

ANNOTATIE

Toelaatbaarheid van geluidsopnamen

mr. A. Schaberg

Annotatie bij College van Beroep (tweede aanleg), 08-03-2021, B-2020-1 (MTR-2021-0010)

Toelaatbaarheid van geluidsopnamen

Klager ging in hoger beroep (**B-2020-1**) van een uitspraak van de Tuchtcommissie waarin al zijn klachten werden afgewezen. Het draaide om een arbeidsrechtelijke kwestie.[1] Hoewel hij uiteindelijk wel door hem gemaakte geluidsopnamen als bewijs mocht inbrengen, hielp dat klager niet om zijn klachten kracht bij te zetten. Die werden desondanks ook in hoger beroep afgewezen.

Volgens klager zou hij zijn baan kwijtraken als de mediation niet zou slagen. Daarom vond hij dat er tijdens de mediation sprake was geweest van een ongelijkwaardige verhouding. Dat rekende hij de mediator aan. Verder had klager tijdens het tweede mediationgesprek aangegeven dat hij geen vertrouwen meer had in de mediator. Hij verweet de mediator daarom ook de mediation toch te hebben doorgezet nadat zijn werkgever zou hebben aangegeven dat beëindiging van de mediation zou betekenen dat klager niet meer op zijn afdeling kon werken. Bovendien verweet klager de mediator dat zij de mediation toen zou hebben omgezet naar een communicatie coaching traject. Ook zou de mediator zich volgens klager meer de belangen van zijn werkgever dan die van klager hebben aangetrokken. Zij zou tot slot erg sturend zijn geweest. Om zijn standpunten kracht bij te zetten wilde klager heimelijk door hem gemaakte geluidsopnamen van het tweede en derde mediationgesprek als bewijs in het geding brengen.

Omdat zij zich zonder de geluidsopnamen te beluisteren voldoende ingelicht achtte om tot een oordeel over de zaak te komen, zag de Tuchtcommissie geen aanleiding om die als bewijs

te aanvaarden. Wel ging zij op verzoek van de mediator uitvoerig in op de toelaatbaarheid van geluidsopnamen als bewijsmiddel. De Tuchtcommissie verwees in dit verband naar een eerdere uitspraak waarin zij overwoog dat het weliswaar van fatsoen getuigt om de deelnemers aan de mediation vooraf te informeren over het voornemen om de gesprekken op te nemen, maar dat dat niet per definitie betekent dat geluidsopnamen aan het gebruik als bewijsmiddel in de weg staat, als die toch heimelijk worden gemaakt.[2]

In deze zaak lag de situatie nog iets anders. In de tussen partijen gesloten mediationovereenkomst was namelijk expliciet opgenomen dat het maken van geluidsopnamen niet was toegestaan. Maar dat maakt de zaak voor de Tuchtcommissie niet anders, een dergelijk verbod staat volgens haar in beginsel ook niet in de weg aan de bewijskracht van desondanks gemaakte geluidsopnamen. Om de motivering van haar oordeel kracht bij te zetten verwees de Tuchtcommissie naar het MfN-Mediationreglement, waarin het verbod van het maken van geluidsopnamen niet was opgenomen. Die redenering zou volgens mij a contrario betekenen dat, als dat wel het geval was, desondanks toch gemaakte geluidsopnamen geen bewijskracht zouden hebben. Ik schreef daarover in mijn annotatie bij de uitspraak dat ik dat een opmerkelijke redenering vond. Want evenals de mediationovereenkomst, heeft het MfN-Mediationreglement dat daarvan onderdeel uitmaakt, dezelfde civielrechtelijke werking als de mediationovereenkomst zelf. Er is wel meer niet geregeld in het MfN-Mediationreglement waarover wel afzonderlijke afspraken in de mediationovereenkomst worden gemaakt. En andersom.

Het mag niet onvermeld blijven dat de mediator volgens de Tuchtcommissie terecht bezwaar had gemaakt tegen het voorlezen van delen uit de transcriptie van de geluidsopnamen, omdat het voor de mediator niet mogelijk is om te controleren of de transcriptie juist is.

