

De aanvang van de korte verjaringstermijn bij beroepsaansprakelijkheidsvorderingen na het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2020

Mr. M. de Haan en mr. E.A.L. van Emden *

1 Inleiding

Op 9 oktober 2020 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over het moment waarop de verjaringstermijn van (sommige) beroepsaansprakelijkheidsvorderingen aanvangt.¹ Daarbij heeft de Hoge Raad gezichtspunten gegeven om te bepalen wanneer sprake is van de in art. 3:310 BW bedoelde bekendheid in de situatie dat de beroepsfout bestaat uit onjuiste advisering door een beroepsbeoefenaar en de (voormalig) cliënt zelf niet over de kennis of het inzicht beschikt om die fout direct te herkennen. Dit arrest bevat volgens ons een belangrijke nuancering ten opzichte van eerdere rechtspraak op dit punt. In dit artikel schetsen wij de rechtsontwikkeling en bespreken wij de praktische betekenis van dit arrest.

2 Het wettelijk kader ter zake van verjaring van schadevergoedingsvorderingen

Art. 3:310 BW regelt onder meer de verjaring van de vordering tot schadevergoeding. Het artikel kent een korte en een lange verjaringstermijn, die elk eigen spelregels kennen. Voor dit artikel kijken wij alleen naar de korte verjaringstermijn.² Deze korte termijn bedraagt vijf jaar en vangt aan op de dag nadat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon. Uit vaste rechtspraak weten we inmiddels dat het bij die bekendheid gaat om werkelijke bekendheid; een enkel vermoeden is onvoldoende.³ Bekendheid is een subjectief begrip; bepalend is wat de concrete benadeelde weet, niet wat hij rede-

lijkerwijs had behoren te weten. Omdat subjectieve wetenschap moeilijk te bewijzen is – het gaat immers om wat zich in het hoofd van de benadeelde afspeelt –, kan deze subjectieve wetenschap wel worden afgeleid uit handelingen of verklaringen van de benadeelde.⁴ Daarbij kan onder omstandigheden een zekere (beperkte) onderzoeksplicht op de benadeelde rusten.⁵ Art. 3:310 BW maakt in zijn bekendheidscriterium geen onderscheid tussen de situatie waarin de schuldeiser begrijpt, of kan begrijpen, dat zijn schade het gevolg is van een omstandigheid waarvoor een ander aansprakelijk is, of niet. Dat is logisch. Als men het aanvangen van een verjaringstermijn afhankelijk zou maken van het moment dat de benadeelde feitelijk een bepaalde (juridische) gevolgtrekking maakt – dus: zelf vaststelt dat de ander onrechtmatig heeft gehandeld of tekort is geschoten –, dan wordt een uiterst subjectief criterium gehanteerd. Dat criterium zou moeilijk praktisch hanteerbaar zijn. Uit gedrag van een benadeelde kan (soms) nog wel worden afgeleid dat hij bekend is geworden met feitelijke gegevens zoals het bestaan van schade, maar waaruit kan worden opgemaakt dat de benadeelde daarbij ook een bepaald (juridisch) inzicht heeft verkregen? Daarnaast zou een dergelijk criterium kunnen leiden tot vergaande (rechts)onzekerheid; de aanvang van een verjaringstermijn zou immers afhankelijk zijn van de uiterst subjectieve, en bijna onbewijsbare, factor wanneer een bepaalde bewustwording bij de benadeelde is ontstaan. Omdat voor de aansprakelijke persoon onzeker is wanneer dat inzicht zou ontstaan en dat voor hem in de regel ook niet is te bewijzen, zou hij tot in de lengte der dagen rekening moeten houden met een mogelijke claim. De korte verjaringstermijn zou dan sterk aan belang

* Mr. M. de Haan is advocaat bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag. Mr. E.A.L. van Emden is advocaat bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag en buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

1. HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603.

2. Zie voor een recent arrest over de aanvang van de lange verjaringstermijn in het kader van (notariële) beroepsaansprakelijkheid HR 27 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1887.

3. HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (BASF/Rensink).

4. HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, NJ 2002/383 m.nt. H.J. Sniijders (Vellekoop/Wilton Fijenoord). Zie ook HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1208, NJ 2002/384 m.nt. H.J. Sniijders (Wong/X).

5. HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 m.nt. C.E. du Perron (X/Bemoti).

inleveren. Vanuit deze context heeft de Hoge Raad dan ook bij herhaling geoordeeld dat de aanvang van de verjaring van de vordering afhankelijk is van de kennisname door de benadeelde van feiten en omstandigheden met betrekking tot de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, maar niet afhankelijk is van de kennis(name) van de juridische kwalificatie van die feiten.⁶ Uiteindelijk komt het bij de invulling van het bekendheidsvereiste uit art. 3:310 BW dan aan op een weging van alle relevante omstandigheden van het geval.⁷ Voor het bepalen of aan het bekendheidsvereiste is voldaan, geldt echter in elk geval de eis van daadwerkelijke bekendheid. Van daadwerkelijke bekendheid is (pas) sprake als de benadeelde daadwerkelijk in staat is om een vordering in te stellen en aldus voldoende zekerheid heeft dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.⁸ Deze zekerheid behoeft geen absolute zekerheid te zijn. Dit criterium wordt – naar het arrest waarin deze eis geformuleerd is – wel het Saelman-criterium genoemd. De reden voor dit vereiste is dat de benadeelde een vordering niet zou moeten ‘verliezen’ voordat hij in de gelegenheid is geweest om deze feitelijk in te stellen. Aanvullende bescherming wordt aan de benadeelde geboden door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW; onder bijzondere omstandigheden kan een door de aangesprokene gedaan beroep op verjaring onaanvaardbaar zijn en hem daarom worden ontzegd.⁹

