichtingen zijn voortgevloeid bij voortijdige beëindiging van de overeenkomsten. De kredietnemers stellen zich op het standpunt dat DB haar zorgplicht jegens hen heeft geschonden doordat DB hen onvoldoende heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de renteswaps en de ongeschiktheid daarvan voor de

1 Mr. L. van Walraven is advocaat bij Van Benthem en Keulen B.V. te Utrecht.

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

3 Zie over de werking van renteswaps: K. Rutten, 'De bijzondere zorgplicht van banken bij het afsluiten van renteswaps met professionele beleggers', TOP 2012/8.

4 HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, r.o. 3.1.2.

5 Zie onder meer HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 (MeesPierson/Ten Bos), r.o. 3.6.2.

6 HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:632 (BBV Legal NV/Orco Bank N.V.), r.o. 3.3.2.

kredietnemers. DB verweert zich daartegen, onder meer met het argument dat de schadevergoedingsvorderingen van de kredietnemers verjaard zouden zijn.

3. Verjaring

Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een schadevergoedingsvordering in elk geval twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Deze verjaringstermijn sluit aan bij artikel 3:306 BW, op grond waarvan rechtsvorderingen waarvoor in de wet geen specifieke verjaringstermijn is bepaald na twintig jaar verjaren. Er geldt op grond van artikel 3:310 lid 1 BW voor schadevergoedingsvorderingen echter een kortere verjaringstermijn van vijf jaar die begint te lopen op het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de verkorte verjaringstermijn pas begint te lopen op het moment dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is om een schadevergoedingsvordering in te stellen. Dat is het geval als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft gekregen dat de schade is veroorzaakt door een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de aansprakelijk te stellen persoon.⁷ De vraag op welk moment de benadeelde voldoende zekerheid heeft gekregen, moet beantwoord worden aan de hand van de omstandigheden van het geval.⁸ Deze omstandigheden kunnen zeer uiteenlopend zijn, bijvoorbeeld de hoedanigheid van partijen, de aard van de schade en de mate waarin de benadeelde geacht kon worden zelf onderzoek te doen naar de oorzaak van de geleden schade.⁹ De periode waarbinnen de verjaring kan zijn aangevangen kan ook een lange tijd bestrijken. Het is dus niet altijd eenvoudig om het moment van daadwerkelijke bekendheid vast te stellen.¹⁰ Hierbij moet steeds bedacht worden dat het beroep op verjaring een bevrijdend verweer is van de aansprakelijkgestelde persoon. Die moet dan ook, bij een betwisting van de verjaring door de benadeelde, bewijzen dat de verkorte verjaringstermijn van vijf jaar op enig moment is aangevangen. Twee omstandigheden die een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van de vraag of een benadeelde bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, zijn de kennis en het inzicht van de benadeelde om de deugdelijkheid van het handelen van de aansprakelijke persoon te kunnen beoordelen en, in het verlengde daarvan, eventuele geruststellende mededelingen van de aansprakelijke persoon aan de benadeelde. Deze twee omstandigheden waren onderwerp van de hier besproken arresten van de Hoge Raad en zullen verder worden uitgewerkt.

4. Kennis en inzicht van de benadeelde

Voor het aanvangen van de verkorte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW is niet vereist dat de benadeelde op de hoogte is geweest van de precieze juridische kwalificatie van de feiten die tot aansprakelijkheid van een persoon leiden.¹¹ In sommige gevallen is de kennis en het inzicht van de benadeelde over de juridische beoordeling van de feiten echter wel relevant. De Hoge Raad heeft in het arrest *Belastingadvies Maltaroute* geoordeeld dat dat het geval is als bij de benadeelde de kennis en het inzicht ontbreken die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen.¹² Dat kan aan de orde zijn als het gaat om de beoordeling van handelen waarvoor specialistische deskundigheid vereist is en waarbij de aansprakelijke persoon ter zake deskundiger is dan de benadeelde. Voor de aanvang van de verjaringstermijn is dan niet alleen vereist dat de benadeelde de feiten kende waarop de schadevergoedingsvordering is gebaseerd, maar ook het besef had van de juridische kwalificatie daarvan als normschending van de aansprakelijke persoon.¹³ Op dat moment is de benadeelde namelijk pas in staat om een rechtsvordering in te stellen.