Het College van Beroep deed eerst een tussenuitspraak over de toelaatbaarheid van de geluidsopnamen. Het College van Beroep kon zich verenigen met de motivering van de Tuchtcommissie daarover, en herhaalde dat het enkele feit dat geluidsopnamen heimelijk zijn gemaakt niet betekent dat de opnamen niet als bewijsmiddel toelaatbaar zijn. Maar het College van Beroep overwoog dat dit onder bijkomende omstandigheden anders zou kunnen zijn. *“Daarbij kan van belang zijn dat ... sprake is van een door klager zelf geaccepteerde beperking, die kennelijk eerst mondeling is besproken en overeengekomen en die in de mediationovereenkomst is vastgelegd”*, aldus het College van Beroep. Daarvan was in deze zaak toch sprake, zou je zeggen. Het College van Beroep verwees zelfs expliciet naar de in artikel 4.2 opgenomen ‘beperking’.

Maar toch volgde het College van Beroep de Tuchtcommissie dat de geluidsopnamen ondanks deze beperking in deze zaak als bewijs mochten dienen. Het College van Beroep overwoog dat

het doel van het in de mediationovereenkomst opgenomen verbod om geluidsopnamen te maken duidelijk is, namelijk “*dat partijen in de mediation over en weer een extra zekerheid hebben dat de vertrouwelijkheid van de gesprekken niet zal worden geschonden.*” Maar kennelijk geldt dat niet voor de vertrouwelijkheid in een tuchtzaak, want overwoog het College Beroep vervolgens: “*Zoals de Tuchtcommissie met juistheid heeft overwogen behoeft in een tuchtzaak de geheimhouding niet te worden gewaarborgd. Het belang van de waarheidsvinding in het kader van een tuchtrechtelijke toetsing van het handelen en/of nalaten van een mediator weegt dan zwaarder*”, aldus het College van Beroep (onderstrepingen AS). Omdat in tuchtzaken de geheimhouding niet hoeft te worden gewaarborgd, lijkt het College van Beroep voor tuchtzaken dus een ander criterium voor *fair trial* te hanteren dan voor ‘normale’ zaken.[3]

Maar ik hoop dat we er wel vanuit mogen gaan dat het beginsel van *fair trial* afgewogen tegen het belang van de waarheidsvinding ook in tuchtrechtelijke zaken een belangrijke rol speelt, zij het dat het belang van de waarheidsvinding dan kennelijk meer gewicht in de spreekwoordelijke weegschaal legt. Toch mis ik in de uitspraak van het College van Beroep dat aan dat beginsel van *fair trial* ook in tuchtrechtelijke zaken gewicht moet worden gegeven. Sterker, met deze uitspraak in de hand lijkt het dat onbehoorlijk gedrag wordt beloond en dat hoegenaamd iedere vorm van onrechtmatig verkregen bewijs in een tuchtrechtelijke procedure tegen de mediator gewoon meegewogen kan worden. Dat kan niet de bedoeling zijn.[4] Maar vanuit meer opportunistisch perspectief begrijp ik wel dat ook de vraag meespeelt waarom een mediator zich met hand en tand zou verzetten tegen gebruikmaking van het overleggen van heimelijk gemaakte bandopnamen. Heeft de mediator dan inderdaad iets te verbergen? En dat het probleem van de zogeheten bewijsnood ook een rol speelt: welk bewijs kan een klager anders inbrengen dan zijn woord tegen dat van de mediator?

Overigens blijft met de uitspraak van het College van Beroep ook onduidelijkheid bestaan over het bewijsrechtelijke verschil van het opnemen van een verbod geluidsopnamen te maken in de mediationovereenkomst of ook in het, mogelijk op dat punt, te wijzigen MfN-Mediationreglement.

Voordat ik zal ingaan op het verdere verloop van de zaak, wijs ik nog op twee punten die in het kader van ongeoorloofde geluidsopnamen ook voor de praktijk van belang kunnen zijn. In de eerste plaats dat de mediator in principe op goede gronden de mediation kan beëindigen op het moment dat hij vaststelt dat in strijd met daarover gemaakte afspraken toch geluidsopnamen zijn gemaakt. Daarmee handelt hij niet in strijd met de partijautonomie van partijen of met enige andere Gedragsregel.[5] Ik denk overigens dat daarbij, afgezien van het eigen belang van de mediator en de beantwoording van de vraag of er nog wel voldoende vertrouwen is om de mediation toch voort te zetten, zeker ook het belang van de wederpartij heel belangrijk is. Want die zou in een juridische procedure tussen hem en degene die dus

onrechtmatig bewijs verkregen heeft, (ook) met dat bewijs geconfronteerd kunnen worden. En hoe de rechter in zo'n procedure dat bewijs zal meewegen, is dan ook de vraag.