3 De ‘bijzonderheid’ van beroepsaansprakelijkheid

Beroepsbeoefenaars oefenen allerhande beroepen uit; denk aan accountants, advocaten, artsen, bewindvoerders, curatoren, deurwaarders, fiscalisten en notarissen. Beroepsbeoefenaars vervullen daarbij een scala aan taken, waarbij afhankelijk van hun functie, hun opdracht en de feitelijke situatie een diversiteit aan verantwoordelijkheden geldt. Een rol

die enkelen van deze beroepsbeoefenaars vervullen, is die van adviseur.¹⁰ Kenmerkend aan deze rol is dat de beroepsbeoefenaar op grond van een overeenkomst van opdracht de verantwoordelijkheid op zich neemt om specifiek de belangen van een specifieke persoon (opdrachtgever) te behartigen.¹¹ Het gaat hier bijvoorbeeld om de advocaat of fiscalist die een cliënt adviseert. In deze situatie is veelal sprake van een bijzondere vertrouwensrelatie tussen beroepsbeoefenaar en zijn cliënt. Daarnaast kenmerkt deze situatie zich door het feit dat de kern van de overeenkomst is dat de beroepsbeoefenaar de gerechtvaardigde belangen van deze cliënt behartigt. Als uitgangspunt mag de cliënt er dan van uitgaan dat de beroepsbeoefenaar dat correct doet. Daarnaast is kenmerkend voor deze situatie dat de cliënt de beroepsbeoefenaar in de regel heeft ingeschakeld om de reden dat hij beschikt over specifieke expertise die de cliënt zelf niet of slechts in mindere mate heeft. Deze factoren maken dat de verjaring van vorderingen van de cliënt op de beroepsbeoefenaar een bijzondere dimensie krijgt. Dit vormt ook meteen een begrenzing: de hierna te bespreken rechtsregel en rechtspraak zien specifiek op de beroepsbeoefenaar die als adviseur optreedt. Dat betekent dat de hierna te bespreken regels niet (onverkort) kunnen worden toegepast in de situatie dat de beroepsbeoefenaar niet als adviseur van de benadeelde optreedt. Gedacht kan worden aan het handelen van een faillissementscurator – die geen cliënt heeft – of het handelen van een deurwaarder jegens een wederpartij van zijn opdrachtgever.

4 Rechtsontwikkeling over verjaring in adviesrelaties; het Bosman-arrest en wat volgde

In paragraaf 2 hiervoor werd toegelicht dat in zijn algemeenheid de regel geldt dat de aanvang van de korte verjaringstermijn niet afhankelijk is van het moment dat de benadeelde bekend raakt met de juridische kwalificatie van de relevante feiten. Deze regel is ook in beroepsaansprakelijkheidszaken lang het uitgangspunt geweest, ook waar het ging om de aansprakelijkheid van adviseurs. Het meest in het oog springende voorbeeld hiervan vormt het Bosman-arrest uit 2004.¹² Het ging daar om een advocaat die had nagelaten om de wettelijke rente aan te zeggen, wat onder het oude recht vereist bleek te zijn (hoewel onduidelijk was of dit vereiste ook al kenbaar was op het moment dat de advocaat het gewraakte handelen verrichtte). Pas meer dan vijf jaar nadat de cliënt een vergoeding van zijn wederpartij ontving, waarin (dus) geen wettelijke rente was inbegrepen, sprak hij zijn advocaat op deze fout aan. De cliënt voerde aan dat hij zich eerder niet gerealiseerd had dat sprake was van een beroepsfout. Toch werd de vordering verjaard geacht. De Hoge Raad oordeelde

6. Zie het hierna te bespreken arrest HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115 m.nt. C.E. du Perron (Bosman/G). Zie buiten de context van beroepsaansprakelijkheid HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY8771, NJ 2007/320 m.nt. M.R. Mok (De Bijenkorf/Boersma); HR 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769, NJ 2016/197 m.nt. C.E. du Perron (Huisman/X); HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat); HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (TMG/Staat).

7. Zie o.m. HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ4850, NJ 2012/193 m.nt. C.E. du Perron (Stadskanaal/Deloitte); HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3240, NJ 2015/207 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Allianz/W); HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat); HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (TMG/Staat); HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20, NJ 2020/122 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (X/Deutsche Bank).

8. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 m.nt. C.E. du Perron (Saelman).

9. Zie voor een toepassing HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2748, NJ 2000/15 (Seksueel misbruik). De onaanvaardbaarheid van het verjaringsberoep was hier gelegen in de omstandigheid dat de reden waardoor de schuldeiser eerder geen vordering kon instellen, aan de schuldenaar werd toegerekend. De verjaring nam daardoor pas een aanvang zodra die omstandigheid het geldend maken van de vordering niet meer verhinderde. Zie over dit onderwerp in dit tijdschrift M. Bredenoord-Spoek, Aansprakelijkheid van de Staat voor ‘zuiveringsacties’ op Zuid-Sulawesi en doorwerking van de redelijkheid en billijkheid in ons verjaringsrecht, *MvV* 2020, afl. 2, p. 74-79.

10. Althans, in de meeste gevallen zullen advocaten en fiscalisten een adviesrol vervullen; er zijn situaties waarin deze beroepsbeoefenaars niet als adviseur van hun opdrachtgever optreden maar een andere rol vervullen (bijv. als een advocaat als bemiddelaar of mediator optreedt en dan – juist – niet tevens als adviseur van de partijen/opdrachtgevers handelt).

11. Vgl. art. 7:401 BW.

12. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115 m.nt. C.E. du Perron (Bosman/G).

daartoe dat voor de verjaring vereist is dat de cliënt de relevante feitelijke bekendheid verkreeg, maar dat niet vereist is dat de cliënt ook bekend raakt met 'de juridische beoordeling van die feiten'. Een andersluidende opvatting zou volgens de Hoge Raad (1) in strijd zijn met het uitgangspunt dat rechtsdwaling voor eigen rekening is, (2) leiden tot rechtsongelijkheid omdat juridische kennis niet in gelijke mate bij cliënten aanwezig is, en (3) voorts afbreuk doen aan de rechtszekerheid. Ook werd (4) als reden genoemd dat het onbillijk zou zijn dat de schuldeiser zou profiteren van later ontstane juridische inzichten.¹³

Deze redenering komt terug in het beroepsaansprakelijkheidsarrest Snouckaert/Reinders Didam uit 2012.¹⁴ Daar ging het om een accountant, die zijn cliënt niet goed had geïnformeerd over het aansprakelijkheidsrisico dat was verbonden aan een dividendbesluit. De vraag was wanneer de verjaringstermijn van de vordering van de cliënt op de accountant een aanvang nam: op het moment dat de curator de cliënt (de bestuurder) aansprak tot schadevergoeding vanwege de uitvoering van het dividendbesluit, of pas op het moment dat in rechte werd vastgesteld dat de aanspraak van de curator gegrond was en de cliënt tot betaling veroordeeld werd. De Hoge Raad oordeelde dat op het moment dat de cliënt de dagvaarding van de curator ontving hij bekend werd met schade en aansprakelijke persoon; op dat moment was de cliënt al in staat om op zijn beurt de accountant tot schadevergoeding aan te spreken, ook al was die schade nog niet in feitelijk opzicht geleden.¹⁵

