

De tand des tijds

OVER DE INVLOED VAN TIJD OP HET BEWIJS

*M. Kremer**

1. TER INLEIDING

De term 'tijd' is afgeleid van het Griekse werkwoord 'daiesthai', hetgeen zoveel betekent als 'verdelen'. Tijd is, in het verlengde daarvan, dan ook wel op te vatten als instrument tot ordening van menselijke waarneming.¹ Deze benadering van tijd is wellicht niet de meest gebruikelijke, doch bij nader inzien is het zo eenvoudig nog niet een kernachtiger omschrijving van het begrip tijd te geven. Tijd ordent en vormt, naast ruimte, het natuurlijk interpretatiekader voor het menselijk handelen.

Tijd is ook voor het recht een belangrijk ordeningsprincipe.² Niet zozeer omdat het recht door de tijd verandert – dat is slechts het logische gevolg van de zich (steeds sneller) ontwikkelende en veranderende maatschappelijke opvattingen, waarvan het recht de uitdrukking vormt – maar vooral ook omdat het recht zelf gevolgen verbindt aan tijdsverloop.

In deze bijdrage wordt aandacht geschonken aan de vraag in hoeverre het bewijsrecht – in de meest brede zin des woords – daarbij zijn invloed doet gevoelen. Globaal uitgangspunt daarbij is de zienswijze dat de waarheidsvinding – en daarmee ook de kwaliteit van rechtspraak – in beginsel is gediend met het zo spoedig mogelijk aanhangig maken en het zo voortvarend mogelijk voeren van een procedure. De

* Mr. M. Kremer was van 1993 tot en met 1998 werkzaam als assistent in opleiding bij de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit te Groningen. Sindsdien is hij werkzaam als advocaat bij Trip Advocaten en Notarissen. In 1999 is hij gepromoveerd op het onderwerp 'Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken'.

1. Aldus ook de omschrijving van 'tijd' in *Van Dale's Groot woordenboek der Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen 1999, p. 3427.
2. Ook J.B.M. Vranken, Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht, in: *RM Themis* 5/6 (1986), Themanummer Recht en tijd, p. 416 e.v., benadrukt de betekenis van tijd als 'systematiseringsfactor'.

mogelijkheden tot (materiële) waarheidsvinding zullen immers door tijdsverloop veelal nadelig worden beïnvloed.³ Deze gedachte lag bijvoorbeeld ook ten grondslag aan de uitbreiding van de mogelijkheden tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor (artt. 214-220 Rv)⁴ en aan de invoering van de mogelijkheden tot het doen houden van een voorlopig deskundigenonderzoek en van voorlopige plaatsopneming (artt. 227-232 Rv) in het per 1 april 1988 in werking getreden nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken.⁵

2. BEWIJSBAARHEID EN VERJARING

Hoewel ook elders in deze bundel wordt ingegaan op het fenomeen van de verjaring, kan daaraan op deze plaats niet geheel worden voorbijgegaan: de raakvlakken tussen beide zijn daarvoor te omvangrijk.

Onder het oude recht was het materiële bewijsrecht tezamen met de regels omtrent de verjaring neergelegd in het vierde boek (later het vijfde) van het BW van 1838. De samenhang tussen beide zou aldus kunnen worden omschreven, dat beide soorten regels zien op de vraag

3. Vgl. J.E. Bosch-Boesjes, 'Kwaliteit', tijdigheid in civiele procedures goed geregeld, in: *Trema* 1999, nr. 10a (Special), p. 31. Zij merkt op dat vertraging kan leiden tot onjuiste beslissingen omdat bijvoorbeeld bewijsmiddelen zijn verdwenen of vernietigd. Voor het strafrecht in soortgelijke zin bijvoorbeeld A.J.A. van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering*, diss. Tilburg, Arnhem 1985, p. 51 e.v. In deze bijdrage wordt verder overigens grotendeels voorbijgegaan aan de actuele discussie rondom de (problematische) tijdigheid van rechtspraak, waaraan voormelde speciale uitgave van *Trema* geheel is gewijd. Wellicht ten overvloede zij hier nog opgemerkt dat deze voortvarendheid uiteraard weer niet zodanig moet zijn dat de mogelijkheden tot deugdelijke bewijsgaring daardoor zouden worden gefrustreerd.
4. Reeds in de 19e eeuw kende ons recht het instituut van de zogenaamde 'valetudinaire enquête'. Zie ook art. 876 Rv oud, volgens welke bepaling in een aantal gevallen getuigen konden worden gehoord reeds voordat een getuigenverhoor was bevolen. Daarvoor moest het gevaar bestaan dat getuigenbewijs verloren zou gaan, bijvoorbeeld wegens ouderdom, ziekte of een aanstaand vertrek naar het buitenland van te horen getuigen. Zie Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs*, p. 129.
5. Volgens de memorie van toelichting bestond aan deze voorzieningen vooral behoefte met betrekking tot zaken die blootstaan aan verandering of bederf. Zie *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, door G.J. Boon, onder redactie van G.R. Rutgers en R.J.C. Flach, Deventer 1988, p. 360. Op die plaats wordt eveneens aangeduid dat een en ander in het uit 1920 stammende 'Ontwerp-Gratama' was geregeld in de artikelen 306-311 onder de titel 'Bewaring van bewijs'.

