

SEMINAR FRAUDE, MONEY LAUNDERING EN CORRUPTIE

Koninklijk NIVRA - VERA

Marriott Beach Hotel, Curaçao

Lezing

Mr. K. Frielink

Woensdag 26 mei 2004

14:00 – 15:30 uur

‘FRAUDE’

1. Inleiding

In het kader van het onderwerp fraude ga ik in op het begrip integriteit, strafrechtelijk bewijs, civielrechtelijk bewijs en ‘opsporingsmethoden’ van werkgevers als het om werknemersfraude gaat. Daarbij ga ik voornamelijk uit van het Nederlandse recht, maar voor het Nederlands Antilliaanse recht geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.

Uw trouwste werknemer, lang in dienst en dus al enigszins op leeftijd, is misschien wel uw grootste risico. Meer dan 50% van de bedrijfsfraude wordt gepleegd door werknemers met een lang dienstverband. Een lang dienstverband/hoge leeftijd zijn dus bepaald geen garantie dat de betrokkenen geen fraude zullen plegen. Dit is geen uitnodiging om dergelijke werknemers thans aan een kruisverhoor te onderwerpen, maar is bedoeld om aan te geven dat ‘vertrouwen’ in een bepaalde persoon geen garantie tegen fraude biedt.

U herinnert zich nog de kranteberichten van maart jl.: ‘*Hoge bankemployee verduistert NAf 1,2 miljoen*’ (Amigoe, 6 maart 2004). De betreffende vrouw was al bijna 40 jaar in dienst bij Maduro & Curiel’s Bank en was nota bene belast met controle op fraude. De President van de bank liet weten dat zij al zo lang in dienst was, dat ze bijna familie was. Maar hij zei nog twee interessante dingen: (i) als je naar de integriteit van een medewerker kijkt, moet je eigenlijk ook kijken naar diens gezins- of familieomstandigheden en (ii) wie controleert eigenlijk de controleur?

Maar speelt er niet meer? Ook een goede organisatiestructuur is van belang omdat daarmee kan worden voorkomen dat de gelegenheid wordt geschapen dat individuen onoirbare handelingen verrichten. Zo was Nick Leeson bij Barings zowel in staat om orders op de beurs te plaatsen, als verantwoordelijk voor de administratieve verwerking daarvan (*error account 88888*). Door deze dubbelfunctie in combinatie met het ontbreken van

interne controle kon fraude plaatsvinden. Dat is dus ook de leiding van Barings aan te rekenen.¹

2. Wat is integriteit?

Het begrip integriteit mag zich meer in het algemeen in een warme belangstelling verheugen. Het is echter in zekere zin een vaag begrip. Het kan betrekking hebben op begrippen als eerlijkheid, rechtschapenheid en onkreukbaarheid. Onkreukbaar is dan degene die zich gedraagt conform de norm en zich niet laat verleiden tot afwijkend of onoirbaar handelen. Het begrip kan ook zien op bepaalde karaktereigenschappen die (sommige) mensen (van nature) hebben. In de derde plaats kan het gaan om professionele verantwoordelijkheid van de beroepsbeoefenaar.²

De vraag wat integriteit inhoudt is niet eenvoudig te beantwoorden. Wat heden toelaatbaar wordt geacht, hoeft dat morgen niet te zijn, en omgekeerd. De op een bepaald moment bestaande dominante cultuur van een samenleving (en die is niet per definitie beperkt tot een nationale staat) is bepalend voor de invulling en inhoud van noties en concepten binnen die samenleving.

Het begrip integriteit wordt in het kader van toezichtswetgeving veelvuldig gehanteerd. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de wet Actualisering en Harmonisatie Financiële toezichtswetten wordt onder integriteit onder meer verstaan:³

- a. de persoonlijke integriteit van bestuurders en medewerkers;
- b. de organisatorische integriteit van (financiële) instellingen (omvattend de interne procedures en maatregelen op het gebied van de administratieve organisatie en interne controle ter bestrijding van onoirbaar gedrag);
- c. de relationele integriteit (*customer due diligence*⁴; naleving identificatieplicht cliënten en meldplicht ongebruikelijke transacties; opvolgen aanbevelingen FATF; training en voorlichting van personeel); en
- d. de integriteit van het marktgedrag (bij financiële instellingen gaat het dan om het voorkomen van bijvoorbeeld koersmanipulatie).

Deze opsomming is ook in relatie tot banken, verzekeringsmaatschappijen en trustkantoren *mutatis mutandis* van toepassing en dat met als doel te voorkomen dat de dienstverlening door hen misbruikt wordt voor ongeoorloofde (criminele) doeleinden.

Van banken, verzekeringsmaatschappijen en trustkantoren mag worden verwacht dat bestuur en medewerkers voldoen aan eisen van persoonlijke integriteit, dat daarop ook in-

¹ W. Huisman, 'Fraudebestrijding: integratie van criminologische kennis', in: H. de Doelder en A.B. Hoogenboom (red.), *Financieel rechercheren*, 1^e druk 1998, blz. 73.

² H.A.J. van Oostrum, *Toevallige weetbaarheden* (Een onderzoek naar integriteitsbewaking in advocatenkantoren), diss. 2002, blz. 11, die verwijst naar H. van Luijk, *Integriteit is het woord*, Het Financieele Dagblad, 4 april 2000, blz. 11.

³ MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 373, nr. 3, par. 3.1.

⁴ Vgl. F.J. Erkens, *Customer due diligence: van vorm naar inhoud*, Jaarboek Compliance 2003, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2003, blz. 150-157.

tern wordt toegezien en dat op dat vlak duidelijke richtlijnen bestaan, bijvoorbeeld om belangenverstrengeling te voorkomen.

Interne cursussen en training zijn van wezenlijk belang. Een ieder moet zich van de gehanteerde ‘normen en waarden’ bewust zijn en daarnaar (weten te) handelen. Wezenlijk daarbij is dat dit proces van bovenaf wordt gestuurd, dat wil zeggen door (waar van toepassing) de voorzitter van de Raad van Bestuur. Die heeft immers een voorbeeldfunctie. Hij moet niet alleen het belang van dergelijke regels onderstrepen, maar bij herhaling zijn eigen betrokkenheid daarbij tonen, onder andere door bij trainingen en cursussen ook zelf aanwezig te zijn. Andere leden van de Raad van Bestuur zouden dergelijke bijeenkomsten ook moeten bijwonen en daarin moeten participeren; hetzelfde geldt voor sector-, afdelings- en andere hoofden of managers. Een voortdurende en breed gedragen dialoog is meer waard dan enkel schriftelijke instructies. Dergelijke instructies worden bovendien te gemakkelijk als *window dressing* aangemerkt: als façade om – met name – de overheid op afstand te houden.