Op deze rechtspraak is wel kritiek uitgeoefend; met name werd onbillijk geacht dat de cliënt die (nog) geen aanleiding zag om zijn eigen adviseur aan te spreken, zijn vordering zou verliezen door verjaring.¹⁶ Deze critici zullen tevredener zijn geweest met het arrest Stadskanaal/Deloitte uit 2009.¹⁷ In die zaak ging het om een adviseur die de gemeente behulpzaam was geweest bij het opstellen van een kredietgarantie. Tussen gemeente en bank ontstond discussie over de uitleg van deze garantie. Het hof stelde de gemeente in het ongelijk. De gemeente sprak daarop haar adviseur Deloitte aan. Deloitte

beriep zich op verjaring en voerde aan dat de gemeente zodra de discussie met de bank ontstond zelf uit de tekst van de garantie had kunnen opmaken dat de bank gelijk kon hebben. De gemeente voerde aan dat Deloitte haar juist had voorgelouden dat mede door getuigenbewijs een andersluidende strekking van de garantie bewezen zou kunnen worden, zodat er voor haar geen aanleiding bestond om Deloitte eerder aan te spreken. De Hoge Raad stelde de gemeente in het gelijk en oordeelde dat de gemeente pas met de gerechtelijke veroordeling voldoende zekerheid had gekregen dat zij schade zou lijden, en dat dit het gevolg was van (het tekortschieten van) Deloitte, bij welk oordeel de geruststellende mededelingen die Deloitte aan de gemeente had gedaan een noemenswaardige rol hebben gespeeld. De Hoge Raad verwees in dit arrest wel naar het Bosman-arrest, maar vond blijkbaar dat de situatie in de Stadskanaal-zaak verschilde met die uit de Bosman-casus. In de literatuur is opgemerkt dat het lastig is om de uitkomst in de Stadskanaal-uitspraak helemaal te rijmen met de hiervoor genoemde uitspraken; de Stadskanaal-uitspraak lijkt immers niet uitsluitend te berusten op de geruststellende verklaringen die de adviseur daar gedaan zou hebben.¹⁸

5 Een enigszins ander kader: verjaring van vorderingen wegens medische fouten

Ten aanzien van de verjaring van vorderingen tot vergoeding van schade door letsel of overlijden spelen enige specifieke regels. Zo geldt op grond van art. 3:310 lid 5 BW alleen de korte verjaringstermijn van vijf jaren en niet de lange termijn van twintig jaren.¹⁹ Voor de aanvang van de korte verjaringstermijn wordt in het algemeen niet vereist dat de benadeelde ook met de (exacte) oorzaak van de schade bekend is.²⁰ In het arrest BASF/Rensink over beroepsziekten oordeelde de Hoge Raad echter dat indien sprake is van gezondheidsklachten waarvan de herkomst niet zonder meer duidelijk is, van daadwerkelijke bekendheid met de schade pas sprake kan zijn wanneer met voldoende mate van zekerheid is vastgesteld waardoor deze klachten zijn ontstaan.²¹ In het algemeen is de vereiste mate van zekerheid – die ook hier geen absolute zekerheid hoeft te zijn – dan pas aanwezig wanneer de oorzaak

13. Zoals C.E. du Perron in NJ 2006/115 terecht opmerkt, lijkt dat argument minder overtuigend aangezien het gewraakte handelen ex tunc beoordeeld moet worden, zodat de toenmalige inzichten bepalend moeten zijn.

14. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1688, NJ 2012/194 m.nt. C.E. du Perron (Snouckaert/Reinders Didam).

15. De cliënt zou immers pas na veroordeling aan de curator (moeten) betalen en pas op dat moment in financiële zin nadeel lijden; de met de vordering van de curator corresponderende schuld ontstond echter al in het vermogen van de cliënt met de aansprakelijkstelling. Dat, en het feit dat de kosten voor verweer tegen de vordering van de curator ook schade zijn, verklaart waarom de bekendheid met de schade in juridisch opzicht al bestond voordat de cliënt feitelijk de betalingsverplichting aan de curator nakwam.

16. Vgl. L.C. Kampkuiper, Optimalisatie of generalisatie? De rechtsdwalingsregel bij de subjectieve verjaringstermijn, in: D.F.H. Stein (red.), Verjaring, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 143 e.v. en de daar genoemde bronnen.

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

18. Zie o.m. C.H. van Dijk, Verjaring en stuiting; de praktijk blijft weerbarstig, AV&S 2011/2, p. 5-21; G.T. de Jong, De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW en rechtsdwaling, WPNR 2011, afl. 6874, p. 125-133; D.M. de Knijff & T. Riyazi, Opeisbaarheid als ondergrens voor verjaring, WPNR 2013, afl. 6967, p. 205-214; J.L. Smeehuizen, De vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW bij (i) de fout van een adviseur, (ii) regres bij hoofdelijkheid, (iii) toekomstige schade en (iv) onrechtmatige strafvervolgung, NTBR 2011, afl. 2, p. 74-86; J.C.J. Wouters, De aanvang van de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW, WPNR 2010, afl. 6852, p. 603-613. Zie hierover ook E.A.L. van Emden & M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2014, par. 10.2.

19. Voor de volledigheid: het afschaffen van de lange verjaringstermijn voor personenschadeclaims geldt alleen voor schadeveroorzakende gebeurtenissen vanaf 1 februari 2004.

20. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8903, NJ 2006/113 (Meissner/Bloemsma).

21. HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF06945, NJ 2003/300 (BASF/Rensink).

van de klachten door een deskundige arts is gediagnosticeerd.²² Daar waar in het algemeen specialistische (juridische) kennis dus niet vereist is om de verjaringstermijn te laten aanvangen en de aanvang van de termijn ook niet afhankelijk is van het moment waarop de benadeelde deskundig (juridisch) advies heeft ingewonnen, geldt bij letselschade dat de aanvang van de verjaringstermijn wel afhankelijk kan zijn van het moment waarop de benadeelde deskundig (medisch) advies inwint. Dit houdt verband met het feit dat gezondheidsklachten tal van oorzaken kunnen hebben, zodat van bekendheid eerst sprake is nadat duidelijk is dat de klachten schade zijn waarvoor een ander aansprakelijk is.

