

● Frictie tussen de rechtspraak van de Hoge Raad en de Gedragsregels voor Advocaten (1992) inzake het gebruik van geluidsopnamen in civiele procedures

In hoeverre klemmen de Gedragsregels voor Advocaten 1992 betreffende de verbodsregel op het zonder toestemming opnemen van geluidsbanden met de terzake relevante rechtspraak van de Hoge Raad? De Hoge Raad heeft sinds het arrest Driesen/Van Gelder (HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850) uitgemaakt dat het zonder toestemming opnemen van geluidsbanden die als bewijs in civiele procedure worden aangeboden in beginsel niet aan te merken zijn als onrechtmatig verkregen bewijs. Regel 36 lid 1 van de Gedragsregels bepaalt echter dat het de advocaat niet is toegestaan zonder mededeling vooraf aan degene met wie hij spreekt iemand aan de telefoon te laten meeluisteren of de inhoud van een gesprek op een geluidsdrager vast te leggen. De vraag is of deze verbodsbepaling past in de jurisprudentie van de Hoge Raad en – indien dit niet het geval is – wat de consequenties hiervan zijn.

Een casuspositie: tijdens een aandeelhoudersvergadering staat het ontslag van een statutair directeur ex art. 2:244 lid 1 BW geagendeerd. Voornoemde statutair directeur laat zich tijdens deze vergadering bijstaan door zijn advocaat (art. 2:227 lid 1 BW). De advocaat neemt de vergadering op een geluidsband op conform afspraak met zijn cliënt, maar zonder toestemming van de overige aanwezigen ter vergadering. De advocaat acht het in het belang van zijn cliënt dat het gesprek wordt opgenomen en het verzuim om toestemming te vragen rechtvaardigt de advocaat met het argument dat de wederpartij anders minder vrij zou spreken. Enige tijd nadien betwist de inmiddels ontslagen statutair directeur de gang van zaken tijdens de vergadering. De advocaat wil tijdens een procedure de geluidsopnamen als bewijsmiddel inbrengen en doet daartoe een bewijsaanbod.

Sommige bewijsmiddelen zijn afzonderlijk in de wet geregeld, – zoals de akten en vonnissen (art. 156 e.v. Rv), openlegging van de boeken, bescheiden en geschriften (art. 162 Rv), getuigenverhoor (art. 163 e.v. Rv), bericht of verhoor van deskundigen (art. 194 e.v. Rv) en plaatsopneming en bezichtiging (art. 201 Rv) – terwijl overige bewijsmiddelen – zoals geluidsbanden – niet in de wet zijn geregeld maar via de jurisprudentie vorm hebben gekregen.

In het arrest Driessen/Van Gelder heeft de Hoge Raad gesteld dat een bewijsaanbod betreffende een zonder toe-

stemming opgenomen gesprek in beginsel niet onrechtmatig is. De Hoge Raad vond dat er geen sprake was van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ex art. 8 EVRM, tenzij er *bijkomende omstandigheden* zijn die de onrechtmatigheid kunnen opleveren. Deze opvatting heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 31 januari 2003 (NJ 2004, 48) nogmaals herhaald. In het arrest Slemkes/Nool (HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78) beargumenteerde de Hoge Raad dat opnamen in het zakelijke dienstverkeer in ieder geval niet kunnen leiden tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.

Het zonder toestemming opnemen van een aandeelhoudersvergadering op een geluidsband kan gelijk worden gesteld aan het opnemen van een telefoongesprek. Hieruit volgt dat een bewijsaanbod bestaande uit een zonder toestemming op geluidsband opgenomen aandeelhoudersvergadering op grond van de rechtspraak uit Driessen/Van Gelder niet als onrechtmatig bewijs kan worden gekwalificeerd.

So far so good. Maar maakt het uit wie de geluidsopname maakt? De Hoge Raad doet hier geen uitspraak over en de wet zwijgt hieromtrent eveneens. Alleen regel 36 lid 1 van de Gedragsregels voor advocaten laat hierover geen misverstand bestaan: het is de advocaat niet toegestaan om zonder toestemming een gesprek op geluidsband vast te leggen.