In dat verband moet de Raad van Commissarissen evenzeer worden genoemd. Dit orgaan, indien ingesteld, heeft niet voor niets de taak om toezicht op (het bestuur van) het trustkantoor te houden. De RvC heeft mede tot taak er op toe te zien dat de bestuurders de toepasselijke voorschriften naleven. Bij het benoemen van commissarissen moet er op worden gelet dat de betrokkenen in staat zijn ook dit aspect van hun taak naar behoren te vervullen.

De vraag van Lio Capriles, wie controleert de controleur, is binnen een organisatie van enige omvang niet zo moeilijk te beantwoorden, omdat daarin meerdere ‘controleurs’ (*‘compliance officers’*) werkzaam zullen zijn. Maar hoe weet je of die integer zijn? Dat kun je bijna niet zeker weten en juist daarom moet iedereen ‘gecontroleerd’ worden en moeten er adequate interne procedures zijn waardoor ‘verdachte’ handelingen of patronen ontdekt kunnen worden. En moet je, zoals Lio Capriles suggereert, ook naar de gezins- en familie-omstandigheden kijken? Het is natuurlijk altijd verstandig om daarnaar te vragen, maar dan blijft dat natuurlijk maar een momentopname. Er is dan ook altijd reden voor een gezonde achterdocht.

De reputatie en integriteit van een trustkantoor, bank of verzekeringsmaatschappij worden vooral bepaald door het doen en laten van degenen die hen in het maatschappelijk verkeer vertegenwoordigen. De realiteit is dat mensen naast goede eigenschappen in de regel ook slechte eigenschappen bezitten, zoals angst (het niet durven opbiechten van fouten en het daarom daarin volharden; vgl. Nick Leeson) en simpele hebzucht (‘als mijn zakken maar worden gevuld’). Dergelijke eigenschappen maken mensen en daarom de organisatie waarin zij werken kwetsbaar. Het komt er dan ook op aan hoe een onderneming dergelijke onvolkomenheden weet te identificeren en weg te nemen. Dat is niet altijd eenvoudig, mede als gevolg van de (grote) omvang van veel kantoren, met gedecentraliseerde verantwoordelijkheden en bevoegdheden, complexe bedrijfsprocessen, een snel wisselend personeelsbestand, een geringe sociale binding en weinig sociale controle.

Een bank, trustkantoor of verzekeraar is in ieder geval verplicht tot:

- a. het controleren van de identiteit van de betrokken (kandidaat-)werknemer;
- b. het controleren van de door de betrokkene verstrekte gegevens en referenties op juistheid en volledigheid en
- c. het maken van een onderbouwde inschatting van de betrouwbaarheid van de betrokkene en een beoordeling daarvan in relatie tot het bekleden van een integriteitsgevoelige functie op een gegeven niveau.

Het ligt voor de hand dat inlichtingen worden ingewonnen omtrent de betrouwbaarheid van nieuwe personeelsleden in een integriteitsgevoelige functie bij de werkgevers van deze personeelsleden gedurende bijvoorbeeld de laatste vijf jaar, waartoe een volmacht van de betrokken persoon kan worden gevraagd. Het trustkantoor, de bank of verzekeraar zal kandidaat-personeelsleden in een integriteitsgevoelige functie moeten vragen naar voorvallen uit het verleden die betekenis kunnen hebben voor het oordeel over hun betrouwbaarheid. Belangrijk, maar niet voldoende is het door nieuwe personeelsleden in een integriteitsgevoelige functie laten overleggen van een verklaring omtrent het gedrag in de zin van de ‘Wet op de justitiële documentatie en op de verklaringen omtrent het gedrag’. Bij de toetsing van de betrouwbaarheid zal ook moeten worden gekeken naar mogelijke relaties die de betrokkene heeft met andere kantoren, cliëntvennootschappen of derden die een risico voor de betrouwbaarheid zouden kunnen opleveren. Evenzeer zal moeten worden gekeken naar nevenactiviteiten van de betrokkene.

3. Strafrechtelijk bewijs⁵

Wanneer is iets bewezen? Dat hangt sterk af van de context: in het strafrecht, in het civiele recht, in een bepaalde wetenschap, in de dagelijkse praktijk en noem maar op. Het is van belang die context niet uit het oog te verliezen, omdat er anders spraakverwarring ontstaat of een teleurstelling op grond van (niet-gerechtigde) verwachtingen. In strafrechtelijke zin kan een rechter tot de conclusie komen dat iets niet is bewezen, terwijl bijvoorbeeld de accountant die in het kader van dat strafproces een rapport heeft opgesteld de overtuiging heeft dat het ten laste gelegde door de verdachte is gepleegd. Er kan dus een verwachtingskloof bestaan.

‘Het bewijs: ons haargroeimiddel is getest het best’, ‘De Prijs is het bewijs’. U kent ze wel, dat soort reclame-uitingen.

Bewijs in het gewone spraakgebruik of wetenschappelijke jargon is het aantonen en/of vaststellen van de juistheid van een bewering. Het wordt ook gebruikt voor het geheel van argumenten en redeneringen waardoor wordt aangetoond of gedemonstreerd dat een bepaalde bewering juist (waar/correct) is. Soms worden, zoals in de logica, premissen gehanteerd waarvan de empirische juistheid niet wordt onderzocht, maar komt het aan op het geen daaruit wel of niet dwingend kan worden afgeleid: als de premisse is dat alle docenten op dit seminar apen zijn (let wel: dit is slechts een premisse), dan is het logisch correct om vervolgens te concluderen dat ook ik een aap ben, al zal deze bewering uit een oogpunt van de *ervaring* niet erg aannemelijk zijn.

⁵ Vgl. Minkenhof/Reijntjes, *De Nederlandse strafvordering*, 7^e druk 1998, blz. 304 e.v. en J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, 2^e druk 1995, 380 blz.