Een bijzonder type van personenschadezaken zijn medische aansprakelijkheidszaken. In de context van dat leerstuk is het verjaringsartikel art. 3:310 BW op een eigen wijze toegepast. Het hiervoor aangehaalde Saelman-arrest uit 2003 betrof zo'n medische aansprakelijkheidszaak.²³ De in dat arrest gegeven regel dat de korte verjaringstermijn pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen, betekent volgens de Hoge Raad in de onderliggende medische zaak concreet dat indien iemand bij zijn geboorte lichamelijk letsel heeft opgelopen dat ook door het natuurlijk verloop van de zwangerschap en bevalling zou kunnen zijn veroorzaakt, de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW pas begint te lopen zodra hij voldoende zekerheid heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen.²⁴ Ook dit is uitvloeisel van het feit dat gezondheidsklachten vele oorzaken kunnen hebben en dat niet steeds duidelijk is dat het letsel gevolg is van een medische fout. Ook hier geldt dus dat de medische klachten niet steeds herkenbaar zijn als 'schade waarvoor een ander aansprakelijk is'.

Deze rechtsregel is herhaald in diverse arresten over medische aansprakelijkheid,²⁵ waaronder het Klapvoet-arrest.²⁶ Het ging daar om letsel dat tijdens een operatie was opgelopen. In het licht van de door de arts aan de patiënte gedane mededeling dat het om een complicatie ging en dat 'het wel weer goed zou komen', was volgens de Hoge Raad onbegrijpelijk dat het hof had geoordeeld dat de patiënte reeds kort na de operatie voldoende zekerheid had dat zij bij de operatie schade had opgelopen die (mede) was veroorzaakt door foutief medisch handelen van de arts, en dat zij vanaf die datum daadwerkelijk in staat was een vordering jegens de arts in te stellen. Ook hier lijken dus net als in het arrest Stadskanaal/Deloitte geruststellende mededelingen van de beroepsbeoefenaar een

belangrijke rol te spelen bij het bepalen van het moment waarop de korte verjaringstermijn uit art. 3:310 BW aanvangt.

6 Een uitstapje: rechtsontwikkeling rondom de klachtplicht

Wanneer tussen de aangesproken beroepsbeoefenaar en de benadeelde een contractuele relatie bestaat – wat in adviesrelaties doorgaans het geval zal zijn –, komt naast het verjaringsleerstuk ook de in art. 6:89 BW vervatte klachtplicht in zicht.²⁷ De klachtplicht is een uitwerking van het rechtsverwerkingsleerstuk en houdt in de kern in dat de schuldeiser op straffe van verval van recht binnen bekwame tijd moet klagen over een gebrek in de prestatie (van de beroepsbeoefenaar). Deze bepaling verschilt in een aantal opzichten van het verjaringsartikel. Bij verjaring start de termijn zodra er bekendheid is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon; bij de klachtplicht start de termijn zodra wetenschap ontstaat (of behoort te ontstaan) van het gebrek in de prestatie. Bij verjaring geldt een subjectief kennisvereiste, bij de klachtplicht een geobjectiveerd kennisvereiste ('ontdekken of redelijkerwijs behoren te ontdekken'). Bij verjaring geldt een vaste termijn; de duur van de klachttermijn is juist niet vast, maar moet aan de hand van de omstandigheden van het geval door de rechter worden vastgesteld. Relevante factoren zijn daarbij onder meer de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige relevante (juridische) kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies.²⁸ Een vervaltermijn zoals die uit art. 6:89 BW behoeft slechts (eenmaal) tijdig te worden gesauveerd en behoeft daarna niet te worden gestuit;²⁹ een verjaringstermijn behoeft wel tijdige stuiting. Kortom, er bestaan diverse technische verschillen tussen verjaring en verval. Toch is er ook een gemene deler. Ook bij de klachtplicht kan immers – gezien de in acht te nemen omstandigheden – de vraag ontstaan of men van een schuldeiser mag verwachten dat hij zijn eigen adviseur aanspreekt op een gebrekkige prestatie wanneer hij niet goed in staat is om dat gebrek zelf te herkennen. In de context van de klachtplicht is dit aspect verdisconteerd in het bekendheidsvereiste uit het wetsartikel. Er moet op grond van art. 6:89 BW namelijk sprake zijn van een redelijkerwijs te ontdekken gebrek. In het kader van bancaire aansprakelijkheid is overwogen dat het enkele feit dat de schuldeiser nadeel ondervindt nog niet steeds betekent dat hij ook het gebrek redelijkerwijs heeft moeten ontdekken.³⁰ Nadeel en gebrek zijn niet altijd synoniem. Daarbij is ook overwogen dat de klant er in een bancaire

22. HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7041, NJ 2012/195 m.nt. C.E. du Perron.

23. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 m.nt. C.E. du Perron (Saelman).

24. Zie over verjaring in medische aansprakelijkheidszaken Wijne, in: Handboek Personenschade, 2040.8.

25. Zie o.m. HR 27 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8455, NJ 2006/114.

26. HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC3569, NJ 2008/203 (Klapvoet).

27. Bij het ontbreken van zo'n contractuele relatie vindt art. 6:89 BW geen toepassing, aldus HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (Meetinstructie).

28. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 m.nt. J. Hijma (Pouw/Visser); HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 m.nt. J. Hijma (Ploum/Smeets II); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2015/497 m.nt. J. Hijma (Van de Steeg/Rabobank).

29. Dat ligt iets genuanceerder indien het een gebrek in de prestatie betreft dat nog kan worden hersteld; indien ook de herstel poging gebrekkig blijkt, zal daar wel opnieuw over moeten worden geklaagd.

30. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2015/497 m.nt. J. Hijma (Van de Steeg/Rabobank).

relatie in beginsel van uit mag gaan dat de bank zijn taak naar behoren vervult. Het enkele feit dat verliezen worden geleden, betekent nog niet dat de klant behoefde te twijfelen over de juistheid van de taakvervulling door de bank. Verliezen kunnen ook andere oorzaken hebben dan bancaire fouten. Deze redenering vertoont gelijkenis met de gedachte dat het enkele ondervinden van gezondheidsklachten na een medische behandeling niet steeds hoeft te duiden op een medische fout. In de context van de klachtplicht vond de Hoge Raad ook relevant of de bank eventueel geruststellende mededelingen aan de klant had gedaan; als de schuldenaar uitingen van twijfel 'sust' door bijvoorbeeld andere redenen voor het nadeel aan te dragen dan een eigen gebrekkige prestatie, dan kan hij de schuldeiser niet later tegenwerpen dat deze eerder bij hem had moeten klagen over deze prestatie. Hoewel dit (nog) niet uitdrukkelijk terugkomt in de rechtspraak van de Hoge Raad over de klachtplicht in het kader van beroepsaansprakelijkheid, lijkt deze gedachte op zich in breder verband toepasbaar. Voorts is in rechtspraak en literatuur ook wel tot uitgangspunt genomen dat bij de beoordeling of het gebrek – objectief beschouwd – herkenbaar is, gebrek aan deskundigheid niet per definitie voor rekening van de schuldeiser komt.³¹

