

ANNOTATIE

Heimelijke geluidsopnamen als onderdeel van de bewijsvoering

mr. A. Schaberg

*Annotatie bij Tuchtcommissie (eerste aanleg), 14-05-2021,
ECLI:NL:BOOM:2020:015 (MTR-2021-0014)*

In een zaak (**M-2020-15**) over de financiële afwikkeling van een echtscheiding speelde wederom de vraag of geluidsopnamen als bewijs zouden kunnen dienen.^[1]

Klager verweet de mediator in de eerste plaats dat hij vooringenomen en partijdig was geweest door hem te bewegen afstand te doen van het erfdeel dat hij bij het overlijden van zijn ouders onder een uitsluitingsclausule had geërfd. Die uitsluitingsclausule hield in dat dat erfdeel niet in het vermogen van de huwelijksgemeenschap zou vallen. Klager en zijn echtgenote waren namelijk in algehele gemeenschap van goederen getrouwd. Twee jaar voor dat huwelijk hadden zij een woning gekocht, waarbij zij als aanvulling op de hypotheek ieder € 65.000 hadden ingebracht. De inbreng van de echtgenote van klager was afkomstig van de overwaarde van de verkoop van haar woning. Klager had dat bedrag van zijn ouders geleend. De vordering van de ouders van klager uit hoofde van die lening viel als gevolg van het huwelijk in de huwelijksgemeenschap. In het kader van de verdeling daarvan zou die vordering dus op beide echtelieden voor de helft moeten worden meegerekend. Daarmee zou *de facto* een ongelijke inbreng met betrekking tot de financiering van de aankoop van de woning ontstaan. Toen de ouders van klager acht jaar later overleden, lieten zij hem een erfdeel na van ongeveer € 75.000, dus met de uitsluitingsclausule dat dat erfdeel niet in de huwelijksgemeenschap zou vallen. Maar de lening van klager aan zijn ouders loste hij af onder verrekening van dat erfdeel. Vervolgens stelde klager zich richting zijn echtgenote op het standpunt dat hij ten behoeve van de huwelijksgemeenschap een bedrag van € 65.000 had afgelost dat in het kader van de verdeling daarvan moest worden verrekend, terwijl het erfdeel

waarmee hij die lening had afgelost buiten de gemeenschap zou moeten vallen. Maar klager wenste anderzijds niet te praten over mogelijke uitsluiting van de inbreng van € 65.000 van zijn echtgenote in de gemeenschap. Juridisch klopte de redenering van klager. Maar het is natuurlijk wel de vraag of die niet in strijd was met de bedoeling van partijen toen zij het huis kochten.

Klager verweet de mediator vooral dat die in strijd met de Gedragsregels 3.2 (de mediator doet geen uitspraak over de kwestie) en 5.1 (de mediator is onpartijdig en handelt zonder vooringenomenheid) had gehandeld. Klager baseerde zich hierbij op een inventarisatiegesprek tussen partijen, een vertegenwoordiger van het sociaal wijkteam van de gemeente ter ondersteuning van de echtgenote van klager en de mediator. Van dat gesprek had klager zonder toestemming van de mediator geluidsopnamen gemaakt. Transcripten daarvan vormden overigens met instemming van de mediator een integraal onderdeel van de bewijsvoering. (Ik kom hieronder nog terug op de overwegingen van de Tuchtcommissie met betrekking tot de toelaatbaarheid van geluidsopnamen voor de bewijsvoering). Daaruit bleek inderdaad dat besproken is dat het standpunt van klager tot een onredelijke uitkomst zou leiden en dat de mediator klager ter overweging had gegeven daarover nog eens na te denken. Maar daaruit bleek ook dat de mediator desalniettemin als uitgangspunt had genomen dat het erfdeel van klager vanwege de uitsluitingsclausule aan hem in privé toebehoorde, maar dat de schuld van klager aan zijn ouders en het door klagers echtgenote ingebrachte bedrag voor de aankoop van de woning wel in de gemeenschap van goederen vielen.

Omdat de echtgenote van klager zich op het standpunt stelde dat dit geen recht deed aan de werkelijke situatie - volgens haar was de bedoeling dat zij en klager gelijkelijk zouden investeren in de woning en dat dit zo ook was afgesproken - besteedde de mediator hieraan dus ook aandacht en besprak hij met klager in hoeverre hij zich hierin kon vinden. Uit de transcripten van de geluidsopnamen van dat inventarisatiegesprek bleek verder dat de mediator verschillende oplossingsrichtingen had onderzocht en dat van klager niet werd verwacht dat hij ter plekke een beslissing moest nemen over de door hem gewenste oplossingsrichting. *“Daarbij heeft de mediator ... klager steeds voorgehouden dat het aan hem, klager is om daarin een keuze te maken en dat van hem niet werd verwacht dat hij dat op dat moment zou doen”*, zo overwoog de Tuchtcommissie in dit verband met verwijzing naar citaten uit dezelfde transcripten. Toen klager desalniettemin aangaf niet af te willen wijken van zijn standpunt, nam de mediator wederom de juridische situatie tot uitgangspunt en wat dat zou betekenen voor de verdeling van de huwelijksgemeenschap. De Tuchtcommissie overwoog verder *“dat uit de geluidsopname en het transcript niet blijkt dat klagers echtgenote of mevrouw F. (de vertegenwoordiger van het sociaal wijkteam, AS) voortdurend op klager hebben ingepraat (zoals klager had gesteld, AS) om afstand te doen van zijn rechten.”*

De Tuchtcommissie overwoog in dit verband ook dat de mediator waar nodig partijen informatie moet verstrekken, zodat zij zich op basis van *informed consent* een weloverwogen beeld kunnen vormen en hun positie kunnen bepalen. De Tuchtcommissie leest in Gedragsregel 3.2 en de toelichting daarop geen verbod dat de mediator geen mening of advies zou mogen geven, maar wel de noodzaak van een terughoudende attitude. “*Door herhaaldelijk te benadrukken dat het aan partijen zelf is om een keuze te maken en dat de bijeenkomst niet het geëigende moment hiervoor was, heeft de mediator de partijautonomie gewaarborgd en klager juist beschermd tegen overhaaste beslissingen*”, voegde de Tuchtcommissie hier nog aan toe. Ik wil hier wel benadrukken dat inderdaad een terughoudende attitude van de mediator ook als uitgangspunt moet dienen bij het geven van meningen en adviezen. Meestal gaat dat niet zonder interpretatie van een situatie, en dan is al snel sprake van vooringenomenheid.