In ervaringsafhankelijke wetenschappen staat de empirische juistheid van de basisgegevens nu juist wel ter discussie. Het accent ligt op de zintuiglijke waarneming en wat daaruit aan de hand van ervaringsregels kan worden afgeleid. De hierop gebaseerde (ervarings)oordelen zijn alleen al daarom nooit volstrekt dwingend, omdat er geen algemeen geldende ondubbelzinnige maatstaven zijn voor de interpretatie van de indrukken die wij aan onze waarneming ontlenu. Nieuw verworven gegevens of gewijzigde interpretatie op grond van andere inzichten, kunnen leiden tot een correctie van ervaringsoordelen. De gravitatie theorie van Newton, die gedurende tweehonderd jaar een bevredigende verklaring gaf voor uiteenlopende natuur- en sterrekundige verschijnselen, heeft plaats moeten maken voor de relativiteitstheorie van Einstein. {Voor de jongeren onder u: Newton en Einstein zijn géén ‘rappers’ maar wetenschappers.}

In het strafrecht gaat het om het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde daadwerkelijk heeft begaan. Het onderzoek in strafzaken kan nooit tot onomstotelijke conclusies leiden: het gaat om waarschijnlijkheidsoordelen. Het strafrecht bevat regels over de wijze waarop het onderzoek naar een (vermeend strafbaar) feit en de vaststelling van de resultaten daarvan behoren te geschieden, zodat een zo hoog mogelijke graad van waarschijnlijkheid wordt verkregen. De wet eist van de rechter, zoals we zullen zien, een ondubbelzinnig antwoord op de vraag of hij bewezen acht dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan: ja of nee. De daaraan in het vonnis (als dat eenmaal onherroepelijk is geworden) gekoppelde rechtsgevolgen (vrijspraak, strafoplegging) zijn onomkeerbaar. Daarin verschilt het strafrecht van empirische wetenschappen. Overigens ook in het feit dat de rechter verplicht is binnen een redelijke termijn een beslissing te nemen.

In het strafrecht geldt dat bij twijfel de rechter het ten laste gelegde niet bewezen moet verklaren (*in dubio pro reo*; bij twijfel ten gunste van de verdachte {beslissen}). De rechter moet tot de overtuiging komen dat de verdachte het feit heeft gepleegd. De basis waarop de rechter in dat verband de in de bewijsmiddelen voorkomende feiten interpreteert is, anders dan u wellicht vermoedt, voor een belangrijk deel ‘*common sense*’, uiteraard gekoppeld aan de ervaring die hij heeft opgedaan. Maar, zoals we zullen zien, de rechter moet zich baseren op de wettige bewijsmiddelen: en als hij zich niet daarop kan baseren, dan moet hij de verdachte vrijspreken, ook al heeft hij de (innerlijke) overtuiging dat de verdachte schuldig is.

Het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan kan door de rechter slechts worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen, aldus artikel 338 WvSv-NL. Deze eis geldt alleen voor het oordeel dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan. Maar niet voor de feiten op basis waarvan:

1. de rechter zich onbevoegd verklaard;
2. het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard;
3. de rechter beslist of er een strafuitsluitingsgrond (AVAS) is of
4. hij het verweer van de verdachte weerlegd.

Slechts feiten van algemene bekendheid behoeven geen bewijs en evenmin wat uit wettelijke voorschriften blijkt. De rechter mag zich overigens niet baseren op eigen waarnemingen die niet ter terechtzitting aan de orde zijn geweest: de verdachte/verdediging moet op zijn minst in de gelegenheid zijn gesteld om dergelijke wetenschap ter discussie te stellen. Eigen waarneming van de rechter anders dan ter terechtzitting is door de wetgever niet als bewijsmiddel erkend. Wat zijn dan die bewijsmiddelen?

Artikel 339 WvSv-NL noemt vijf wettige bewijsmiddelen (kenbronnen):

1. de eigen waarneming van de rechter;
2. verklaringen van de verdachte;
3. verklaringen van getuigen;
4. verklaringen van een deskundige; en
5. schriftelijke bescheiden.

Over de eigen waarneming van de rechter hebben we het al kort gehad. Eigenlijk is dat het belangrijkste bewijsmiddel en in zekere zin het enige, omdat de waardering van alle andere bewijsmiddelen via de waarneming van de rechter in diens oordeelsvorming worden betrokken. De eigen waarneming door de rechter moet ter terechtzitting persoonlijk zijn gedaan (artikel 340 WvSv-NL). Dat wil niet zeggen dat valse administraties volledig moeten worden doorgenomen en bediscussieerd om tot de eigen waarneming van de rechter te kunnen bijdragen (HR 26 april 1960, NJ 1961, 193).

Waar het betreft verklaringen van de verdachte en getuigen mogen deze alleen tot het bewijs bijdragen voor zover het hun 'eigen waarnemingen/wetenschap' betreft. Hun veronderstellingen, conclusies e.d. mogen niet bijdragen aan het bewijs, behoudens wanneer deze een verklaring van hun eigen gedrag betreft ('*Ik dacht dat X mij wilde doodslaan, dus toen heb ik ...*'). Daarom ook moet de rechter bij het verhoor van de verdachte zoveel mogelijk toetsen of diens verklaring op eigen wetenschap berust (artikel 286 lid 6 WvSv-NL) en moet een getuige zoveel mogelijk uitdrukkelijk de basis van zijn wetenschap opgeven (artikel 291 WvSv-NL).

De verdachte is niet tot het afleggen van een verklaring verplicht: hij heeft een zwijgrecht. Maar dat is niet altijd verstandig: voert hij als verweer dat een bij hem gevonden gestolen voorwerp door hem te goeder trouw gekocht is, dan zal hij op vragen van de rechter omtrent de omstandigheden wel een geloofwaardig antwoord moeten geven, omdat zijn weigering om dat te doen kan bijdragen aan de verwerping van dat verweer. Maar ook een ontkennende verklaring kan tot het bewijs bijdragen, namelijk wanneer de rechter oordeelt dat deze leugenachtig is en kennelijk tot doel heeft het ten laste gelegde te verdoezelen. Uiteraard zal dit bij een simpele ontkenning niet het geval zijn, maar juist bij een door de verdachte opgehangen ingewikkeld verhaal. De kennelijke leugenachtigheid moet zijn grondslag in andere bewijsmiddelen van de verdachte vinden. Overigens staat een verdachte niet onder ede; hij kan dus geen meened plegen. Hij mag dus liegen.

De verdachte moet op zijn zwijgrecht worden gewezen: de cautie. Legt hij zonder dat de cautie is gegeven een verklaring af, dan mag die niet tegen hem worden gebruikt (deze verklaring is onregelmatig verkregen) en volgt dan bewijsuitsluiting, tenzij hij de verkla-

ring nadat de cautie is gegeven herhaalt of verklaart in de eerder gegeven verklaring te volharden. Op grond van artikel 359aWvSv-NL kan de rechter, afhankelijk van de mate waarin de verdachte in zijn belangen is geschaad, ook kiezen voor niet-ontvankelijkheid, strafvermindering of de enkele constatering. De verhorende rechter of ambtenaar moet zich onthouden van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen waarvan niet kan worden gezegd dat die in vrijheid is afgelegd: gebeurt dat toch dan mag die verklaring niet worden gebruikt. De zonder toestemming van de verdachte uitgevoerde bloedproef mag niet worden gebruikt, hoe overtuigend de uitkomst daarvan ook is, behoudens wettelijke uitzonderingen (op grond van DNA-regelgeving en de Wegenverkeerswet mag een bloedproef worden bevolen zonder toestemming van de verdachte). Wordt in strijd met de regels een telefoon afgeluisterd, dan is sprake van onregelmatig verkregen bewijs en mag dit in de strafprocedure niet worden gebruikt (voorwaarden: het onderzoek moet het afluisteren dringend vorderen en het moet een misdrijf betreffen waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten).