In het verlengde van deze laatste observatie merk ik in de tweede plaats op dat het al bij aanvang van de mediation van belang is om als mediator rekening te houden met de positie van de wederpartij van degene die geluidsopnamen wil maken. Mocht die wederpartij dan te kennen geven dat hij niet instemt met het maken daarvan, is dat om dezelfde (bewijsrechtelijke) redenen die ik hierboven noemde, (ook) een sterke indicatie om niet met de mediation van start te gaan als de andere partij te kennen geeft wel geluidsopnamen te willen maken. Wat dat betekent voor het noodzakelijke vertrouwen dat ook de mediator moet hebben in partijen, laat ik op deze plaats maar in het midden.

Omdat het College van Beroep zich dus anders dan de Tuchtcommissie nog onvoldoende voorgelicht voelde om tot een beslissing te komen, werd klager uitgenodigd de door hem gemaakte geluidsopnamen van het tweede en derde mediationgesprek met volledige transcriptie van die gesprekken in het geding te brengen. In dat verband overwoog het College van Beroep nog wel dat het verweer van de mediator dat de mogelijkheid zou bestaan dat de opnamen en de transcripties niet volledig de werkelijke gesprekken zouden weergeven, niet voldoende was *“om de opnames op voorhand uit te sluiten van bewijs, maar wel een aspect [was] dat het College van Beroep bij zijn beoordeling van de klachten zal betrekken.”*

In de transcripties die klager vervolgens in het geding bracht had hij passages gemarkeerd en van commentaar voorzien. Ook had hij nog separaat een toelichting daarop gegeven. Daarmee maakte het College van Beroep in haar einduitspraak terecht korte metten. Dat was naar zijn oordeel een ontoelaatbare uitbreiding van de standpunten van klager.

Het 'brisante'[6] sluitstuk van deze zaak is dat blijkens de overwegingen van het College van Beroep de geluidsopnamen uiteindelijk een boemerang effect hadden. Die leverden klager in deze zaak uiteindelijk meer nadeel dan voordeel op. Leest u de einduitspraak van het College van Beroep er nog maar eens rustig op na. Zoals ik aan het begin van deze annotatie al zei: ook in hoger beroep viste klager dus achter het net.

[1] Zie M-2019-16 / Tuchtrect Updates annotatie 9 april 2020.

[2] Zie M-2015-8 en mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2016, nr. 2.

[3] Het College van Beroep maakt overigens wel onderscheid tussen de toelaatbaarheid van het gebruik van geluidsopnamen tijdens caucus en tijdens plenaire bijeenkomsten. In het eerste geval hanteert het College van Beroep een striktere toetsing. Zie B-2016-5 en mijn annotatie in TC 2017, nr. 2. In die zaak maakte de wederpartij van degene met wie de mediator

een caucus gesprek had geluidsopnamen van die caucus. Het College van Beroep overwoog daarom dat het vertrouwelijke karakter van de caucus zich in beginsel verzet tegen gebruikmaking van geluidsopnamen. Maar ik vrees dat het College van Beroep anders zou redeneren als de partij met wie de mediator de caucus had daarvan heimelijk geluidsopnamen had gemaakt en die als bewijs in zijn de tuchtzaak tegen de mediator zou inbrengen.

[4] Zie in dit verband ook M-2016-1 en mijn annotatie in TC 2016, nr. 4 alsmede in hoger beroep B-2016-5 en mijn annotatie in TC 2017, nr. 2.

[5] Zie B-2017-1 en mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2018, nr. 1 alsmede M-2016-20 en mijn annotatie in Tijdschrift Conflicthantering 2017, nr. 3.

[6] Wie hoorde ik dat woord ook gebruiken in verband met geheime, maar openbaar gemaakte stukken?