7 Het arrest van 9 oktober 2020

Aanleiding voor deze uitspraak zijn in 1999-2001 gegeven en uitgevoerde belastingadviezen die onder meer inhielden dat over bepaalde dividenduitkeringen geen dividendbelasting verschuldigd zou zijn. In 2005 heeft de Belastingdienst het standpunt ingenomen dat wel degelijk dividendbelasting verschuldigd is en zijn naheffingsopslagen opgelegd. Het bezwaar tegen die aanslagen is in 2008 partieel verworpen, het beroep tegen die beslissing is door de rechtbank in 2012 afgewezen. In 2015 bekrachtigde het hof die uitspraak. Pas op dat moment stelt de opdrachtgever zijn belastingadviseur aansprakelijk. Die beroept zich op verjaring. De rechtbank heeft het verjaringsberoep gehonoreerd op grond van de overweging dat de verjaringstermijn startte met de uitspraak op bezwaar uit 2008. Het hof heeft deze uitspraak bekrachtigd en bepaalt de aanvang van de verjaringstermijn op het moment van het ontvangen van de naheffingsaanslagen. In cassatie draait het onder andere om de vraag of kennis van de vennootschap in het kader van de verjaring steeds ook automatisch kennis van de aandeelhouder is; het antwoord op die vraag is een voorstelbaar neen.³² Interessant is echter vooral het oordeel over de klacht waarmee de opdrachtgever eigenlijk vraagt aan de Hoge Raad om de hiervoor beschreven Bosman-doctrine te

nuanceren. A-G Valk was in zijn conclusie bij het arrest voorstander van een meer fundamentele herbezinning van het verjaringsleerstuk in gevallen waarin een (voormalig) opdrachtgever zijn juridische en/of fiscale adviseur aanspreekt.³³ De Hoge Raad volgt in r.o. 3.3.3 van dit arrest dit advies. In de kern wordt door de Hoge Raad (nadrukkelijker) onderscheid gemaakt tussen enerzijds 'onbekendheid met of onzekerheid over de juridische beoordeling van feiten' en anderzijds 'het ontbreken van de kennis of het inzicht dat nodig is om de deugdelijkheid van de prestatie te beoordelen', wat kan leiden tot het ontbreken van voldoende bekendheid of de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. In het eerstbedoelde begrip herkennen wij de Bosman-doctrine, terwijl in het tweede begrip feitelijk lijkt te worden verwezen naar de norm uit art. 6:89 BW. De Hoge Raad verwijst eerst naar het Saelman-arrest, waaruit volgt dat in medische aansprakelijkheidszaken de patiënt in het feit dat hij klachten ondervindt niet steeds aanleiding hoeft te zien om de arts aan te spreken. In deze lijn wordt hier geoordeeld dat in geval van juridische of fiscale dienstverlening het feit dat nadeel wordt ondervonden ook niet altijd betekent dat de opdrachtgever voldoende zekerheid over schade en de daarvoor aansprakelijke persoon heeft verkregen. De Hoge Raad formuleert geen vaste regel over de vraag wanneer de in art. 3:310 BW bedoelde bekendheid in dergelijke zaken dan wel ontstaat. Dit is, gelijk dat bij de klachtplicht het geval is en zoals ook al anderszins in het kader van de verjaring werd overwogen, uiteindelijk afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. De Hoge Raad geeft wel gezichtspunten voor de beoordeling, te weten: (a) in hoeverre de schuldenaar mocht vertrouwen op de deskundigheid van de aangesproken beroepsbeoefenaar, (b) in hoeverre de schuldenaar, gezien ook dat vertrouwen, aanleiding had voor twijfel aan de deugdelijkheid van de prestatie van de beroepsbeoefenaar, (c) in hoeverre de beroepsbeoefenaar zelf alternatieve – buiten zijn risicosfeer liggende – oorzaken voor het nadeel heeft aangevoerd, en/of (d) in hoeverre hij anderszins geruststellende mededelingen heeft gedaan over de door hem verrichte prestatie of het daardoor te verwachten nadeel. Kortom, in beginsel vangt de korte verjaringstermijn aan op de dag nadat de benadeelde bekendheid verkrijgt van schade en aansprakelijke persoon. Maar onder omstandigheden kan de benadeelde volgens de Hoge Raad pas worden geacht daarmee voldoende bekendheid te hebben als hij kennis heeft gekregen van een juridisch advies of rechterlijk oordeel waaruit volgt dat de door de aansprakelijke persoon geleverde dienst of prestatie gebrekkig was.

8 Eerste analyse

Een eerste observatie is dat met dit arrest het onderscheid tussen (het aanvangsmoment van de) verjaring en klachtplicht

31. Zie hierover Van Cassel-van Zeeland, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:89 BW, aant. 3.5.7 en bijv. A-G Van Peurseem 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:468; Rb. Midden-Nederland 13 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7681. Zie meer in het algemeen over de vraag voor wiens rekening rechtsdwaling komt Asser/Sieburgh 6-III 2018/246 en T.F.E. Tjong Tjin Tai & M. Loth, Wat niet weet, dat niet deert. Over de reikwijdte van het beginsel 'een ieder wordt geacht de wet te kennen' in het hedendaagse recht, in: K. Leus (red.), Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 353 e.v.

32. Zie hierover B.M. Katan, Toerekening van kennis aan rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 11.

33. A-G Valk 13 maart 2020, ECLI:NL:PHR:2020:284.

verder vervaagt.³⁴ Bepalend voor het aanvangen van de verjaringstermijn is bekendheid met schade en aansprakelijke persoon, kenmerkend voor het triggeren van de klachtplicht is bekendheid met het gebrek. Bij de benadering die de Hoge Raad in dit arrest nadrukkelijk(er) kiest, lopen deze twee (wezenlijk) verschillende normen in bepaalde gevallen in elkaar over, omdat de bekendheid met schade en aansprakelijke persoon kennelijk soms pas aanvangt zodra er bekendheid is met het gebrek. Dat zou er dan toe leiden dat de verjaringstermijn en de klachttermijn een (ongeveer) gelijk startmoment hebben, maar dat de termijnen in de regel wel op afwijkende momenten eindigen. Voor verjaring geldt immers de vaste vijfjaarstermijn, bij de klachtplicht geldt een contextafhankelijke termijn.