In een zaak die leidde tot een vonnis van de Rechtbank Roermond van 19 mei 2000 (www.rechtspraak.nl; zaak AA5850) had het openbaar ministerie aan een internetprovider de naam, het adres en de woonplaats van een computergebruiker opgevraagd, omdat kinderporno was aangetroffen. Op grond van artikel 11 van de Wet persoonsregistraties kan een dergelijke provider inlichtingen verstrekken aan een derde, wanneer daarvoor een dringende en gewichtige reden aanwezig is en de persoonlijke levenssfeer van de ‘accounthouder’ niet onevenredig wordt geschaad. Het OM had zich op dit artikel gebaseerd. Volgens de Rechtbank was er echter geen spoedeisende (nood)situatie en heeft het OM zijn bevoegdheid overschreden. Het bewijsmateriaal was daardoor onrechtmatig verkregen, hetgeen leidde tot vrijspraak van de verdachte.

In een ander geval had de politie het IP-adres van een computergebruiker achterhaald door dat te vragen aan iemand die vrij toegang tot die computer had en hem te instrueren hoe het dat adres kon lokaliseren. Het Gerechtshof te ‘s-Gravenhage had daar blijkens een arrest van 15 november 2002 (www.rechtspraak.nl; AF0684) geen moeite mee. Er was ook niet sprake van computervredebreuk (artikel 138a WvSr-NL), omdat er geen beveiliging was doorbroken en er evenmin met een technische ingreep tot de computer van de verdachte was doorgedrongen. De politie heeft bij de opsporing dan ook geen profijt getrokken van strafbaar handelen van de derde.

Een deskundige vervult een wezenlijk andere rol dan een getuige: de deskundige heeft (tenzij hij getuige-deskundige is, zoals een patholoog-anatoom) niets te melden over hetgeen hijzelf heeft waargenomen of ondervonden. Hij treedt op als deskundige, als leidsman van de rechter op het terrein van zijn bijzondere deskundigheid. De deskundige wordt, anders dan de getuige, gevraagd om zijn opinie, zijn mening. Dat is niet zomaar een mening, maar moet een beredeneerde mening zijn. Hij moet zijn gedachtegang onderbouwen en inzichtelijk maken, zodanig dat de rechter die kan volgen en – als is het maar marginaal – kan toetsen. Veel meer dan een marginale toetsing zal het in de regel ook niet kunnen zijn, omdat de rechter daarvoor dan zelf deskundig op dat terrein zou moeten zijn. Er is één uitzondering: wanneer de rechter zich laat voorlichten door specialisten omtrent een bijzonder deel van het recht, moet hij uiteindelijk zelf de betekenis daarvan

vaststellen. Daarbij mag hij geen deskundigenverklaring gebruiken, maar hij moet zelf tot een vaststelling komen.

Er gelden in het strafrecht twee bewijsminima. Eén verklaring is onvoldoende voor het bewijs dat het ten laste gelegde is begaan. Daarbij maakt het niet uit of die verklaring van de verdachte (artikel 341 lid 4 WvSv-NL) of van een – zeer betrouwbare – getuige afkomstig is (artikel 342 lid 1 WvSv-NL): *‘unus testis nullus testis’* (één getuige, géén getuige). Er zal dus altijd van ‘steunbewijs’ sprake moeten zijn, al stelt de Hoge Raad daaraan geen al te hoge eisen: niet nodig is dat het steunbewijs de verklaring geheel of gedeeltelijk bevestigt; de het steunbewijs kan ook betrekking hebben op een ander onderdeel van het ten laste gelegde. Bovendien is er nog een uitzondering: dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan mag worden aangenomen op basis van een (ambtsedig) proces-verbaal van slechts één opsporingsambtenaar (artikel 344 lid 2 WvS-NL). De veronderstelling is dat dit een betrouwbare getuige is, voor zijn functie geselecteerd en getraind in scherp waarnemen en weergeven.

Het andere bewijsminimum is dat een bewezenverklaring niet in overwegende mate mag rusten op betwiste verklaringen van niet ter terechtzitting ondervraagde getuigen en evenmin uitsluitend mag rusten op verklaringen van een anonieme getuige (de verklaring van als bedreigde getuige aangemerkte en als zodanig gehoorde personen); vgl. artikel 344a WvSv-NL.

Een accountant zal bijvoorbeeld nimmer uitspreken dat sprake is van fraude. Op zijn best komt hij tot een redelijk vermoeden doordat hij (kort gezegd) ‘gaten’ in de geld- en goederenbeweging constateert. Daarmee is in strafrechtelijke zin echter niet het bewijs van fraude geleverd. Zijn onderzoeksresultaat heeft een vergelijkbare status als andere mogelijke onderzoeken:

- (i) branchevergelijkingen (waarbij een verdacht bedrijf met branchegenoten wordt vergeleken);
- (ii) financiële-relatie analyse (waardoor duidelijk wordt welke personen en bedrijven een rol spelen bij geld- en goederenverplaatsingen);
- (iii) omgevingsanalyse (geven omzet- en winstcijfers een realistisch beeld gezien de afzetmogelijkheden?);
- (iv) fiscale analyse (kloppen de fiscale resultaten met de feitelijke bestedingen en inkomsten?), en noem maar op.

In al deze gevallen is het echter aan de rechter om het verkregen materiaal ter beoordelen en ter terechtzitting ter discussie te stellen.

In de zaak van Bram Peper, waarin zijn declaratiegedrag centraal stond, kwam pijnlijk duidelijk aan het licht dat accountants zich beter van oordelen omtrent fraude kunnen onthouden. In die zaak bleek uiteindelijk niet sprake te zijn van ‘sluitend bewijs’. Verder dan een ‘redelijk vermoeden’ kan een accountant niet komen. Anders gezegd: een accountant moet zich bewust zijn van zijn kennisdeficiëntie, met name waar het het strafrecht betreft.