of en in hoeverre aan een (beweerdelijk aanwezig) subjectief recht een vordering in rechte is verbonden. Beide soorten regels behoren tot het zogenaamde actiënrecht.⁶ Het onderscheid tussen beide valt in de onderhavige context – vrij vertaald – aldus te kenschetsen dat de verjaringsregels de duidelijkheid daaromtrent als het ware in abstracto beogen te verschaffen (zij stemmen slechts af op tijdsverloop gecombineerd met een enkel uiterlijk kenmerk), terwijl de regels van bewijsrecht deze duidelijkheid trachten te bewerkstelligen aan de hand van een waardering van alle beschikbare gegevens in het concrete geval.

Dat echter ook in de regels omtrent verjaring bewijsrechtelijke overwegingen⁷ een rol van betekenis spelen, komt op diverse plaatsen tot uiting. Zo valt te wijzen op de parlementaire behandeling van de artikelen 3:307-311 BW, waarin relatief korte verjaringstermijnen van vijf jaar zijn opgenomen terzake van de aldaar omschreven vorderingsrechten.⁸ De memorie van toelichting⁹ stelt omtrent de invoering hiervan:

‘Bij deze opzet hebben de volgende overwegingen een rol gespeeld. Enerzijds verdient een bekorting van de termijnen van extinctieve verjaring in beginsel aanbeveling. De mogelijkheid nog aangesproken te kunnen worden dwingt de schuldenaar zijn bewijsmateriaal (kwitanties, girostrookjes, bankafrekeningen, bewijsstukken van een eventuele wanprestatie of ontbinding enz.) te bewaren. Dit brengt kosten mee, die in de sfeer van bedrijf en beroep soms aanzienlijk kunnen oplopen. Ook kan het zijn dat de schuldenaar door het verstrijken van de tijd in bewijsnood raakt, omdat getuigen onvindbaar geworden zijn, hij stukken die derden onder zich hadden, niet meer kan opvragen, of ook omdat hij niet meer de mogelijkheid heeft tot nader onderzoek van hetgeen is voorgevallen.

6. Zie Pitlo/Hidma, *Bewijs en verjaring* (1981), p. 3 en *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, p. 9. De verjaringsregels zijn inmiddels neergelegd in titel 11 van boek 3 BW.
7. Het betreft strikt genomen vooral overwegingen die de *bewijsbaarheid* van feiten betreffen.
8. Voor het strafrecht kan worden verwezen naar de beschouwingen van G.J.M. Corstens, De rol van de tijdsfactor in het strafrecht, in: *RM Themis* 5/6 (1986), Themanummer Recht en tijd, p. 441- 442, die waarde toekent aan de zogenaamde ‘bewijsverzwakkingsleer’ – inhoudende dat bewijsmateriaal door tijdsverloop qua omvang en kwaliteit afneemt – als grondslag voor het instituut van de vervolgingsverjaring.
9. Zie *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3: vermogensrecht in het algemeen*, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Deventer 1990, p. 1408. Vgl. ook MvA II bij art. 3:11.12, in: *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3: vermogensrecht in het algemeen*, Deventer 1981, p. 921.

Bekorting van de verjaringstermijn stemt ook overeen met de eis van een vlot lopend rechtsverkeer, waarin schuldeisers hun vorderingen binnen redelijke tijd moeten instellen, zulks mede met het oog op de belangen van de schuldenaar en de rechtszekerheid.⁹

Soortgelijke opmerkingen gelden voor de artt. 6:89 en 7:23 BW.¹⁰ Volgens deze bepalingen kan de crediteur (de koper) geen beroep meer doen op een gebrek in de prestatie (de afgeleverde zaak), indien hij zulks niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek ontdekte of had behoren te ontdekken aan de schuldenaar (verkoper) heeft medegedeeld. De memorie van toelichting¹¹ bij art. 7:23 lid 1 BW merkt op dat deze regel – in feite betreft het een vervaltermijn – de verkoper beoogt te beschermen tegen late en *daardoor* moeilijk betwistbare klachten. In het tweede lid is vervolgens bepaald dat op dergelijke gebreken gebaseerde rechtsvorderingen verjaren door verloop van twee jaren nadat deze kennisgeving is gedaan.¹²

Ook ‘andersom’ kan het verband uiteraard worden gelegd. Illustratief daarvoor zijn de opmerkingen van Koopmann¹³ omtrent de praktische betekenis van verjaringstermijnen: ‘Lange verjaringstermijnen nopen de debiteur, op straffe van het verliezen van een eventueel na jaren tegen hem aangespannen geding, zijn bewijsmateriaal lange tijd te bewaren.’¹⁴

Wie zijn rechten wenst te bewaren doch (nog) niet te effectueren, kan zijn toevlucht nemen tot de figuur van de stuiting. De soms te

10. Art. 7:23 vormt de toepassing van de algemene regel van art. 6:89 BW op de koopovereenkomst.

11. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp Vaststelling en Invoering van titel 7.1 (koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, TK 1981, 16 979, nr. 3, p. 42.