De kredietnemers in de onderhavige zaken stelden zich op het standpunt dat zij pas op de hoogte waren van het gestelde tekortschieten van DB nadat zij daarover juridisch advies hadden verkregen. Pas op dat moment zouden zij over de benodigde kennis beschikken om het handelen van DB als een tekortkoming of normschending te kunnen kwalificeren. Zij beriepen zich daarbij op het arrest *Belastingadvies Maltaroute*. De verjaringstermijn van vijf jaar is naar het oordeel van de kredietnemers dus pas na kennisneming van het juridische advies gaan lopen. Het hof is het daar niet mee eens, onder meer omdat er geen sprake zou zijn geweest van geruststellende mededelingen van DB aan de kredietnemers die maakten dat zij erop mochten vertrouwen dat DB juist gehandeld had.¹⁴

Het hof oordeelt in deze zaken dat de benadeelden over de kennis en het inzicht beschikten om het handelen van DB te kunnen beoordelen. Zij waren volgens het hof ook al langer dan vijf jaar voor de aansprakelijkstelling van DB daadwerkelijk bekend met de schade en met het feit dat DB daar mogelijk voor aansprakelijk zou zijn. De Hoge Raad oordeelt echter dat het hof dit oordeel in haar arresten onvoldoende heeft gemotiveerd, gelet op de omstandigheden die door de benadeelden zijn aangevoerd.¹⁵ Deze omstandigheden waren onder meer dat DB haar eigen belang diende en niet het belang van benadeelden, dat DB ten onrechte had verzwegen dat zij een belangenconflict had vanwege de excessieve marges op de renteswaps, dat DB ervan uitging dat de rente zou gaan dalen

⁷ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, r.o. 3.4.

⁸ HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603 (*Belastingadvies Maltaroute*), r.o. 3.3.2. Zie over het bekendheidscriterium ook M.R. Ruygvoorn, "Verjaring bij schadevergoeding; wanneer is sprake van "bekendheid" met schade en aansprakelijkheid?", *Bb* 2022/48.

⁹ *GS Vermogensrecht*, artikel 3:310 BW, aant. 4.3.4.

¹⁰ J.L. Smeehuijzen, noot bij HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603 (*Belastingadvies Maltaroute*), *NJ* 2021/187, par. 16.

¹¹ HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, r.o. 3.4.

¹² HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603 (*Belastingadvies Maltaroute*).

¹³ Dit is de positieve formulering van het oordeel van de Hoge Raad zoals geformuleerd door A-G Lindenbergh in zijn conclusie bij HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19, ECLI:NL:PHR:2023:451, par. 4.13.

¹⁴ Gerechtshof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4041, r.o. 4.3 en Gerechtshof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4046, r.o. 4.2.

¹⁵ 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. 3.6.

en dat DB de benadeelden niet had gewaarschuwd voor een mismatch tussen de renteswap en de onderliggende financiering. Hoewel de arresten van het hof als gevolg hiervan door de Hoge Raad vernietigd worden, geeft de Hoge Raad ook nog een verduidelijking van de betekenis van geruststellende mededelingen voor het bekendheidscriterium.

5. Geruststellende mededelingen

In het arrest Belastingadvies Maltaroute heeft de Hoge Raad voorbeelden genoemd van omstandigheden die een rol spelen bij het beoordelen van de kennis van de benadeelde die nodig is om het handelen van de aansprakelijke persoon te kunnen beoordelen. Eén van die omstandigheden kan zijn dat de aangesproken partij andere oorzaken van de schade heeft genoemd of geruststellende mededelingen heeft gedaan over zijn handelen of de verwachte schade. In sommige gevallen kan een benadeelde dan pas geacht worden voldoende zekerheid te hebben dat hij schade heeft geleden als gevolg van een normschending van een aansprakelijke persoon, nadat hij kennis heeft genomen van een juridisch advies of een rechterlijk oordeel.¹⁶

De Hoge Raad verduidelijkt in de twee renteswapzaken dat het ontbreken van geruststellende mededelingen door de aansprakelijkgestelde niet automatisch met zich meebrengt dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.¹⁷ De Hoge Raad houdt in het midden of het hof dit heeft miskend omdat de arresten al op een andere grond vernietigd worden. Het verwijzingshof zal deze verduidelijking van de Hoge Raad alsnog kunnen betrekken bij het beoordelen van de standpunten van de benadeelden en DB.

6. Conclusie

De arresten van de Hoge Raad bevestigen dat het niet makkelijk is voor een aansprakelijkgestelde om een verjaringsverweer te voeren. Dat komt doordat het verjaringsverweer een bevrijdend verweer is. De aansprakelijkgestelde draagt daarom de bewijslast van de feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de benadeelde op enig moment daadwerkelijk op de hoogte was van de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Het bekendheidscriterium is zeer subjectief en er is een groot grijs gebied tussen totale onbekendheid en daadwerkelijke bekendheid. De omstandigheden die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de bekendheid van de benadeelde zijn ook zeer uiteenlopend. De twee arresten van de Hoge Raad laten zien dat de kennis en het inzicht van de benadeelde en geruststellende mededelingen van de aansprakelijkgestelde een bepalende rol kunnen spelen. Andersom is de afwezigheid van eventuele geruststellende mededelingen juist geen op zichzelf staande reden om aan te nemen dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke partij.

¹⁶ HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603 (*Belastingadvies Maltaroute*), r.o. 3.3.3.

¹⁷ 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.