Nog een enkel woord over financiële recherche. De resultaten van financiële recherche kunnen op verschillende manieren bijdragen tot het bewijs. Een verdachte kan worden

geconfronteerd met een sterke afwijking tussen zijn reguliere inkomsten enerzijds en zijn uitgavenpatroon anderzijds, die voor hem aanleiding kan zijn tot het afleggen van een (nadere) verklaring. De feiten die uit een financiële recherche blijken kunnen een verklaring van een verdachte ‘kennelijk leugenachtig’ maken. Via het bewijsmiddel ‘eigen waarneming’ van de rechter kunnen deze feiten derhalve tot het bewijs bijdragen. De resultaten kunnen ook voor getuigen een reden zijn om een aanvullende of gewijzigde verklaring af te leggen.

Financieel rechercheren is niet alleen van belang voor de nog te bespreken plukze-wetgeving, maar ook voor het onderzoeken van heling (met name wanneer sprake is van witwassen), het voor langere tijd volgen van criminele geldstromen e.d. Behalve voor bewijsdoeleinden is dit onderzoek ook van belang om inzicht te verwerven in criminele structuren.

4. Indirect bewijs (strafrecht)

Direct bewijs dat een verdachte het ten laste gelegde heeft gepleegd is niet altijd voorhanden. Indirect bewijs (‘circumstantial evidence’) kan dan uitkomst bieden.

Laat ik dit demonstreren aan een voorwetenschaps-zaak. In Nederland is misbruik van voorwetenschap voor het eerst op 16 februari 1989 strafbaar gesteld. Overigens wordt tegenwoordig niet over misbruik van voorwetenschap gesproken, maar over (het bestrijden van het) gebruik van voorwetenschap. Gebruik van voorwetenschap is verboden, omdat als uitgangspunt geldt dat beleggers op voet van gelijkheid moeten kunnen opereren. Het gebruik van voorwetenschap wordt unfair en oneerlijk gevonden.⁶ In de Nederlandse Antillen geldt een met Nederland vergelijkbare regeling.

Bij voorkenniszaken kan direct bewijs (de ‘smoking gun’) voor het feit dat de verdachte over voorwetenschap beschikte toen hij handelde in de betrokken effecten ontbreken. Gaat het om iemand die aan de onderhandelingstafel zit of als lid van de Raad van Commissarissen vertrouwelijke stukken krijgt toegestuurd, dan zal het (directe) bewijs in de regel makkelijk kunnen worden geleverd. Maar hoe zit het met een bevriende relatie van de betrokkene die handelt in de periode dat deze informatie nog niet publiek is, terwijl beiden ontkennen dat tussen hen informatie-uitwisseling heeft plaatsgevonden? Er moet dan noodzakelijk op indirect bewijs worden teruggevallen. Ontkent de verdachte, dan kan die bekendheid ook worden bewezen door het een reeks ‘verdachte omstandigheden’, waaronder ongebruikelijk beleggingsgedrag.⁷ In dat verband kan onder meer relevant zijn of de betrokkene eerder heeft belegd, zelf de transactie initieerde en/of verzwegen, het moment, de omvang en/of de wijze van financieren van de transactie, het niet in het beleggingsprofiel van de betrokkene passen van de transactie, de drang om juist effecten in het betrokken fonds te kopen, het verzoeken de opdracht zo snel mogelijk en/of met discretie uit te voeren

⁶ S.E. Eisma, ‘Voorwetenschap’, in: S.E. Eisma e.a., *Leerboek effectenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 191-208 en G.T.J. Hoff en H.J.Th. Biemond, ‘Over de regels van het spel’, in: *Geldige effecten*, Amsterdam: NIBE 1999, p. 90-94.

⁷ Hof Amsterdam 25 september 2001, JOR 2001, 239 m.nt. Frielink inzake Pie Medical met als vervolg HR 3 juni 2003, JOR 2003, 177 m.nt. Italianer. Zie voorts Rb Amsterdam 2 mei 2003, JOR 2003, 149 m.nt. Frielink inzake Ahold en Rb 19 augustus 2003, JOR 2003, 234 m.nt. Frielink inzake HIM Furness.

en het gebruik van een aparte bankrekening. Het gaat hier om wat als ‘circumstantial evidence’ wordt aangeduid.

Dan nu het voorbeeld, ontleend aan een vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 20 april 2004. Op dinsdag 22 mei 2001 publiceert Kempen & Co. N.V. tijdens een handelsonderbreking een persbericht, waarin bekend wordt gemaakt dat een bod op al haar aandelen wordt uitgebracht. Diezelfde dag, maar voor het persbericht, koopt de – overigens weinig actieve - belegger 6500 aandelen Kempen & Co. bij twee banken. Dit betreft ongeveer eenderde van de dagomzet in dit aandeel. Bij één van deze banken dringt hij aan op volledige uitvoering van zijn opdracht, ook al leidt dat tot overschrijding van zijn effectenkredietlimiet. Daarnaast koopt de belegger diezelfde dag nog eens 2193 aandelen Kempen & Co. van een persoonlijke houdstermaatschappij. Ook de zoon van de belegger en diens levensgezellin kopen op 22 mei 2001 voorafgaand aan het persbericht aandelen Kempen & Co. Dit gebeurt op aanraden van de belegger. De schoonzoon van de belegger is directeur Institutionele Relaties bij Kempen & Co. en is de dag daarvoor, maandagavond 21 mei 2001, op zijn vakantieadres telefonisch door zijn werkgever van het aanstaande bod op de hoogte gebracht. Diens vrouw was daarbij aanwezig en van de aanstaande overname op de hoogte.

De belegger hield vol niet van de geplande overname op de hoogte te zijn geweest toen hij de aandelen kocht. Hij zou het fonds al geruime tijd hebben gevolgd en constateerde een opeenstapeling van positieve signalen. Een artikel in een beleggingsblad, dat hij op 20 mei 2001 zou hebben gelezen, gaf voor hem de doorslag om tot de transacties te besluiten. De Rechtbank maakt korte metten met dit verhaal. De positieve signalen op zich verklaren niet i) de snelheid waarmee de belegger handelde; ii) zijn ongeduld en evenmin iii) de omvang van de aankopen. In een afgeluisterd telefoongesprek tussen de dochter van de belegger en haar echtgenoot liet de dochter zich onder meer ontvallen dat het allemaal haar schuld was (‘ik heb het gedaan’) en de schoonzoon ‘Mijn god, waarom heeft hij dit gedaan?’. Daaruit leidt de Rechtbank af dat de dochter de belegger heeft getipt.