De door de Hoge Raad in het arrest van 9 oktober 2020 geformuleerde norm roept daarnaast de vraag op welke kennis van het gebrek benodigd is om de verjaringstermijn te laten aanvangen. Voor het aanvangen van de klachtplicht is objectieve kennis vereist; weten of behoren te weten dat sprake is van een gebrek in de prestatie. Bij verjaring geldt juist een subjectief kennisvereiste. De wetenschap van het gebrek wordt in de context van de verjaring echter niet als apart criterium gehanteerd, maar dit lijkt een invulling te vormen van het vereiste dat (subjectieve) bekendheid bestaat met schade en aansprakelijke persoon. De slotzin van r.o. 3.3.3 van het arrest duidt erop dat het dan gaat om objectieve bekendheid met het gebrek. In de slotzin wordt namelijk overwogen dat de vereiste subjectieve bekendheid met schade en aansprakelijke persoon soms pas ontstaat zodra de opdrachtgever kennis krijgt van een juridisch advies of rechterlijk oordeel (waaruit blijkt van de gebrekkigheid van de prestatie van de adviseur). Aangenomen mag worden dat hiermee wordt bedoeld dat de opdrachtgever redelijkerwijs uit dat advies of rechterlijk oordeel behoort te begrijpen dat sprake was van een gebrekkige prestatie en dat zijn (al bekende) schade dus het gevolg is van een fout van de (als zodanig ook al bekende) aansprakelijke persoon. Indien men ook de bekendheid met het gebrek in de prestatie in dit verband als subjectief vereiste zou zien, dan zou de opdrachtgever zelfs na kennisname van het advies of oordeel nog kunnen betogen dat hij niet begrepen heeft dat er sprake was van een beroepsfout. Dat zou eigenlijk betekenen dat de schuldeiser door te ontkennen dat hij subjectief inzicht heeft gekregen in gevallen waarin dat objectief weinig plausibel meer lijkt, de verjaringstermijn toch eindeloos zou kunnen rekken. Dat lijkt niet beoogd door de Hoge Raad en is ook niet redelijk.³⁵

Verjaringstermijnen beogen mede om de rechtszekerheid te dienen. De vraag wordt dan of met dit arrest die rechtszeker-

heid niet (nog meer) op losse schroeven is komen te staan. Enerzijds laat de Hoge Raad immers vooropstaan dat onbekendheid met of onzekerheid over de juridische beoordeling van de feiten niet aan de aanvang van de verjaringstermijn in de weg staat, maar anderzijds kan een gebrek aan kennis of inzicht om de deugdelijkheid van de geleverde prestatie te beoordelen wel maken dat de verjaringstermijn nog niet van start gaat, maar dat kennisname van een juridisch advies of rechterlijk oordeel later alsnog de verjaringstermijn kan triggeren. Het lijkt lastig om deze twee aspecten in de praktijk steeds van elkaar te scheiden in een concrete zaak, waarbij vooral de aard van de fout (gebrek in de prestatie) een grote rol lijkt te gaan spelen voor de aanvang van de verjaringstermijn. Het is afwachten hoe dit in de lagere rechtspraak zal uitwerken, waarop wij in paragraaf 12 hierna alvast een voorschot nemen. Overigens lijkt het recente oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van adviesverhoudingen in ieder geval wel (meer) aan te sluiten op de hiervoor besproken arresten in medische aansprakelijkheidszaken.

9 Is sprake van een koerswijziging of slechts van een nuancering?

De vraag die daaraan voorafgaat, is of de hiervoor besproken beroepsaansprakelijkheidszaken anders zouden zijn beoordeeld indien de Hoge Raad de nuance uit het arrest van 9 oktober 2020 toen al had aangebracht. Anders gezegd: is met het arrest van 9 oktober 2020 een werkelijke koerswijziging ingezet of is slechts sprake van een nadere nuancering? In het Bosman-arrest ging de Hoge Raad ervan uit dat het onder meer in strijd met de rechtszekerheid zou zijn wanneer de aanvang van de verjaringstermijn afhankelijk zou zijn van het tijdstip waarop de benadeelde juridisch advies inwint. In die zaak ging de Hoge Raad er met de feitenrechter van uit dat de verjaring een aanvang had genomen zodra de benadeelde de betaling exclusief wettelijke rente ontving. Ook hier geldt echter dat de benadeelde (voormalig cliënt) op dat moment waarschijnlijk nog niet bekend was met het feit dat hij een hoger bedrag had behoren te ontvangen indien de wettelijke rente door zijn voormalig advocaat zou zijn aangezegd.³⁶ In het arrest van 9 oktober 2020 lijkt de Hoge Raad zelf uit te dragen dat hij geen koerswijziging ten opzichte van het Bosman-arrest maakt; in r.o. 3.3.3 wordt het Bosman-arrest expliciet aangehaald ter motivering van het gegeven oordeel. Dat zou er volgens ons op duiden dat ook als de Bosman-casus vandaag beslecht moest worden, de vordering als verjaard zou worden aangemerkt. Dat kan worden verklaard door het feit dat ook zonder specialistische (juridische) kennis voor de cliënt duidelijk moest zijn dat hij een bedrag ontving waarin geen wettelijke rente was inbegrepen. De schade was dus als zodanig

34. Zie hierover J.L. Smeehuijzen, Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is, WPNR 2013, afl. 6988, p. 741-751 en J.L. Smeehuijzen, Over de gespannen verhouding tussen klachtplicht en verjaring, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

35. Vgl. C.E. du Perron in NJ 2006/112: 'De benadeelde zal zich dus niet van de domme mogen houden.'

36. De cliënt stelde in deze zaak in elk geval dat hij deze wetenschap destijds niet had.

makkelijk (her)kenbaar.³⁷ Ondertussen lijkt wel algemeen bekend dat bij latere vergoeding van een eerder ontstane schade ook rente vergoed moet worden. Verdedigbaar is dat de voormalig cliënt in de Bosman-casus dus van meet af aan voldoende informatie had om – zeker wanneer een zekere onderzoeksplicht zou worden aangenomen naar de reden waarom hij geen rentevergoeding ontving – te kunnen spreken van voldoende zekerheid.