12. Verrekening met de koop prijs daargelaten. De gedachte is dat de verkoper die na ontvangst van de klacht, zelf lang wacht met het vorderen van de koop prijs geen beroep op deze verjaring dient toe te komen.

13. H.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, diss. VU Amsterdam, Deventer 1993, p. 37.

14. De vraag rijst welke betekenis in dit verband uitgaat van wettelijke bewaartermijnen als bijvoorbeeld die van art. 7:454 lid 3 BW, waarin staat aangeduid dat hulpverleners het medisch dossier gedurende tien jaren – ‘of zoveel langer als redelijkerwijs uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit’ – dienen te bewaren. Hier kunnen tal van bewijsrechtelijke complicaties ontstaan indien de schade pas in een later stadium kenbaar wordt en de verjaringstermijn nog niet is verstreken (vgl. art. 3:310 BW, volgens welke rechtsvorderingen tot vergoeding van schade verjaren door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde met zowel de schade als de aansprakelijke persoon bekend is geworden, doch in ieder geval door verloop van twintig jaren (!) na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt).

knellende band van de verjaring kan daarmee desgewenst worden veruimd. Dat ook daarbij een nauwe relatie met het bewijs bestaat, kwam duidelijk naar voren in het arrest van HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244, waarin aan de orde was de vraag of een gespreksnotitie kon worden aangemerkt als 'een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt' in de zin van art. 3:317 BW. De Hoge Raad oordeelde dat deze bewoordingen moesten worden begrepen in het licht van de strekking van dergelijke stuitingshandelingen,¹⁵ inhoudende een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar dat deze er 'ook na het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingesteld vordering behoorlijk kan verweren'.

Het komt op het eerste gezicht tamelijk vanzelfsprekend voor dat, gelet op voornoemde functie van de verjaring, tijdsverloop in het kader van het bewijsrecht niet veel gewicht kan toekomen, althans niet in formeel opzicht. Gesteld zou immers kunnen worden dat het debat omtrent de feiten, waarvan de vaststelling van belang is voor het bestaan of de totstandkoming van subjectieve rechten, *na* het verstrijken van de magische verjaringsgrens van nul en generlei betekenis is geworden, terwijl dat debat *daarvoor* juist steeds in volle omvang mag worden gevoerd.¹⁶ Het niet onderschrijven hiervan lijkt in zekere zin neer te komen op de aanvaarding van vormen van buitenwettelijke

15. Onder verwijzing naar *Parlementaire Geschiedenis Boek 3, Inv. 3, 5 en 6*, p. 1408.

16. In deze zin bijvoorbeeld ook reeds F.G. Scheltema, *Nederlandsch Burgerlijk Bewijsrecht*, Zwolle 1940, p. 43. Op die plaats bespreekt hij de mogelijkheid dat de rechter op grond van het bewezen zijn van zekere feiten door middel van vermoedensbewijs kan concluderen tot het vaststaan van ontstaansfeiten die op hun beurt zijn vereist voor de aanvaarding van het bestaan van een subjectief recht middels verkrijgende verjaring. Hij merkt daarover op dat deze constructie 'met groote bedachtzaamheid' moet worden toegepast en voegt daaraan in een noot toe: 'Het is duidelijk, dat omgekeerd juist het bestaan van de regeling van de verkrijgende verjaring tegen de mogelijkheid pleit, op grond van b.v. het bewijs van gedurende langen tijd uitgeoefende bezitsdaden tot het bestaan van een subjectief eigendomsrecht te concluderen, wanneer de bewezen feiten *niet* voldoende zijn, om tot verkrijging door middel van verjaring te concluderen: waartoe immers zou de wet nauwkeurig de voor verkrijgende verjaring noodige, feiten hebben verneld, wanneer ook door het bewijs van een kleiner quantum feiten het recht als bestaande zou mogen worden beschouwd!'

verjaring die de primaire strekking daarvan – verscaffing van rechtszekerheid – juist weer teniet zouden doen.

3. RECHTSVERWERKING DOOR (TENGEVOLGE VAN TIJDSVERLOOP ONTSTAAN) BEWIJSNADEEL

Dat echter, ook wanneer verval- of verjaringstermijnen nog niet zijn verstreken, overwegingen van bewijsrechtelijke aard ertoe kunnen leiden dat vorderingsrechten niet meer geëffectueerd kunnen worden, blijkt onder meer uit het bestaan van de figuur van de rechtsverwerking.

De rechtsverwerking is te zien als een bijzondere toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW. Ook ten aanzien van rechtsverwerking wordt veelal naar voren gebracht dat er belangrijke raakvlakken bestaan met regels omtrent verjaring en verval. Valk¹⁷ stelt dat zowel verjaring als rechtsverwerking beogen de wederpartij te beschermen tegen ‘onaangename verrassingen’ en ‘bewijsnood’ en Tjittes¹⁸ omschrijft het verband aldus dat beide zijn aan te merken als sanctie op inactief gedrag. Het onderscheid tussen beide bestaat er vooral uit dat verjaring en verval intreden door louter tijdsverloop, terwijl voor rechtsverwerking bijkomende omstandigheden zijn vereist. Volgens de literatuur en ook vaste rechtspraak is *enkel* tijdsverloop dan ook voor rechtsverwerking in beginsel niet voldoende.¹⁹

In de literatuur worden in de regel diverse categorieën van rechtsverwerking onderscheiden, waarvan de meest relevante in deze context is de categorie waarin rechtsverwerking wordt aangenomen op grond van het feit dat de schuldeiser door zijn handelen (waarvan ‘stil-

17. W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, diss. R.U. Leiden, Serie recht en praktijk 70, Deventer 1993, p. 77.