Gelet op onder andere de familierelatie, het telefoongesprek, de haast, urgentie en omvang van de aankopen en het maximaal benutten van de kredietfaciliteit, komt de Rechtbank tot het oordeel dat, hoewel geen rechtstreeks bewijs voorhanden is, de belegger met voorkennis heeft gehandeld (art. 46 Wte 1995), alsmede dat hij deze voorwetenschap (opzettelijk) heeft meege-deeld aan zijn zoon en/of zijn zoon heeft aanbevolen transacties te verrichten of te bewerkstelligen (art. 46a Wte 1995; het tipverbod) en de overtreding van art. 46 Wte 1995 (meermalen) heeft uitgelokt.

In een op dezelfde dag gewezen vonnis wordt de zoon schuldig bevonden aan handelen met voorwetenschap. De dochter wordt schuldig bevonden aan het (opzettelijk) meedelen van voorwetenschap en/of het aanbevelen van het verrichten of bewerkstelligen van transacties. Bij afzonderlijke vonnissen van dezelfde datum wordt de belegger en diens zoon het wederrechtelijk verkregen voordeel ontnomen. Ik kom daarop nog terug.

Het bijzondere van het vonnis zit uiteraard in het feit dat het bewijs indirect wordt geleverd, namelijk uit de omstandigheden wordt afgeleid, en derhalve ‘*circumstantial*’ is. Er is, kort gezegd, sprake van een opeenstapeling van indirecte bewijzen waartegenover de belegger

niets heeft gesteld dat ook maar enigszins als geloofwaardig zou kunnen worden aangemerkt. Met andere woorden: het kan niet anders of de belegger had voorwetenschap toen hij de aandelen in Kempens & Co. kocht.

Nergens in de wet is vastgelegd dat aan direct bewijs (bekentenis verdachte, belastende verklaringen van getuigen) meer gewicht toekomt dan aan indirect bewijs, of dat indirect bewijs van een andere orde is en de rechter bijvoorbeeld een sterkere overtuiging van de juistheid daarvan moet hebben dan bij direct bewijs alvorens hij daarop het ten laste gelegde bewezen kan achten. Voor zowel direct als indirect bewijs geldt dat het moet worden geïnterpreteerd en dat het uiteindelijk aankomt op de overtuiging die de rechter aan dat (wettige) bewijs ontleent (art. 338 WvSv-NL). In zijn algemeenheid kan dan ook niet worden gezegd dat bij indirect bewijs aan de motivering door de rechter strengere eisen (zouden moeten) worden gesteld dan wanneer de rechter op grond van direct bewijs tot zijn bewezenverklaring komt. In beide gevallen moet de rechter zijn gedachtegang voldoende inzichtelijk maken.

In zijn uitspraak van 6 december 1954 in de zaak *Holland v United States* drukt de Supreme Court (348 U.S. 121, 137-138 [1954]) het als volgt uit: *‘Circumstantial evidence in this respect is intrinsically no different from testimonial evidence. Admittedly, circumstantial evidence may in some cases point to a wholly incorrect result. Yet this is equally true of testimonial evidence. In both instances, a jury is asked to weigh the chances that the evidence correctly points to guilt against the possibility of inaccuracy or ambiguous inference. In both, the jury must use its experience with people and events in weighing the probabilities. If the jury is convinced beyond a reasonable doubt, we can require no more’*. Getuigenbewijs kan dus net als ‘circumstantial evidence’ de rechter op het verkeerde been zetten.

5. Ontneming wederrechtelijk voordeel

Juist bij fraude, voorwetenschap en andere vormen van witte boordencriminaliteit speelt de mogelijkheid om het wederrechtelijk verkregen voordeel weer af te pakken een belangrijke rol (de ‘plukze’-wetgeving).

Op vordering van het openbaar ministerie kan bij afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36^e lid 1 WvSr-NL). De vordering moet uiterlijk binnen twee jaar na de dag van de veroordeling in eerste aanleg worden ingesteld. Ontneming is niet mogelijk bij fiscale en douanedelicten; het Antilliaanse recht kent deze beperking niet en wijkt ook overigens af van de Nederlandse regeling.

Het ontnemen van voordeel of baten kan betrekking hebben op het strafbare feit waarvoor de verdachte is veroordeeld en/of soortgelijke strafbare feiten en/of andere strafbare feiten waarvoor een geldboete van de vijfde categorie kan worden opgelegd. In de beide laatste gevallen moeten er voldoende aanwijzingen zijn dat de feiten door de betrokkene zijn begaan (artikel 36^e lid 2 WvSr-NL). Voor de vraag of de rechtbank tot de voordeelsontneming beslist gelden niet de bewijsregels van de gewone strafzaak. Ook de genoemde bewijsmimima gelden hier dus niet.

6. Civielrechtelijk bewijs⁸

Dan nu naar het bewijsrecht in civiele zaken. Aan het kort geding ga ik hier voorbij. Een feit is bewezen, wanneer de waarheid van het feit aan de rechter is aangetoond. Niet alle feiten hoeven bewezen te worden: alleen die feiten die door de wederpartij worden betwist en die tot de beslissing van het geschil kunnen leiden. Feiten die zijn gesteld en die niet of onvoldoende zijn betwist, staan tussen partijen vast. Wordt een feit door de wederpartij erkend dan staat het, zonder bewijslevering, uiteraard ook vast.

Je zou tot op zekere hoogte kunnen verdedigen, dat het in het strafrecht gaat om de ‘materiële waarheid’: heeft de verdachte het ten laste gelegde begaan. De rechter streeft ernaar tot een oordeel te komen dat ook door anderen wordt gedeeld. In het civiele recht gaat het eerder om de ‘formele of relatieve waarheid’: hetgeen tussen de in het proces betrokken partijen als waar heeft te gelden’. Dat hebben partijen ook tot op grote hoogte zelf in de hand: als beide partijen (in strijd met de feiten) verklaren dat zij op 1 maart 2004 een overeenkomst hebben gesloten, dan neemt de rechter dat ‘feit’ tot uitgangspunt.

Het leidende adagium in het civiele recht is: wie stelt moet bewijzen. Het is in beginsel aan de betrokken partij om zelf de bewijsmiddelen te kiezen. Waar nodig zal de rechter op verzoek of ambtshalve aan één of meer partijen bewijs opdragen. In de regel zal een partij alleen worden belast met het bewijs van positieve feiten en niet van negatieve feiten (dat iets niet heeft plaatsgevonden). Naar de waarheid van niet-vaststaande feiten mag de rechter ook zelf onderzoek doen: door een gerechtelijke plaatsopneming, door een deskundigenbericht of door ondervraging van partijen.