Klager verweet de mediator ook dat zijn juridische kennis gebrekkig was. Hij baseerde zich hierbij op het feit dat de mediator op enig moment niet meer precies wist hoe hoog het erfdeel van klager was, maar “*dat enkele feit is geen blijk van gebrekkige juridische kennis...*”, aldus de Tuchtcommissie.

Het derde verwijt van klager betrof een administratieve vergissing van de mediator. Het ging hierbij om verzending van een declaratie terwijl klager recht had op een toevoeging. Partijen hadden namelijk in een eerder stadium onder begeleiding van de mediator al middels mediation geprobeerd tot een scheiding te komen. In verband daarmee was aan klager een toevoeging verstrekt. Die mediation beëindigden partijen omdat zij toch weer aan hun relatie wilden werken. Toen de echtgenote van klager later de echtscheiding toch definitief wilde doorzetten, benaderden partijen de mediator opnieuw en sloten zij een tweede mediationovereenkomst. Omdat die binnen anderhalf jaar na de eerste mediationovereenkomst werd gesloten had klager daarvoor geen recht op een toevoeging. De declaratie die de mediator aan hem en zijn echtgenote had gezonden, sloeg nog op de eerste mediation, en dat was vanwege de toevoeging niet de bedoeling. Daags nadat klager de mediator daarover bij e-mail had aangesproken, corrigeerde de mediator deze fout, stuurde hij klager een creditnota en bood hem zijn excuses aan voor deze administratieve omissie. Zand erover zou je zeggen. En dat vond de Tuchtcommissie ook. Alle klachten vielen dus op rotsige bodem.

Tot slot nog een paar zinnen over de toelaatbaarheid van geluidsopnamen. Ik denk dat de lijn die de Tuchtcommissie in navolging van de in voetnoot (1) genoemde uitspraak van het College van Beroep daarbij volgt, nu wel duidelijk is. In deze zaak weidde de Tuchtcommissie toch nog een aanvullende overweging aan deze problematiek. In r.o. 5.5. en r.o. 5.6. gaf zij aan dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de contractuele verhouding tussen partijen en de tuchtrechtelijk processuele verhouding van klager tegenover de mediator. In het eerste

geval dient de geheimhoudingsverplichting om een sfeer van vertrouwelijkheid en veiligheid te creëren in die contractuele verhouding, aldus de Tuchtcommissie: *“In de contractuele relatie tegenover de mediator en de wederpartij, staat het een partij, zoals klager, niet vrij in het geheim geluidsopnamen van een mediationovereenkomst te maken.”* Vanuit dit perspectief zou het bezwaar van de mediator tegen het maken daarvan volgens de Tuchtcommissie terecht zijn, te meer omdat klager uitdrukkelijk aan de mediator had toegezegd geen opnamen (meer[2]) te zullen maken. Maar in de tuchtrechtelijk processuele verhouding is het maken van geluidsopnamen (dus, AS) niet per definitie verboden (en alleen met mitsen en maren toegestaan), zoals we inmiddels inderdaad weten.

Even nadenken. Ik ga ervan uit dat de geheimhoudingsverplichting voortvloeiende uit de mediationovereenkomst ook en vooral gezien moet worden als een bewijsovereenkomst, dus juist met het oog op processuele aangelegenheden. Of die zich nu tussen partijen afspelen bij de ‘gewone rechter’, of tussen klager en de mediator in het kader van een tuchtrechtelijke procedure, maakt volgens mij dan niet zoveel uit. De afweging die welke rechter dan ook moet maken is of in het kader van het belang van de waarheidsvinding, het belang van de geheimhoudingsverplichting desalniettemin zou moeten wijken. Ja, afhankelijk van het geschil in kwestie - en mogelijk: de bewijsnood -, zou die afweging dan de ene of de andere kant kunnen uitvallen. Of bedoelt de Tuchtcommissie hier iets anders? In de praktijk komt het heel vaak voor dat partijen jegens elkaar geheimhoudingsverplichtingen aangaan. Denk aan arbeidsovereenkomsten, denk aan commerciële contracten, denk aan aandeelhoudersovereenkomsten en denk aan overeenkomsten die worden gesloten in het kader van M&A transacties (bedrijfsovernames). Meestal om goodwill te beschermen. Overtreding daarvan leidt tot wanprestatie met de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding. Maar dat is volgens mij allemaal toch iets anders, het gaat dan toch niet om bewijsovereenkomsten?

[1] Zie B-2020-1 en mijn annotatie van die zaak op mfN-tuchtrechtupdates.nl

[2] Overigens had de mediator wel bezwaar gemaakt tegen het inbrengen van geluidsopnamen van een eerder gesprek. Maar dit vooral omdat klager die pas kort voor de mondelinge behandeling had ingebracht en de mediator zich hierop niet had kunnen voorbereiden. De Tuchtcommissie sloeg geen acht op dit bezwaar omdat het hier niet ging om in omvang materiele informatie.