Ook in de zaak die leidde tot het Snouckaert/Reinders Didam-arrest uit 2012 zou onder toepassing van de rechtsregel uit het arrest van 9 november 2020 tot verjaring kunnen worden geconcludeerd. Wij gebruiken het begrip ‘kunnen’ hier wel met enige voorzichtigheid. Op het moment dat een aansprakelijkstelling of dagvaarding wordt ontvangen waarin de curator toelicht waarom de dividenduitkering ontoelaatbaar is, is duidelijk dat er schade wordt geleden,³⁸ terwijl de toelichting van de curator waarschijnlijk vrij concrete informatie geeft ten aanzien van de daarvoor (mogelijk) aansprakelijke persoon.³⁹ Kortom, men zou ook in deze zaak kunnen handhaven dat de benadeelde van meet af aan voldoende duidelijkheid had. Toch zou een andere uitkomst van deze zaak ook denkbaar zijn; veel betekenis komt dan ook toe aan de vraag welke mededelingen de accountant naar aanleiding van de aansprakelijkstelling of dagvaarding heeft gedaan.⁴⁰ Heeft hij zijn cliënt op dat moment voorgehouden dat de claim van de curator onterecht zou zijn, dan is sprake van ‘geruststellende mededelingen’ die gezien het recente arrest al snel kunnen maken dat de ex art. 3:310 BW relevante wetenschap ontbreekt.

Het arrest Stadskanaal/Deloitte past goed bij de gedachtegang van de Hoge Raad van 9 oktober 2020. In beide zaken weegt zwaar dat juist ook gezien de geruststellende mededelingen van de adviseur pas met de veroordeling van de cliënt jegens zijn wederpartij sprake was van voldoende zekerheid over én de schade én de daarvoor aansprakelijke persoon (de beroepsbeoefenaar).

Kortom, het arrest van 9 oktober 2020 duidt niet op een ingrijpende koerswijziging ten aanzien van het verjaringsleerstuk, maar behelst eerder dat verjaringszaken met (nog) meer nuance beoordeeld moeten worden. De diverse verjaringsuitspraken van de Hoge Raad tonen een zekere verschuiving van steeds minder *hard and fast rules* naar steeds meer een beoordeling aan de hand van de afweging van de diverse factoren die het individuele geval kenmerken. Dit arrest is de duidelijke bevestiging van deze afwegingsbenadering. Zoals altijd bij discussies die aan de hand van een weging van factoren beslecht worden – denk aan de vaststelling van ongeschreven zorgplichten of uitlegdiscussies –, wordt het dan wel steeds lastiger om tevoren te voorspellen hoe rechters over de concreet voorliggende zaak zullen oordelen.

10 Was een andere oplossing denkbaar geweest?

Het arrest van 9 oktober 2020 lijkt een oplossing te willen bieden voor de situatie dat de opdrachtgever wel feitelijk weet van het bestaan van de schade en de persoon die daarvoor juridisch aan te spreken zou zijn, maar hij niet daadwerkelijk in staat is om deze persoon aan te spreken omdat hij de koppeling tussen de schade en het handelen van deze persoon niet goed (zelfstandig) kan leggen. Anders gezegd, bekendheid ten aanzien van het element ‘daarvoor aansprakelijke’ zoals gehanteerd in art. 3:310 BW ontbreekt. De Hoge Raad zoekt de oplossing voor dit probleem in de uitleg van het bekendheids-criterium. Een oplossing aan de voorkant dus. Een alternatieve oplossing had kunnen worden gevonden in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. In dat geval zou de verjaringsregel ‘hard’ zijn toegepast op grond van het bestaande uitgangspunt dat een gebrek aan juridisch inzicht niet aan aanvang van de verjaringstermijn in de weg staat, maar zou verzachting kunnen plaatsvinden door te oordelen dat gezien de bijzondere omstandigheden het verjaringsberoep in het specifieke geval onaanvaardbaar is, waarbij in het kader van die bijzondere omstandigheden dan gedacht kan worden aan de door de Hoge Raad genoemde geruststellende mededelingen van de beroepsbeoefenaar. A-G Valk heeft dit alternatief van correctie aan de achterzijde ook genoemd, maar vond deze oplossing minder aantrekkelijk, omdat de positie van de schuldeiser dan minder sterk is. Het is bij deze variant de schuldeiser die moet aantonen dat het verjaringsberoep onaanvaardbaar is – wat als zodanig een hoge drempel inhoudt – in plaats van dat het de schuldenaar is die moet aantonen dat de vordering is verjaard. Deze redenering kunnen wij op zichzelf begrijpen, maar een keuze voor de noodklep van de derogerende werking had wat ons betreft wel beter gepast in het wettelijk systeem. Men kan dan immers de eisen uit art. 3:310 BW op een eenduidige en voorspelbare wijze hanteleren zonder dat deze eisen voor sommige – niet erg specifiek omschreven – gevallen worden aangevuld met het aanvullende, niet direct uit de wet af te leiden, vereiste van bekendheid met het gebrek. Ondertussen is de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid bij uitstek bedoeld om te onbillijke uitkomsten van onverkorte wetstoepassing te mitigeren. Men zou dan bijvoorbeeld in een Stadskanaal-geval kunnen

37. Aantekening verdient dat in de Bosman-casus ook debat bestond over de vraag wat de destijds stand van het recht was; de aangesproken advocaat betwistte dat hij gezien de destijds geldende inzichten een fout had gemaakt, omdat niet voldoende kenbaar was dat aanzegging van rente nodig was. Het hof gaf hem daarin gelijk en vervolgens werd door de Hoge Raad overwogen dat het ook onbillijk zou zijn dat de cliënt zou profiteren van later ontstane juridische inzichten.

38. Zoals in noot 15 toegelicht, is vanaf dat moment sprake van een schuld in het vermogen van de cliënt, terwijl daarnaast een schade-element ligt besloten in de kosten die de cliënt moet gaan maken voor het juridisch debat met de curator over de (on)rechtmatigheid van de dividenduitkering.

39. De curator had in zijn aansprakelijkstelling al gewezen op de mogelijkheid om de accountant in vrijwaring op te roepen.

40. Wij kunnen dat niet goed uit de gepubliceerde uitspraak opmaken. De gepubliceerde uitspraak duidt er wel op dat de cliënt in het debat met de curator werd bijgestaan door een adviseur die niet was verbonden aan het accountantskantoor dat het later gewraakte advies over de dividenduitkering had gegeven.

oordelen dat juist waar het aan de beroepsbeoefenaar toe te rekenen valt dat de opdrachtgever hem niet eerder aansprak – vanwege de geruststellende mededelingen van zijn kant –, het onaanvaardbaar is dat de beroepsbeoefenaar achteraf een verjaringsberoep toekomt. Bij de keuze van de A-G en Hoge Raad weegt de billijke wetstoepassing zwaarder dan de voorspelbare wetstoepassing, en dat is op zich ook te begrijpen.