De rechter beoordeelt of het bewijs geleverd is of niet. De hoofdregel is dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs. Bepaalde bewijsmiddelen leveren dwingend bewijs op, zoals een notariële akte voor de bij die akte partij zijnde personen (hun erfgenamen of rechtverkrijgenden). Tegenbewijs is overigens wel mogelijk. In de waardering van de bewijskracht van getuigenverklaringen is de rechter vrij, evenals in het oordeel in hoeverre hij rekening houdt met de uitslag van een onderzoek door deskundigen.

Als grondslag van zijn beslissing mag de rechter alleen die feiten of (subjectieve) rechten gebruiken die door partijen zijn gesteld of te zijner kennis zijn gekomen en die zonder of met bewijslevering naar zijn oordeel vaststaan. Anders gezegd: de rechter mag de feiten niet ambtshalve aanvullen.

Er is, anders dan in het strafrecht, een open systeem van bewijsmiddelen: de belangrijkste bewijsmiddelen zijn schriftelijk bewijs en getuigenbewijs. Daarnaast kennen we de genoemde plaatsopneming, het geven van inlichtingen door partijen en bewijs door boekhouding. Niet in de wet genoemde middelen zijn: foto’s, films, geluidsbanden, videobanden en de bloedproef.

Aan de rechtmatigheid van bewijsmiddelen worden in het civiele recht lichtere eisen gesteld dan in het strafrecht. Dat geldt ook in het administratieve recht.

⁸ Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 19e druk 1998, blz. 147 e.v.

In een uitspraak van de Raad van State van 4 februari 2000 (1999-85/1) ging het om een geval waarin een burgemeester een horecabedrijf met onmiddellijke ingang voor de duur van één jaar gesloten. De burgemeester deed dit nadat bij een huiszoeking verdovende middelen waren aangetroffen. Deze huiszoeking bleek onrechtmatig te zijn, op grond waarvan de exploitant beroep aantekende met de stelling dat het bewijsmateriaal buiten beschouwing moest worden gelaten. De Raad van State overwoog echter dat in een administratiefrechtelijke procedure zodanig bewijs slechts dan niet is toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Daarvan was in dit geval geen sprake.

Terug naar het civiele recht. Steeds meer bedrijven en particulieren gaan op eigen houtje informatie verzamelen. Het gaat daarbij om het afluisteren van telefoons, het inschakelen van privé-detectives of het heimelijk maken van video-opnamen. Dergelijke 'opsporingsmethoden' kunnen onrechtmatig (en strafbaar) zijn omdat ze inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maken. De gedachte is echter dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in een civiele procedure niet te snel moet worden uitgesloten. Degene die meent dat er door de gebruikte methode onrechtmatig jegens hem is gehandeld of dat sprake is van een strafbaar feit, kan daartegen zelf stappen ondernemen: schadevergoeding vorderen of aangifte doen. Als een bedrijf bepaalde 'opsporingsmiddelen' gebruikt, terwijl de politie daarvan niet op de hoogte is en daartoe ook niet het initiatief heeft genomen, dan mogen de resultaten daarvan in een strafrechtelijke procedure worden gebruikt. Nu echt terug naar het civiele recht.

Laten we een afhandelingsagent op Schiphol als voorbeeld nemen. Dagelijks vindt de afhandeling van duizenden goederen plaats die het land in- of uitkomen. Het is van groot belang dat werknemers geen goederen ontvreemden. Toch gebeurt dat regelmatig. De betrokken werkgever heeft een duidelijk beleid: bij diefstal volgt ontslag op staande voet. Dit beleid moet wel kenbaar zijn en daadwerkelijk worden nageleefd. Dat beleid is kenbaar wanneer het duidelijk zichtbaar op de werkplek is opgehangen. Bovendien is het zinvol om daarvan in de arbeidsovereenkomst of een personeelsreglement melding te maken, en dat bij voorkeur ook tijdens een beoordelingsgesprek nog een keer aan de orde te stellen en vast te leggen.

Het gebeurt zelden dat een werknemer op heterdaad wordt betrapt. Als dat gebeurt is het van belang om direct tot ontslag op staande voet over te gaan en de gebeurtenissen die daartoe aanleiding hebben gegeven schriftelijk vast te leggen. Uiteraard is het van belang om direct een schriftelijke verklaring van de 'ontdekker' te verkrijgen. Bestaan er ten aanzien van een bepaalde persoon vermoedens, dan kan die uiteraard extra in de gaten worden gehouden.

7. Camera's op de werkplek

Dit onderwerp zal ik vanuit het Nederlands Antilliaanse recht belichten. Iedere werkgever heeft het recht om toezicht op haar werknemers uit te oefenen. De werkgever kan daarvoor een (verborgen) camera gebruiken. Het is evenwel de vraag of het gebruik van een (verborgen) camera in alle gevallen toelaatbaar is. De werkgever dient het recht op eer-

biediging van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer voldoende te respecteren. Daarnaast dient de werkgever zich als goed werkgever te gedragen. Bij de beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid en van het gebruik van (verborgen) camera's spelen de omstandigheden van het geval een cruciale rol. In meest uiteenlopende situaties worden mensen met verborgen camera's gefilmd. Veelal wordt dat ervaren als een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Het gebruik van (opnamen met) een verborgen camera is niet altijd geoorloofd. Het wellicht bij u bekende Nederlandse programma Bananasplit trekt hoge kijkcijfers door het uitzenden van met verborgen camera's gemaakte opnamen. Niet vermoedende burgers worden gefilmd in een gecreëerde, zogenaamd grappige situatie. Dergelijke opnamen mogen nimmer zonder toestemming van de gefilmde personen worden uitgezonden. Er is namelijk geen enkel belang dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de gefilmde personen zou kunnen rechtvaardigen. Niet alleen in de entertainmentsfeer maar ook in de journalistiek doet het gebruik van de verborgen camera's steeds vaker zijn intrede. TV-journalisten schromen er niet voor met verborgen camera's opnamen te maken van bepaalde situaties om hun verhalen, ideeën of stellingen kracht bij te zetten. Zonder medeweten en toestemming van de bij de opnamen betrokkenen is het evenwel in beginsel niet toegestaan om van (opnamen met) een verborgen camera gebruik te maken.