18. R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking*, Monografieën Nieuw BW, Deventer 1992, nr. 6.

19. Vgl. Asser-Hartkamp II, *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer 1997, nr. 321, waar wordt verwezen naar de uitspraken van HR 18 februari 1991, *NJ* 1991, 272 en HR 7 juni 1991, *NJ* 1991, 708. Zie bijvoorbeeld ook HR 24 september 1999, *NJ* 1999, 755. Overigens is (langdurig) tijdsverloop als zodanig niet per se vereist voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking. Rechtsverwerking is het gevolg van gedragingen – en daarvan is ‘stilzitten’ (met bijkomende omstandigheden) er slechts één – die zodanig van aard zijn, dat deswege een later beroep van de rechthebbende op hem toekomende bevoegdheden in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Vgl. Tjittes, a.w., p. 4.

zitten' veelal onderdeel uitmaakt) zijn wederpartij in een zodanig nadelige bewijspositie heeft gebracht dat hem daarom geen beroep op zijn bevoegdheden meer dient toe te komen.²⁰ Daartoe volstaat dan (uiteraard) als zodanig weer niet de enkele omstandigheid dat hij reeds langere tijd over bepaald bewijsmateriaal kan beschikken. Dit komt met zoveel woorden tot uiting in het arrest van HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317 (*Schotanus/Bedrijfsvereniging*):

'De enkele omstandigheid dat de Bedrijfsvereniging, die reeds jarenlang over belangrijk bewijsmateriaal beschikte, pas ruim zeven jaar na het ongeval heeft gedagvaard, brengt niet mee dat zij zich niet te goeder trouw op dat bewijsmateriaal kon beroepen. Geen rechtsregel – met name niet de eisen van een goede procesorde – verzette er zich tegen dat het hof zijn beslissing op dit bewijsmateriaal baseerde.'

Een klassiek geval van rechtsverwerking op grond van door tijdsverloop ontstaan bewijsnadeel is het *Pekingenden*-arrest van HR 15 maart 1968, *NJ* 1968, 251. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat eendenfokker/verkoper Oldenhove van exporteur/koper Calot niet achteraf betaling kon vorderen van de door Calot vanwege kwaliteitsgebreken toegepaste (bij overeenkomst bedongen) kortingen op de koopprijs voor zover Oldenhove had nagelaten daartegen tijdig te protesteren.²¹ Oldenhove diende, in de woorden van het hof, indien hij

'... zich niet bij de door Calot toegepaste kortingen wilde neerleggen, telkens zo spoedig mogelijk na ontvangst van die kennisgevingen Calot van zijn bezwaren op de hoogte [...] te brengen, teneinde Calot gelegenheid te geven tijdig de kwaliteit van het geleverde zodanig te doen vaststellen, dat hij in een eventueel geding bewijs of tegenbewijs zou kunnen leveren.'²²

20. Tjittes, a.w., nr. 19 en Valk, a.w., p. 68-69. Een beroep op rechtsverwerking komt de gedaagde niet toe voor zover de problemen bij de bewijslevering voortvloeien uit zijn eigen gedragingen. Aldus bijvoorbeeld HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 241, waarin de werkgever had nagelaten om, in strijd met de op hem rustende verplichtingen uit de Arbeidsomstandighedenwet, het ongeval van de werknemer te melden bij de Arbeidsinspectie. Voor een vergelijkbaar geval, zie HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45.
21. De eerder besproken bepalingen van art. 6:89 en 7:23 BW vormen voor een belangrijk deel de neerslag van deze en vergelijkbare jurisprudentie. Deze bepalingen worden door Tjittes, a.w., nr. 14, omschreven als 'wettelijke rechtsverwerkingstermijnen'. Volgens hem zijn het geen strikte vervaltermijnen, omdat – anders dan bij rechtsverwerking – de gedragingen van partijen bij vervaltermijnen in beginsel juist irrelevant zijn.
22. Om diezelfde reden werd van Calot verwacht dat hij, onder deugdelijke opgaaf van redenen, Oldenhove onmiddellijk na (elke) levering van de eventueel toegepaste