Leidt regel 36 lid 1 er toe dat indien de advocaat de aandeelhoudersvergadering zonder toestemming op band opneemt, dit een *bijkomende omstandigheid* oplevert in de zin van Driessen/Van Gelder met als gevolg de onrechtmatigheid van het bewijsmiddel? Twee aspecten zijn daarbij van belang. Allereerst wat is de reikwijdte van regel 36 lid 1 en hoe verhoudt die zich tot de vrijheid van bewijsbeoordeling van de rechter.

De Nederlandse Orde van Advocaten hanteert een extensieve uitleg. Een advocaat mag geen enkel gesprek opnemen zonder dat de wederpartij hiervan op de hoogte is gesteld op straffe van – mogelijke – tuchtrechtelijke sancties. De ratio van deze redenering is dat anders het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad. De Gedragsregels vormen overigens niet de vastlegging van het voor advocaten geldende tuchtrecht. Dit wordt vast-

gesteld door de tuchtrechter op basis van de advocateneed, verordeningen en de drie regels in art. 46 Advocatenwet (Aw). De Gedragsregels worden doorgaans gezien als een uitwerking van de in art. 46 Aw genoemde regels (met name de eerste en derde regel). Hoewel de Gedragsregels niet bindend zijn, worden ze door de tuchtrechter als richtlijn gehanteerd.

Op grond van art. 152 lid 2 Rv is de rechter vrij in de waardering van bewijs tenzij de wet anders bepaalt (de zgn. vrije bewijsleer). De rechter is vrij in het toelaten dan wel waarden van geluidsbanden. Inzake de aandeelhoudersvergadering zal de rechter de geluidsbanden – op grond van Driessen/Van Gelder – waarschijnlijk toelaten. Dit kan tot de merkwaardige situatie leiden waarbij een bewijsmiddel dat op grond van de Gedragsregels ‘onrechtmatig’ door de advocaat wordt verkregen toch in het geding als rechtmatig verkregen bewijs wordt toegelaten terwijl de advocaat hierdoor – mogelijkerwijs – achteraf wordt blootgesteld aan tuchtrechtelijke sancties.

Dit lijkt mij een onwenselijke situatie.

Juridisch gezien bestaat er weinig bezwaar tegen het zonder toestemming opnemen van gesprekken, hooguit bestaan bezwaren tegen het gebruik van de opnamen (inbreuk op privacy). Discussies over deze – normatieve – overwegingen kunnen worden beperkt door het verbod van regel 36 lid 1 te laten gelden voor alle niet-zakelijke

gesprekken. Voor zakelijke gesprekken zoals een aandeelhoudersvergadering zou dit verbod niet moeten gelden. De advocaat dient – indien dit het belang is van zijn cliënt – gerechtigd te zijn zonder toestemming gesprekken te mogen opnemen, behoudens het opnemen van gesprekken met zijn cliënt. Het belang van een cliënt kan in sommige gevallen gediend zijn bij het zonder toestemming opnemen van een zakelijk gesprek, bijvoorbeeld bij kwade trouw van een werkgever. Bovendien valt het zonder toestemming opnemen van gesprekken binnen de reikwijdte van art. 2.7 van Europese Gedragscode voor Advocaten (the Code of Conduct for Lawyers in the European union, 6 december 2002), waarin overigens geen verbod zoals in regel 36 lid 1 is opgenomen.

Over de vraag welke gesprekken als zakelijk gekwalificeerd kunnen worden zal de rechter per individueel geval een oordeel moeten vormen. De afweging om een zakelijk gesprek zonder toestemming op te nemen en de ethisch-normatieve overwegingen omtrent het al dan niet in het maatschappelijk verkeer betamelijke van deze handelwijze, dient wat mij betreft door de advocaat gemaakt te worden.

*H.F. Veenendaal**

* Studeert Privaatrecht (Master) aan de Universiteit Utrecht.