11 Sinds 9 oktober 2020 gewezen lagere rechtspraak

De vraag blijft hoe de nuancering uit het arrest van 9 oktober 2020 zal uitpakken in de praktijk. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden paste de norm uit dit arrest inmiddels al toe.⁴¹ Het betrof een advocaat die in een echtscheidingszaak een vrouw bijstond. Aan deze vrouw waren bij een beschikking bepaalde sieraden toebedeeld. De advocaat liet deze sieraden echter abusievelijk afgeven aan de man. In plaats van deze vergissing op te biechten, schreef de advocaat de deurwaarder (achteraf) dat de sieraden onder protest waren afgestaan, en hield de advocaat de eigen cliënte voor dat zij door executie van de beschikking zelf afgifte van de sieraden kon bewerkstelligen. Relevant is nog dat de advocaat deze mededeling bij brief deed, terwijl de cliënte de Nederlandse taal kennelijk niet of maar beperkt machtig was. In de daaropvolgende beroepsaansprakelijkheidsprocedure beriep de advocaat zich op verjaring. Het hof verwierp dat verweer met een verwijzing naar de rechtsregel uit het arrest van 9 oktober 2020. Overwogen werd dat de cliënte uit de beschikking en berichten van de advocaat nog niet kon opmaken dat een beroepsfout was gemaakt, waarbij nog werd gerefereerd aan gedragsregel 16 lid 2, die inhoudt dat een advocaat beroepsfouten zelf actief moet melden. Wij kunnen volgen dat juist vanwege de aan de advocaat kenbare taalbarrière de feitelijke wetenschap bij de cliënte hier ontbroken heeft, terwijl de toch enigszins sussende mededeling dat afgifte van de sieraden alsnog afdwongen kon worden eveneens een rol speelde. In deze zaak zou overigens via toepassing van de derogerende werking dezelfde uitkomst eenvoudig kunnen worden bereikt. Anders gezegd, deze uitspraak vormt een vrij duidelijk geval van een situatie waarin het verjaringsverweer weinig aansprekend is en hoe dan ook beperkte kans van slagen had. Echter, hoe de kansen van het verjaringsberoep in minder (voor zich) sprekende gevallen moeten worden ingeschat, is lastig te bepalen.

12 Handreikingen voor toepassing in de (beroepsaansprakelijkheids)praktijk

Er kunnen enige buitengrenzen worden getrokken voor de beoordeling van een verjaringsverweer in beroepsaansprakelijkheidszaken. Het arrest van 9 oktober 2020 staat in het teken van beroepsaansprakelijkheidsclaims in verband met een adviesrelatie. In gevallen waarin een beroepsbeoefenaar wordt aangesproken op andere fouten dan onjuiste advisering lijkt er niet meteen aanleiding te bestaan om een aanvullend bekend-

heidscriterium (ten aanzien van het gebrek) te hanteren. Denk bijvoorbeeld aan allerhande onrechtmatige-daads-claims, zoals in de situatie dat een curator een zaak van een derde vreemdt, een deurwaarder een verkeerd pand ontruimt, of een advocaat een onnodige grievende mededeling doet over de processuele wederpartij van zijn cliënt. Ook in situaties waarin er wel een contractuele relatie bestaat tussen de beroepsbeoefenaar en de schuldeiser, maar waarin de gebrekkige prestatie niet bestaat uit onjuiste advisering of informatieverstrekking aan de cliënt, geldt volgens ons als uitgangspunt ‘gewoon’ de reguliere verjaringsregeling. Gedacht kan hier worden aan het door een advocaat laten verstrijken van een appeltermijn; de elementen ‘schade’, ‘aansprakelijke persoon’ en ‘daardoor’ (lees: de beroepsfout) zijn in dat geval meteen (her)kenbaar zodra de cliënt kennisneemt van het feit dat de beroepstermijn onbedoeld ongebruikt is verstreken.

Een relevante factor is gelegen in de herkenbaarheid en aard van het gebrek, of anders gezegd, de vraag of de cliënt zelf specialistische kennis nodig zou hebben om te begrijpen dat er aanleiding kan zijn voor het aanspreken van zijn adviseur. Dit betreft hier de factor ‘de kennis en het inzicht’ zoals door de Hoge Raad in het arrest van 9 oktober 2020 genoemd. Als voor het herkennen van de (beroeps)fout specifieke expertise benodigd is die de opdrachtgever (juist) niet zelf heeft, is te begrijpen dat van daadwerkelijke bekendheid van zijn zijde niet steeds sprake is zodra hij bekend wordt met (alleen) zijn nadeel. Anders is dat echter als de fout voor de cliënt wel degelijk redelijkerwijs (her)kenbaar is.⁴² Er is dan immers geen sprake van de situatie dat het ontbreken van kennis of inzicht maakt dat nog niet voldoende zekerheid is verkregen. Gedacht kan hier worden aan de situatie dat een advocaat een beroepstermijn laat verstrijken of in de dagvaarding een te laag bedrag vordert, of de situatie dat een notaris in de leveringsakte een verkeerd pand overdraagt. De schade en de fout zijn dan feitelijk eenvoudig te herkennen, ook voor de cliënt die geen eigen juridisch inzicht heeft (of niet is voorzien van deskundige bijstand van een ander dan de beroepsbeoefenaar die de fout heeft gemaakt). In dat soort gevallen zal wat ons betreft de verjaringstermijn ‘gewoon’ moeten aanvangen zodra de opdrachtgever feitelijk bekend wordt met nadeel dat volgt uit het gewraakte handelen. De kennis ten aanzien van het element ‘daarvoor aansprakelijke’ kan dan als uitgangspunt meteen aanwezig worden geacht bij de cliënt zelf.

41. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8976.

42. Wij menen dat bij deze beoordeling een objectivering moet plaatsvinden; het gaat dus om wat redelijkerwijs (her)kenbaar moest zijn voor een cliënt zoals de specifieke cliënt (maatman-client). Individuele kenmerken van de specifieke cliënt vullen daarbij de maatman in; als de cliënt een bedrijf is dat zelf juristen in dienst heeft, zal bij hem eerder kennis mogen worden verondersteld dan wanneer de cliënt een natuurlijk persoon is zonder enige juridische kennis.