Hoe belangrijk het overigens is dergelijk bewijsnadeel te concretiseren blijkt uit het hiervoor vermelde arrest uit 1986 (*Schotanus/Bedrijfsvereniging*). Het middelonderdeel volgens welke de Bedrijfsvereniging, door jaren stil te zitten, het voor Schotanus moeilijk had gemaakt zijnerzijds (tegen-)bewijs te leveren, werd daarin door de Hoge Raad verworpen vanwege het feit dat door hem in feitelijke aanleg geen concrete feiten en omstandigheden waren gesteld waaruit dit zou kunnen worden afgeleid.²³ Soortgelijks komt naar voren uit de uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof voor de Nederlandse Antillen en Aruba van 22 september 1998, *NJ* 1999, 28 (*Astec/Barcadera*), waarin het beroep op rechtsverwerking wordt verworpen met de overweging dat Astec weliswaar heeft gesteld in een nadeliger positie te verkeren doordat Barcadera eerst na drie en een half jaar terugbetaling van door haar onverschuldigde betalingen heeft gevorderd en Astec niet meer exact kan vaststellen welk bedrag zij op grond daarvan teveel heeft afgerekend met een derde (de Aruba Ports Authority) jegens wie door Astec bovendien nooit enig voorbehoud is gemaakt, maar *niet* heeft gesteld daardoor in een *onmogelijke positie* jegens APA te verkeren bewijs te kunnen leveren van het teveel betaalde.

Meer recente voorbeelden van rechtsverwerking op grond van (mede) door tijdsverloop ontstaan nadeel in bewijspositie zijn HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 153 (*Derksen/Hoffmans*) en HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 544 (*Beelen/ACN en Joldersma*).

In de eerste zaak was aan de orde de vraag of Derksen, slachtoffer van een verkeersongeval – ten tijde van het ongeval zelf nog slechts 4 jaar oud – haar rechten had verwerkt door pas bijna 30 jaar na dato (vier dagen voor het einde van de verjaringstermijn) bromfietser Hoffmans als dader voor de gevolgen daarvan aan te spreken. Rechtsverwerking werd in deze zaak aangenomen, onder meer vanwege de

kortingen op de hoogte stelde.

23. Door enigszins ongelukkig procederen strandt ook de klacht die zich richt tegen 's Hof's overweging dat, in gevallen waarin bewijslevering door getuigen is aangewezen, tijdsverloop weliswaar voor beide partijen een procesrisico meebrengt, maar dat dit in de eerste plaats werkt ten nadele van de eisende partij vanwege het feit dat deze in beginsel de bewijslast ten aanzien van de grondslag van haar vordering draagt. Volgens de Hoge Raad beoogde het Hof hiermee kennelijk slechts in te gaan op de in cassatie niet meer opgeworpen klacht dat het instellen van een rechtsvordering na zo lange tijd in strijd komt met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid).

door dit tijdsverloop aanmerkelijk verslechterde bewijspositie van de dader. Dit betrof zowel het bewijsnadeel ten aanzien van het ongeval zelf – volgens Hoffmans waren er geen personen meer bij de politie en de marechaussee meer die daarover iets zouden kunnen verklaren – als ten aanzien van diens regres op zijn toenmalige WA-verzekeraar, welke volgens Hoffmans niet meer kon worden achterhaald.

In de tweede zaak werden ACN en Joldersma door het echtpaar Beelen eerst veertien jaren na het hen overkomen ongeval in rechte aangesproken voor de restschade die niet door de WAM-verzekeraar van Joldersma was vergoed (de maximumdekking was 1 miljoen gulden). Rechtsverwerking werd in deze zaak gebaseerd op (onder meer) de omstandigheid dat het echtpaar Beelen in de tussenliggende tijd,²⁴ buiten het gezichtsveld en de controlemogelijkheden van ACN en Joldersma om, een veelheid van bewijsmateriaal bijeen had doen brengen waardoor – volgens het hof – ACN en Joldersma ‘onmiskienbaar in een bewijsrechtelijke achterstandsituatie zijn geraakt’.

Bij dit alles dient overigens de vraag te worden gesteld wat de betekenis is van een en ander in het licht van de aanname dat – zie de inleiding van deze bijdrage – tijdsverloop in de regel hoe dan ook tot verzwakking van bewijsposities zal leiden. Wanneer bewijsverzwakking inherent is aan tijdsverloop zou rechtsverwerking op deze grond qua resultaat immers de facto veelal toch weer neerkomen op inkorting van verjaringstermijnen. Om die reden lijkt het dan ook niet onverdedigbaar om voor rechtsverwerking te eisen dat *naast* bewijsnadeel nog bijkomende omstandigheden zijn vereist die deze sanctie mede rechtvaardigen. Daarbij valt met name te denken aan de aanwezigheid van de andere grondslag waarop literatuur en rechtspraak rechtsverwerking baseren: het door de schuldeiser opgewekte en te rechtvaardigen vertrouwen dat een recht niet (meer) bestaat, dan wel dat hij zich daarop niet (meer) zal beroepen.²⁵

24. In het kader van de afwikkeling van de schade met de WAM-verzekeraar van Joldersma, had eveneens een gerechtelijke procedure plaatsgevonden. In dat verband had het echtpaar bijvoorbeeld reeds jaren de beschikking over een rapport van schadebureau Pals.

25. Valk, a.w., p. 19 e.v. en Tjittes, a.w., nr. 19. Valk (p. 77 e.v. en p. 172) ziet overigens ook enige ruimte voor rechtsverwerking op grond van enkel tijdsverloop voor zover het ontbreken van een – in verband met de betrokken belangen aangewezen – bijzondere (korte) verjaringstermijn het duidelijke gevolg is van falen van de wetgever.