Dan nu het gebruik van een verborgen camera door een werkgever op de werkvloer. Een verborgen camera kan door een werkgever worden gebruikt om het handelen en functioneren van de werknemer op de werkvloer te bestuderen. Dit kan geschieden met het doel te onderzoeken op welke wijze de productiecapaciteit nog kan worden verhoogd, maar ook met het doel een werknemer in de gaten te houden die verdacht wordt van bijvoorbeeld: diefstal, fraude of seksuele intimidatie. Het is de vraag of het toelaatbaar is dat een werkgever met een verborgen camera werknemers observeert. Handelt een werkgever nog wel als een goed werkgever in die zin van artikel 7A:1614y BWNA als een werkgever naar dergelijke middelen grijpt? En wordt het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer bij observatie met verborgen camera's wel voldoende gerespecteerd? Controle door een verborgen camera zou in het algemeen door werknemers als buitengewoon onplezierig worden ervaren. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is ondermeer neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens en artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Bij een geschil over de al dan niet toelaatbaarheid van de verborgen camera's door een werkgever zou de rechter een belangenafweging moeten maken. De rechter is vrij in deze belangenafweging. Wel dient de rechter naar mijn mening bij de belangenafweging rekening te houden met de beginsel van openbare orde en/of goede zeden.

Ter illustratie een zaak die in Nederland heeft gespeeld. De Industriebond FNV eiste in de Koma-zaak⁹ verwijdering van een TV-circuit dat door de werkgever was aangelegd om de werknemers op de werkvloer in de gaten te houden. De werkgever beweerde dat de observatie tot doel had om de werknemers op een aantal facetten van het werk een rationele begeleiding te kunnen geven. De President in kort geding oordeelde het gebruik

⁹ Rb. Roermond 12 september 1985, KG 1985, 299; hoger beroep: Hof Den Bosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451.

van het TV-circuit niet gerechtvaardigd. De werkgever had volgens de President niet als een goed werkgever gehandeld. Het belang van de werkgever woog niet op tegen het recht van de werknemer op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, welke zich volgens de President uitstrekt tot de werkplek. De werkgever had ook nagelaten afspraken met de werknemers te maken over het gebruik van het TV-circuit en de controle erop. Toezicht door een werkgever op de werknemer in de werksituatie levert volgens de President geen inbreuk op de privacy van de werknemer op als dit toezicht door een daartoe aangestelde functionaris persoonlijk wordt uitgeoefend. Het is niet gerechtvaardigd, aldus de President, om het persoonlijk toezicht te vervangen door toezicht via camera's indien uitgegaan wordt van een reëel ervaren inbreuk op de privacy. In hoger beroep oordeelde het Hof eveneens dat de permanente controle van de bedrijfsruimten door middel van een gesloten TV-circuit jegens de werknemer onrechtmatig is. De werkgever handelde volgens het Hof in strijd met de algemene verplichting zich als een goed werkgever te gedragen bij gebreke van een duidelijke noodzaak tot observaties van de werknemers via camera's. Een werksituatie waarin werknemer bij voortduring bloot worden gesteld aan een mogelijk langdurig en gerichte observatie waarop zij geen enkele invloed hebben, blijft ver achter bij wat uit het oogpunt van normale menselijke bejegening aanvaardbaar is. Het feit dat enkele werknemers (en de ondernemingsraad, een verschijnsel dat wij niet kennen) hadden verklaard dat zij geen bezwaar tegen de controle van een TV-circuit hadden, deed niet af aan de onrechtmatigheid. Dit is naar mijn mening opvallend aangezien de ondernemingsraad geacht wordt een afspiegeling te zijn van de werknemers. Als de ondernemingsraad haar instemming heeft verleend aan het gebruik van een TV-circuit zou dat naar mijn mening kunnen worden gekwalificeerd als toestemming van de werknemers.

In een ontslagzaak bij de Kantonrechter te Schiedam¹⁰ waarbij de werkgever mede aan de hand van opnamen die met een verborgen camera waren gemaakt, kon aantonen dat de werknemer diefstal pleegde, vond de kantonrechter het gebruik van deze verborgen camera rechtmatig. Het gebruik van een verborgen camera achtte de kantonrechter niet onredelijk omdat de werkgever een gerechtvaardigd belang had om te weten wie haar vertrouwen schond. De werkgever, geconfronteerd met diefstal uit de voorraadkast, had haar werknemers gewaarschuwd in een informatiebulletin dat op diefstal ontslag op staande voet zou volgen en dat er camera's zouden worden geïnstalleerd ter bewaking.

De Kantonrechter te Hoofddorp¹¹ ontbond een arbeidsovereenkomst zonder enige overweging aan privacybescherming of aan het begrip 'goed werkgeverschap' te wijden toen de werkgever aan de hand van een videoband kon aantonen dat een caissière in een wegrestaurant geld uit de kassa wegnam. Nadat verdenkingen jegens de caissière waren gerezen omdat haar afrekeningen niet altijd klopten, had de werkgever een verborgen camera op de plaats gericht waar de werknemster het geld telde en in de kluis stopte en naar bleek tevens in haar eigen zak stopte.

¹⁰ Ktr. Schiedam 8 juli 1997, JAR 1997/189. Zie ook Ktr. Apeldoorn 25 juli 1996, Prg. 1996, nr. 4664.

¹¹ Ktr. Hoofddorp 1 november 1990, niet gepubliceerd.

Ook de Kantonrechter te Rotterdam¹² besteedde in ontslagzaak geen enkele aandacht aan het feit dat er op 6 verschillende plaatsen door de werkgever camera's waren geplaatst waardoor de directeur vanuit zijn eigen kamer de werknemers voortdurend kon bespieden.

Door de Kantonrechter te Utrecht¹³ werd in een arbeidsgeschil evenmin specifieke aandacht besteed aan het feit dat de werkgever een werknemer, die besmet was met het AIDS-virus, in de gaten hield door een op deze werknemer gerichte camera. Wel was de Kantonrechter in de twee laatstgenoemde zaken van mening dat de werkgever niet had gehandeld als een goed werkgever en werd de werknemer een vergoeding wegens materiële en immateriële schade toegekend.

Het besluit van een werkgever om gebruik te maken van (opnamen met) verborgen camera's is niet altijd rechtmatig en voldoende verantwoord. De belangen die zijn gediend bij het (openbaar) maken van opnamen met verborgen camera's moeten in de ruime mate opwegen tegen de inbreuk die daarbij wordt gemaakt op de rechten en rechtmatige belangen van degenen op wie de opnamen rechtstreeks betrekking hebben. Het gebruik van een verborgen camera door een werkgever wordt in het algemeen slechts toelaatbaar geoordeeld als er jegens een werknemer een specifieke verdenking is gerezen en de werkgever wil uitzoeken of de verdenking terecht is. Naar mijn mening laten zowel de Antilliaanse als de Nederlandse rechters het belang van de werkgever om achter de waarheid te komen in dat geval zwaarder wegen dan het privacy belang van de werknemer.

¹² Ktr. Rotterdam 27 april 1989, Prg. 1989, nr. 3121.

¹³ Ktr. Utrecht 9 augustus 1993, Prg. 1993, nr. 3939.