In de richting van bijkomende omstandigheden gaat ook het gememoreerde arrest inzake *Schotanus/Bedrijfsvereniging* uit 1986, terwijl ook de uitspraak in *Beelen/ACN en Joldersma* wel enige steun aan deze gedachte biedt.²⁶ Ook in de andere in deze bijdrage behandelde uitspraken zijn naast bewijsnadeel veelal bijkomende omstandigheden aanwezig waarop het oordeel van de feitenrechter, dat er sprake is van rechtsverwerking, mede is gegrond. Onjuist lijkt echter, zoals de opsteller van het cassatiemiddel in de zaak *Beelen/ACN en Joldersma*,²⁷ de eis van bijkomende omstandigheden onverkort af te leiden uit het arrest van HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708 (*Bankmanager*). Daarin oordeelde de Hoge Raad slechts dat het in het algemeen niet juist is dat van rechtsverwerking alleen sprake kan zijn indien de schuldenaar door de houding van de schuldeiser in een nadelige positie is komen te verkeren. Dit nadeel dient volgens de Hoge Raad wel met de andere omstandigheden te worden meegewogen.²⁸

4. DE INVLOED VAN TIJDSVERLOOP OP STELPLICHT EN BEWIJSLASTVERDELING

Door Tjittes²⁹ is betoogd dat (volledige) rechtsverwerking onder omstandigheden een te ver gaande sanctie kan zijn op het stilzitten van de schuldeiser. De sanctie op stilzitten dient – mede gelet op de grondslag van rechtsverwerking (de redelijkheid en billijkheid) – in een juiste verhouding te staan tot de daardoor voor de wederpartij ontstane, concrete gevolgen. Zijn gedachten gaan daarbij vooral uit naar gevolgen ‘in de sfeer van de *stelplicht en de bewijslastverdeling*’. Deze zienswijze is bijvoorbeeld ook terug te vinden bij Scholten,³⁰ die terloops opmerkt dat het wellicht beter ware hierbij niet van rechtsverwerking

26. In r.o. 3.3.4 en 3.3.5 oordeelde de Hoge Raad, kennelijk mede als reactie op een beroep op de regel uit *Schotanus/Bedrijfsvereniging*, dat het Hof geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de honorering van het beroep op rechtsverwerking vooral betekenis toe te hebben gekend aan het ontstane nadeel voor wat betreft de bewijspositie, maar daarnaast ook aan het feit dat ACN en Joldersma de mogelijkheid was ontnomen om op de financiële gevolgen van de verschuldigde schadevergoeding te anticiperen.

27. Zie de toelichting op middelonderdeel A onder (4) daarvan.

28. Zoals Valk, a.w., p. 145 e.v., opmerkt, is dit criterium inderdaad ‘rijkelijk vaag’.

29. Tjittes, a.w., nr. 22.

30. Zie zijn noot onder het *Pekingenden*-arrest.

te spreken. Ook bijvoorbeeld Smits³¹ meent dat, vanuit het perspectief van art. 6 EVRM, omkering van de bewijslast geïndiceerd kan zijn in gevallen waarin een procespartij door vertragingen van zijn wederpartij in bewijsnood is geraakt. Door Valk³² wordt weliswaar betwist dat ook dergelijke rechtsgevolgen kunnen zijn aangewezen, doch hij doet zulks niet op geheel overtuigende wijze, namelijk toegespitst op een situatie waarin het leveren van tegenbewijs illusoir was geworden, doordat de zaken waarvan het gebrek moest worden aangetoond, inmiddels niet meer voor onderzoek beschikbaar waren.

Ook in de rechtspraak heeft een en ander enige ingang gevonden. Naast de door Valk³³ aangeduide uitspraken waarin een beroep op rechtsverwerking werd afgewezen op grond van de omstandigheid dat de bewijslast toch reeds volledig op de rechthebbende rustte en de door hem eveneens vermelde uitspraak van Rb Maastricht 22 april 1954, *NJ* 1955, 214, valt bijvoorbeeld te wijzen op HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (*Lekkende kruik II*) en het eveneens reeds besproken arrest inzake *Derksen/Hoffmans* (HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 153).

In de zaak die leidde tot het bekende arrest uit 1993 stelde het slachtoffer 24 jaar na dato de (werkgeefster van de) kraamverzorgster aansprakelijk op grond van het feit dat zij gebruik had gemaakt van een ander type kruik dan volgens de instructies was voorgeschreven en waardoor zij zeer ernstige brandwonden had opgelopen. De Hoge Raad was van oordeel dat het lange tijdsverloop niet kon wettigen dat de werkgeefster niet meer gehouden zou zijn om te stellen en zonodig te bewijzen dat daarvoor destijds klemmende redenen hadden bestaan en dat daarbij destijds alle redelijkerwijs te nemen voorzorgsmaatregelen in acht waren genomen, doch voegde daaraan toe:

‘Wèl valt na verwijzing met deze omstandigheid rekening te houden bij de beoordeling van de vraag in hoeverre de Stichting aan haar uit het voorgaande voortvloeiende stelplicht en bewijslast heeft voldaan.’

In *Derksen/Hoffmans* had het hof, in het kader van zijn honorering van

31. P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Zwolle 1996, p. 239.

32. Valk, a.w., p. 68-69.

33. Valk, a.w., p. 68-69, onder verwijzing naar Hof Amsterdam 24 mei 1984 (kenbaar uit HR 28 februari 1986, *NJ* 1986, 402) en Hof Leeuwarden 10 oktober 1984 (kenbaar uit HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 317).

het beroep op rechtsverwerking, onder meer betekenis toegekend aan de omstandigheid dat ‘ook bewijsmateriaal hoegenaamd niet meer te achterhalen is’. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel betoogde dat deze overweging was gebaseerd op een (niet toegestane)³⁴ prognose omtrent het resultaat van eventuele bewijslevering. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof kennelijk (en blijkbaar terecht) heeft gemeend dat het – na gehouden comparitie³⁵ – op de weg van Derksen had gelegen om na te gaan of er inderdaad nog personen waren die iets over het ongeval konden verklaren en het hof ook vrijstond rechtsverwerking aan de zijde van Derksen mede te baseren op het feit dat zij niet in staat is geweest meer concrete gegevens aan te dragen. Evenmin onjuist of onbegrijpelijk achtte de Hoge Raad dat het hof in dit verband geen betekenis had gehecht aan de beschikbaarheid van Derksens moeder als getuige, zulks *omdat het ging om de bewijspositie van Hoffmans* en Hoffmans zijn beroep op bewijsnood in het bijzonder had gebaseerd op de stelling dat er door het tijdsverloop geen personen meer bij de marechaussee of de politie aanwezig waren die over het ongeval zouden kunnen verklaren (bedenk daarbij dat de bewijslast – van overmacht – op grond van de jurisprudentie bij destijds art. 31 WvW in beginsel bij Hoffmans rustte).³⁶

34. Zie HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 508. Zie in dit verband ook HR 13 februari 1998, *NJ* 1999, 560 waarin een whiplashslachtoffer 18 jaar na het ongeval een vordering tot schadevergoeding instelt tegen de psycholoog die destijds zijn trauma niet zou hebben onderkend. De Hoge Raad geeft aan dat bij de beslissing om niet *ambtshalve* een getuigenverhoor te bevelen, wel betekenis mag worden toegekend aan de prognose omtrent het resultaat daarvan.

35. Ter gelegenheid van de comparitie had Derksen verklaard dat haar moeder nog leefde en eventueel zou kunnen getuigen en dat ook een politieagent, van wie de naam bekend was, iets van het ongeval zou kunnen weten, maar dat zijn woonplaats nog niet was achterhaald.

36. Interessant, doch in verband met de beoogde omvang van deze bijdrage niet voor uitgebreide beschouwingen in aanmerking komend, is de problematiek van de zogenaamde ‘terugwerkende kracht’ van rechterlijke uitspraken. De daarmee verbonden vraag is die naar de invloed van rechterlijke uitspraken op de bewijspositie(s) van partijen in situaties waarin, op grond van gewijzigde inzichten in de jurisprudentie, achteraf blijkt dat het recht anders luidt of de stelplicht en bewijslast anders zijn komen te liggen dan ten tijde van de relevante gebeurtenis het geval was. Aannemelijk is dat in dergelijke gevallen in de regel wel geen sprake zal zijn van enig door de wederpartij opgewekt vertrouwen. Zie omtrent de problematiek onder meer W. Alexander, *Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken*, in: *RM Themis* 5/6 (1986), Themanummer Recht en tijd,

Blijkt uit het voorgaande dat 'bij de waardering van bewijslast en bewijs'³⁷ in aanmerking kan worden genomen dat een lange tijdsduur is verstreken en dat daarvan met name ook ten aanzien van de stelplicht invloed kan uitgaan,³⁸ in hoeverre omkering van de bewijslast als rechtsgevolg in aanmerking kan komen blijkt hieruit niet zonneklaar. Omkering van bewijslast tengevolge van het laten verstrijken van een lange tijdsduur is weliswaar, mede geredeneerd vanuit het feit dat dit minder verstrekkend is dan rechtsverwerking, heel wel verdedigbaar, doch daarbij dient bedacht dat het om andere redenen weer minder voor de hand ligt. Het zal immers vanuit de aard der zaak veelal de gedaagde zijn die zich op rechtsverwerking beroept vanwege de lange tijdsduur die eiser heeft laten verstrijken om zijn aanspraken te effectueren. Omkering van de bewijslast ligt in dergelijke gevallen niet voor de hand, omdat het juist veelal reeds de eiser zal zijn op wie conform de hoofdregel van art. 177 Rv de bewijslast rust.³⁹ Wanneer dit rechtsgevolg in beginsel wel in aanmerking lijkt te kunnen komen, lijkt het slechts zinvol en aangewezen dit te reserveren voor gevallen waarin die bewijislevering, alsmede het leveren van tegenbewijs, feitelijk niet op al te grote bezwaren stuit. Veel ruimte lijkt daarvoor niet te bestaan, omdat in dergelijke situaties natuurlijk onmiddellijk de vraag

p. 492-502 en – recent – O.A. Haazen, Terugwerkende kracht in beweging?, *WPNR* 98/6337, p. 748-749.

37. Aldus A-G Bloembergen in zijn conclusie (onder 5.2 daarvan) bij HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720.
38. Zie ook de beschouwingen omtrent de stelplicht hiervoor. Ook valt te wijzen op de uitspraak van HR 26 september 1997, *NJ* 1998, 20 waarin een whiplashslachtoffer pas na geruime tijd een vordering in rechte instelt en de Hoge Raad oordeelde dat het hof hem terecht niet had toegelaten tot het bewijs van zijn stelling dat hij zijn bezwaren handhaafde en wilde vervolgen (als grief tegen het door de rechtbank gehonoreerde beroep op rechtsverwerking) nu hij daartoe niet zodanige feiten en omstandigheden had gesteld dat, zouden deze komen vast te staan, het beroep op rechtsverwerking deswege geen doel zou kunnen treffen. Zie eveneens HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 508, waarin werd geoordeeld dat een whiplashslachtoffer – na 18 jaren – een te weinig gespecificeerd bewijsaanbod had gedaan om hem toe te laten tot het bewijs van zijn stelling dat de handelwijze c.q. rapportage van de toenmalige psycholoog niet voldoet aan de eisen die daaraan konden worden gesteld.
39. Onder omstandigheden kan dit uiteraard anders zijn en zou, in gevallen waarin volgens de regels van bewijsrecht de bewijslast op gedaagde zou rusten (denk aan het beroep op een rechtvaardigingsgrond), bewijslastomkering uitkomst kunnen bieden.

rijst op grond waarvan bewijslastverdeling dan eigenlijk is aangewezen.⁴⁰

5. TEN SLOTTE: DE INVLOED VAN TIJDSVERLOOP OP DE BEWIJSWAARDERING

Een laatste te bespreken onderwerp is de vraag naar de invloed van tijdsverloop op de bewijswaardering. Vooropgesteld dient te worden dat van enige 'formele' invloed op de bewijswaardering geen sprake lijkt te kunnen zijn: de rechter is immers in beginsel vrij om bij de bewijswaardering met alle omstandigheden rekening te houden.⁴¹ Dit laat onverlet dat in de praktijk de feitelijke invloed van tijdsverloop uiteraard beduidend kan zijn. Daarbij zal echter waarschijnlijk de aard van het betreffende bewijsmiddel een prominente rol toekomen en zal aan de factor tijdsverloop door de rechter met name bij getuigenbewijs betekenis worden gehecht. Die betekenis zal veelal geen andere kunnen zijn dan die dat de betrouwbaarheid van afgelegde verklaringen door tijdsverloop heeft ingeboet. In mindere mate zal dit ook kunnen gelden voor gerechtelijke plaatsopnemingen e.d. en deskundigenberichten welke na langere tijd hebben plaatsgevonden. In feite betreedt men hier echter het terrein van de (rechts)psychologie.⁴² Bij dit alles zal wederom als regel moeten worden aangenomen dat de (on)betrouwbaarheid van te leveren bewijs vanwege het verstreken tijdsverloop niet bij voorbaat redengevend mag zijn om het bewijsaanbod te passeren. Dit werd door de Hoge Raad met zoveel woorden beslist in bijvoorbeeld zijn uitspraken van HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 608 en HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 666. De laatste zaak betrof een kort geding ingesteld door een slachtoffer van incest, waarbij aan

40. Een en ander laat uiteraard onverlet dat de rechter, bijvoorbeeld door 'vermoedensbewijs', de bewijslast 'omkeert' middels de redenering dat de juistheid van bepaalde stellingen op voorhand aannemelijk wordt geacht. Van omkering van bewijslast is in dergelijke gevallen strikt genomen echter geen enkele sprake. In HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 85 oordeelde de Hoge Raad overigens dat bewijsnood op zichzelf onvoldoende grond biedt voor omkering van de bewijslast.

41. Dit vormde ook het uitgangspunt bij het nieuwe artikel 179 Rv.

42. Zie hierover bijvoorbeeld W.A. Wagenaar, *Het herkennen van Iwan, De identificatie van de dader door ooggetuigen van een misdrijf*, Amsterdam/Lisse 1989. Zie voor (strafrechtelijke) rechtspraak bijvoorbeeld HR 17 maart 1998, *NJ* 1998, 798 (verklaringen afgelegd onder hypnose) en Rb Maastricht 20 mei 1983, *NJ* 1983, 624 (herinneringen aan oorlogsmisdrijven ten tijde van WO II).

de Hoge Raad de vraag werd voorgelegd of het hof (in kort geding) had mogen oordelen dat – nu behalve de verklaring van het slachtoffer slechts rapporten van behandelaars en deskundigen beschikbaar waren die louter berustten op uitlatingen van haar zelf – reeds daardoor voorshands aannemelijk was dat de bodemrechter niet tot de vaststelling van misbruik zou geraken.⁴³ Volgens de Hoge Raad was het hier-
tegen gerichte cassatiemiddel terecht opgeworpen.

43. Het tijdsverloop speelt in zoverre een rol, aldus ook het cassatiemiddel, dat ander ondersteunend bewijs daardoor in incestzaken veelal zal ontbreken.